



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

***IMPUTACIÓN OBJETIVA Y PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA ACTIVIDAD
MÉDICA PUNIBLE***

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales

Autora: María del Carmen Barnuevo Loaiza
CI: 0706023827
mariakbl15@hotmail.com

Tutor: Dr. Diego Xavier Martínez Izquierdo Msc.
CI: 0301563375

**Cuenca-Ecuador
22 de febrero de 2021**



Resumen

En el presente trabajo se ha realizado un análisis de la Teoría de la Imputación Objetiva y el Principio de Confianza como factores determinantes para contribuir en el análisis de, si una conducta es o no penalmente relevante cuando se obtiene un resultado dañoso producido por acciones que se realizan dentro de la actividad médica.

Resultando de esta manera la Teoría de la Imputación Objetiva plenamente clara y quizá la más correcta al momento de determinar la existencia de un delito ocasionado ya sea por acción u omisión en la actividad médica punible, pues la mencionada teoría goza de absoluta precisión en el caso de adecuarla a la acción que realiza un galeno y más aún cuando dicha acción crea o aumenta un riesgo yendo así más allá de los límites permitidos por esta rama, generando así indiscutiblemente un resultado penalmente relevante. Con la aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva, podemos dar una respuesta clara, es decir; cuando las circunstancias son causales excluyentes de la acción, cuando excluyen la tipicidad, y bajo qué supuestos se consideran a los agentes imputables o inimputables, a su vez también permite filtrar y analizar cuáles serían los elementos que se deben tomar en cuenta para atribuir una responsabilidad dentro del delito por mala práctica médica. Finalmente, esta investigación contiene un análisis exhaustivo del principio de confianza como elemento clave para observar el cumplimiento o no del deber objetivo de cuidado en el delito imprudente y el límite del riesgo permitido dentro de una acción médica, atribuyendo responsabilidad según el grado y la forma de participación dentro de una intervención quirúrgica, dejando claro que cada partícipe de una actividad médica juega un papel específico del que tiene que encargarse con probidad y limitación y en caso de no hacerlo deberá responder legalmente por aquello. El principio de confianza resulta clave al momento de decidir hasta qué punto, en el caso de emprender una actividad riesgosa como la medicina, sería lícito confiar en el resto de sujetos que de una u otra forma intervienen en la misma, permitiéndonos de esta forma analizar causales incluyentes, excluyentes, imputables e inimputables de acuerdo al grado de participación, responsabilidad al delegar y profesionalismo al ejercer la profesión de la medicina.

Palabras clave: Imputación objetiva. Principio de confianza. Actividad médica punible.

Mala práctica médica. Delito culposo. Mala praxis. Deber objetivo de cuidado.

María del Carmen Barnuevo Loaiza



Abstract

In this study, an analysis was made upon the Objective Imputation Theory and the Confidence Principle as determining factors for contributing to the analysis of whether a certain behaviour is criminally relevant or not, when there is a harmful result produced by actions taken under medical practice.

Results show that Objective Imputation Theory, is clear enough and perhaps the most recommended for determining the existence of a crime committed by action or omission under punishable medical practice and it is fully precise for adjusting it to medical practice; especially when such practice creates or increases the risk of exceeding the limits allowed, generating a decisive criminally relevant result. With the application of the Objective Imputation Theory, we can provide a clear response, meaning that when circumstances are causal for excluding cause of action, excluding typicity, and to clarify under which assumptions a person can be considered imputable or unimputable. Moreover, the Theory allows screening and analysis of facts that need to be considered in order to attribute responsibility to medical malpractice as a criminal offense. Finally, this research includes an exhaustive analysis of the principle of trust as a key element to observe whether the objective duty of care in a reckless crime and the allowed risk limit within a medical practice are fulfilled or not, attributing responsibility according to the degree and the form of participation in a surgical intervention. In the latter, each participant of a medical practice plays a specific role for which they have to deal with probity and limitation; otherwise, they must legally answer for that. The principle of trust is key when deciding to what extent, in the case of undertaking a risky activity such as medicine, it would be legal or allowed to trust the rest of the participants. This conducts to the analysis of inclusive, exclusive, imputable and unimputable causes according to the degree of participation, responsibility when delegating and professionalism when practicing medicine.

Keywords: Objective Imputation. Principle of Trust. Punishable Medical Practice. Medical Malpractice. Involuntary Crime. Malpractice. Objective Duty of Care.



Índice de Contenidos

RESUMEN	2
ABSTRACT	3
CLÁUSULA DE LICENCIA Y AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL	6
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL	7
DEDICATORIA	8
AGRADECIMIENTO	9
INTRODUCCIÓN	10
TEMA I	12
LA ACTIVIDAD MÉDICA Y LAS CONDUCTAS PENALMENTE RELEVANTES	12
1.1. LA ACTIVIDAD MÉDICA.....	12
1.2. DATOS HISTÓRICOS	12
1.3. DEBERES DEL MÉDICO	14
1.4. DEBER OBJETIVO DE CUIDADO.....	22
1.5. RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA	27
1.6. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA	28
1.7. FACTORES FUNDAMENTALES DEL EJERCICIO PROFESIONAL MÉDICO.....	30
1.7.1. Principio de Beneficencia	30
1.7.2. Principio de No Maleficencia.....	31
1.7.3. Principio de Utilidad	32
1.7.4. Principio de Justicia	32
1.7.5. Principio de Autonomía	33
1.8. ERROR MÉDICO.....	33
1.9. MALA PRAXIS MÉDICA.....	35
1.9.1. La mala praxis en el Ecuador	37
1.9.2. Mala praxis y el Código Orgánico Integral Penal.....	38
TEMA II	41
TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y MALA PRÁCTICA MÉDICA ..	41
2.1. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DESDE LA PERSPECTIVA DE CLAUS ROXÍN.....	42
2.2. TEORÍA DEL INCREMENTO DEL RIESGO	46
2.3. CREACIÓN DE PELIGRO Y CURSOS CAUSALES HIPOTÉTICOS.....	47
2.4. LA EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN EN LOS CASOS DE RIESGO PERMITIDO.....	49
2.5. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL ÁMBITO DE REALIZACIÓN DEL RIESGO NO PERMITIDO	51



2.6.	LA ATRIBUCIÓN A LA ESFERA DE RESPONSABILIDAD AJENA	54
2.7.	LA IMPUTACIÓN OBJETIVA PLANTEADA POR GÜNTER.....	55
TEMA III.....		61
TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.....		61
Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE CONFIANZA.....		61
3.1.	PRINCIPIO DE CONFIANZA Y TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.....	61
3.2.	PRINCIPIO DE CONFIANZA Y DEBER OBJETIVO DE CUIDADO	62
3.3.	PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO INSTITUCIÓN AUTÓNOMA: FUNDAMENTO Y DIFERENCIAS CON EL RIESGO PERMITIDO	63
3.4.	PRINCIPIO DE CONFIANZA Y DIVISIÓN DE TRABAJO	65
3.4.1.	División horizontal de trabajo.....	67
3.4.2.	División vertical de trabajo	68
3.4.3.	División sucesiva de trabajo.....	70
3.5.	LÍMITES AL PRINCIPIO DE CONFIANZA.....	71
3.6.	UBICACIÓN DOGMÁTICA DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	74
3.7.	ENTREVISTAS	76
CONCLUSIONES.....		80
BIBLIOGRAFÍA.....		83

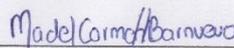


Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

María del Carmen Barnuevo Loiza en calidad de autor/a y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación "IMPUTACIÓN OBJETIVA Y PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA ACTIVIDAD MÉDICA PUNIBLE", de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 22 de febrero de 2021



MARÍA DEL CARMEN BARNUEVO LOAIZA

C.I.: 0706023827



Cláusula de Propiedad Intelectual

María del Carmen Barnuevo Loaiza, autora del trabajo de titulación "IMPUTACIÓN OBJETIVA Y PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA ACTIVIDAD MÉDICA PUNIBLE", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, 22 de febrero de 2021

Ma del Carmen Barnuevo

María del Carmen Barnuevo Loaiza

C.I: 0706023827



Dedicatoria

A mis padres Vicente Lionel y María Elena por haber sido mi luz, inspiración y motivación, pero sobre todo por haber sido la mano infalible desde que nací, a ustedes que son mi cable a tierra y mi ancla en los momentos difíciles. Todo lo que fui, soy y seré se los debo indudablemente. A mi papá que se convirtió en mi ángel y adelantó su viaje al cielo casi al final de esta carrera, a ti quiero decirte que aquí estoy logrando tus sueños y mis sueños, sé que donde quiera que estés te encuentras muy orgulloso de tu hija, aplaudiendo cada una de mis victorias, todo esto es para ti y para mamá.



Agradecimiento

A Dios por haberme demostrado su presencia y sus obras cada día de mi vida.

Mi total gratitud a la Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales por las enseñanzas impartidas a través de sus docentes de gran nivel que nos prepararon no solo para ser excelentes profesionales sino también nos formaron como seres humanos.

Agradezco al Dr. Diego Martínez Izquierdo quien con sus amplios conocimientos y capacidad tuvo toda la paciencia, profesionalismo y predisposición para ayudarme y guiarme en este trabajo de titulación.

Un agradecimiento especial al Msc. Manuel Quesada por su guía y colaboración desde que cursé el primer ciclo universitario hasta hoy.

Agradezco a mis hermanos Andrés y Paúl porque muchas veces fueron mi fuente de inspiración, fortaleza y apoyo incondicional a lo largo de mi carrera universitaria, a mis abuelitos Carmen y Antonio, a la Sra. María del Carmen Romero y por último un agradecimiento de corazón a mi tía Bernarda y mi tío Eddy por siempre estar y porque jamás permitieron que me sienta sola en esta ciudad.

Y por último agradezco a cada uno de mis amigos y amigas que me dejó la Universidad, gracias por ser incondicionales cuando lo requerí y por haberme enseñado tanto.

A cada uno de los que fueron testigos de mi esfuerzo y perseverancia para lograr hoy esta meta, muchas gracias.



Introducción

Es claro que el mal ejercicio profesional puede estar ligado al abogado, al arquitecto, al contador, pero es innegable que la discusión toma relevancia al hablar de la actuación de los profesionales de la salud, con esto no digo que se haya tratado de legislar con dedicatoria, sino que, sin lugar a dudas, la mala praxis médica, en el campo de lo práctico, ha cobrado mayor presencia y connotación por tratarse de proteger y precautelar el bien jurídico protegido más importante en el ser humano que es la salud.

La actividad médica punible ha sido un tema de debate en nuestro país, discusión que se fortalece con la Constitución de Montecristi que prevé la responsabilidad por la mala práctica profesional y se aclara con la tipificación en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal como delito de Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional y de esta forma pone en jaque al gremio médico ecuatoriano y a su vez da aliento y esperanza a las víctimas y pacientes que han de someterse a un procedimiento quirúrgico.

El presente trabajo aborda la mala praxis médica, y la divide en tres capítulos: La actividad médica y las conductas penalmente relevantes, Teoría de la imputación objetiva y la mala práctica médica y Teoría de la imputación objetiva y la relación con el principio de confianza.

Mediante el análisis de cada uno de los temas que se tratarán en este trabajo de investigación aspiro contribuir en el estudio de los parámetros y matices de la responsabilidad penal ante los daños en general que se les causan a las personas producto de la irresponsabilidad y mal manejo de las actividades médicas. Para esto, la teoría de la imputación objetiva aparece como una herramienta clave para determinar la responsabilidad penal de los profesionales de la salud en el ejercicio de sus actividades.

Según la teoría de la conexión causal, la relación entre acción y resultado no es un fundamento para determinar la responsabilidad en un hecho. Así mismo, he ahondado en el análisis del principio de confianza dentro de la medicina ya que cada nivel de atención médica conlleva un grado de riesgo que puede pasar de potencial a factual en un momento dado, es por esto que el principio de confianza se convierte en un elemento clave para determinar grados de responsabilidad y participación en cada una de las acciones y actividades médicas.



Mediante este trabajo se busca aclarar cuándo y por qué existe responsabilidad médica frente a acciones u omisiones que se pueden dar en el ejercicio diario de la medicina.

Complementan el desarrollo de la presente investigación tres entrevistas que muestran criterios especializados de dos profesionales: un médico y una abogada, expertos en la materia, y una madre de familia que afirma ser víctima de una mala práctica médica, reflexiones y criterios que me han permitido contestar las preguntas de investigación y con ello precisar las conclusiones del presente trabajo de investigación.



TEMA I

LA ACTIVIDAD MÉDICA Y LAS CONDUCTAS PENALMENTE RELEVANTES

1.1. La actividad médica

Se refiere a aquella actividad que se orienta de forma directa a eliminar o paliar una patología del cuerpo o de la mente de una persona, o bien a mejorar el aspecto externo de la misma (intervenciones estéticas, cosméticas y de cirugía plástica reconstructiva) mediante procedimientos que, realizados conforme al conocimiento y estado de la ciencia y de la praxis médica, influyen de forma relevante en la integridad del cuerpo humano o en el curso de su proceso biológico.

La actividad médica tiene como objetivo principal asistir y encargarse de todas aquellas personas que padecen problemas de salud, por lo tanto, esta actividad resulta ser indispensable para prevenir, tratar, atenuar y sanar las dolencias de los seres humanos, pero sobre todo mejorar la calidad de vida de los individuos de una sociedad.

Tanto la ley como la salud tienen por objeto de estudio al mismo sujeto: el Ser Humano. El Estado ecuatoriano garantiza el derecho a la salud, a través de la Constitución de la República en el artículo 42 y en la Ley Orgánica de Salud artículo 1, aquí se proclama el derecho de protección de la salud y se establecen y prevén los deberes de todos los ciudadanos al respecto; lo que se exige, es que se preste un mejor servicio en el área sanitaria, en atención fundamentalmente, al respeto de la dignidad del ser humano, que es la principal característica del Estado. (García, 2011)

1.2. Datos Históricos

En los albores de la humanidad las enfermedades eran consideradas castigos divinos y era imposible que se pueda suponer que los males que aquejaban a las personas podían tener su origen o ser motivadas por causas orgánicas o físicas. Es por ello que el alivio de los mismos se hallaba en las manos de Dios o de los Dioses, o en manos de alguien que ejerza la labor de intermediario entre el enfermo y la divinidad.

Quienes tenían el nexo entre el enfermo y la divinidad eran los sacerdotes, ellos convencidos de sus poderes crearon ritos mágicos y procesos de sanación para lograr vencer el mal, mientras que el paciente simplemente tenía que tener fe y creer en la voluntad de Dios para sentir alivio.



Si el enfermo no lograba curarse, el sanador no se podía responsabilizar de no haber logrado la curación, ni de las acciones que había desarrollado mientras buscaba sanar; esto de una u otra forma protegía a los portadores de los poderes extraterrenales de cometer errores, negligencia o atribuirles alguna impericia, porque al final sea cual fuere el resultado todo se basaba en la voluntad divina.

En el año 1700 A.C. se crea uno de los primeros y más importantes códigos de la historia, que se llamó Código Hammurabi es aquí donde ya se encontraron las primeras leyes que sancionaban la mala práctica, teniendo consecuencias y responsabilidades tanto Civiles como Penales. Los errores médicos que no tenían carácter de dolosos se sancionaban con el pago de multas e indemnizaciones; mientras que las consecuencias penales consistían por ejemplo si el paciente perdía partes importantes del cuerpo o moría la pena que se le imponía al médico podía ser la pérdida de una mano o de las dos, todo esto con la finalidad de que no vuelva a operar. Una de las reglas del Código Hammurabi era:

“Si un médico hizo una operación grave con el bisturí de bronce y lo ha hecho morir, o bien si lo operó de una catarata en el ojo y destruyó el ojo de este hombre, se cortarán sus manos”

Los egipcios sancionaban con pena de muerte al galeno que causare la muerte del enfermo.

En Roma se contaba con un cuerpo jurídico denominado *Lex Aquilia*, esta ley tenía varios tipos de sanciones para la mala práctica profesional, una de ellas mencionaba que de establecerse la culpabilidad por causar resultados negativos en un paciente así el médico haya procedido bien, la decisión era la condena, incluso se le podía otorgar a los familiares del enfermo perjudicado la potestad para que los mismos hiciesen justicia con sus propias manos.

En España el Rey Alfonso X el Sabio, en uno de los cuerpos legislativos más importantes de la historia del derecho, las Siete Partidas, incluyó aspectos de tanta trascendencia como la práctica médica que, en determinados casos, se castigaba con hasta cinco años de destierro a una isla.

A lo largo de muchos años los médicos gozaron de inmunidad total ya que cualquier tipo de negligencia o desenlace se le atribuía a la divinidad, por lo que la práctica profesional siempre dependió del accionar autónomo del médico que actuaba sin



restricción alguna; es por esto que, la mala práctica médica se reguló desde tiempos remotos y siempre su sanción fue acorde a la gravedad de los actos y los resultados generados de la misma.

De lo que se ha podido observar e investigar, la mala práctica médica siempre ha sido atribuida a factores exógenos como la ética, la religión y la cultura, lo cual creaba confusiones y no daba un concepto claro de lo que es actividad médica, concepto que con el pasar de los años fue tomando forma y delimitando responsabilidades en la relación médico-paciente.

En nuestro país una vez que se consagró la salud como un derecho que garantiza el Estado y cuya prestación de servicios se rige por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, y bioética fue lo que dio paso a que se regule la mala práctica médica en el Código Orgánico Integral Penal, en donde se determina la responsabilidad penal de un profesional de la salud si el daño ocasionado está en relación con la actuación directa que tuvo el mismo frente al paciente, el cual tendrá que probar que no existió inobservancia, impericia ni imprudencia en la utilización de cada uno de los deberes y facultades que el paciente le otorgó sobre su vida y su salud.

1.3. Deberes del Médico

Resulta esencial hacer hincapié en que, en toda convivencia humana, es fundamental el cumplimiento de las responsabilidades que conllevan los derechos de las que se derivan. En referencia a los deberes del médico, de manera general se menciona que todo servicio médico debe ser de calidad, continuo e indicado, y permitido por el paciente, por ende, los deberes del médico son éticos, sociales, legales y profesionales ya que su profesión es desarrollada y ejercida en el ámbito público.

Cada una de sus acciones u omisiones juegan un papel importante en la sociedad ya que deben cumplir parámetros muy estrictos, además ser muy meticulosos en sus acciones tanto en la técnica como en la práctica, es por esto que en nuestro país su actuar debe tener total concordancia con el texto del Código de la Ética Médica del Ecuador en la que se sostienen tres aspectos básicos: el deber de los médicos con los organismos de la Federación en general, deberes de los médicos con la sociedad, y deberes y derechos de los médicos con los pacientes. (Código de la Ética Médica del Ecuador, 1992)



Es conveniente que los profesionales médicos cuenten con un instrumento ético-jurídico que regule su actuar, pero sobre todo las obligaciones morales a las que deberán sujetarse en el desarrollo diario de sus actividades relativas a la protección, fomento, reparación y rehabilitación de la salud individual y colectiva. (Andrade, 2016)

El objetivo de esta investigación se enmarca dentro del campo de la actividad médica: sus límites, sus alcances, las reglas y protocolos que se deben seguir dentro de esta profesión para que al final del día nada acarree responsabilidad, porque el médico de lo único que tendrá que responsabilizarse será de proporcionar todos los cuidados necesarios al enfermo y principalmente de conservar la vida y salud del paciente. Al no limitarse a esto, él será el único responsable de un delito culposo cuyo origen sería haber infringido el deber objetivo de cuidado, generando un resultado dañoso, el mismo que teniendo el profesionalismo y la preparación necesaria no se hubiese producido.

Terragni se refiere como “deberes generales del médico” y señala entre ellos el deber de tratar y diagnosticar, de emplear pericia, de actuar con habilidad, de asistir al enfermo, de ser diligente, de examinar su propia capacidad, de utilizar los medios técnicos auxiliares, de confrontar opiniones, de derivar al paciente en casos necesarios, entre otros. (2014).

Entre sus deberes destacan:

Diagnosticar y tratar al paciente

Este deber del profesional del área de la salud se ciñe exclusivamente a las legítimas expectativas del paciente, mismo que acude en busca de un médico no solo para un asesoramiento técnico, sino ante todo buscando una orientación humana. (Araujo, 2019, pág. 62)

El profesor Rubén Chaia señala que, para realizar un diagnóstico preciso, el galeno debe valerse de todos los medios de los que disponga y también de aquellos que podría obtener mediante el servicio de terceros; para así examinar al paciente y evaluar su estado; brindarle la mayor cantidad de información y, lograr al fin de cuentas establecer una mínima relación de confianza, que es la que gesta una buena predisposición anímica en el paciente, para acatar y seguir el tratamiento apropiado.

Emitir un diagnóstico es el primer deber de un médico hacia el paciente, pues al emitir un diagnóstico implica que existió un estudio previo de los síntomas, análisis de exámenes y demás formalidades que no se pueden obviar al momento de desempeñar la



profesión. Según la semiótica debe explorar al paciente de la forma más integral y completa sin dejar de lado ningún elemento tanto físico como anímico (lo que podría acarrear responsabilidad penal por omisión).

Emplear pericia

El médico a diferencia del resto de profesiones tiene deberes especiales y deberes generales cuando hablamos de todos los profesionales que ejercen el acto de curar, así como cualquier persona tiene el deber de actuar diligentemente, el médico tiene el deber individualizado y se hace alusión a esto por que al momento de él aplicar su pericia lo está haciendo frente a personas cuyo bien jurídico protegido es preponderante en todas las leyes del mundo; no solo es suficiente que enderece su conducta conforme a la finalidad de curar sino que debe procurar lograr y concretar su objetivo. Pues el resultado del accionar jamás va a pasar por desapercibido para los efectos de la posible tipificación de la conducta como homicidio o lesiones culposas.

No en todo supuesto resultado desfavorable es posible afirmar sin más la tipicidad, porque si el médico hubiese actuado diligentemente faltaría el desvalor de la acción, aunque esté presente un efecto desgraciado. Entre la acción y el resultado, tiene que existir una relación especial, de contenido normativo que la doctrina denomina imputación objetiva por lo mismo no todo tratamiento médico que fracase, o que en lugar de una mejoría empeore la situación del enfermo da margen para que se pueda formular una imputación. (Terragni, 2014)

Asistir al enfermo

Este deber se sustenta en el principio que la doctrina llama *solidaridad social*, que parte del supuesto de asistir a un enfermo en una situación en la cual se encuentre en *real peligro* su vida, con independencia por ejemplo si se trata de una sala de emergencias o un quirófano, ya sea hasta que se supere dicho peligro o se delegue esta responsabilidad en otro profesional idóneo o bien cuando toma intervención el servicio público de salud. Este deber además se constituye en una obligación establecida en nuestra Constitución (Art. 365), norma que señala que por ningún motivo los establecimientos públicos o privados, ni los profesionales de la salud negarán la atención de emergencia y, de verificarse tal *negativa*, se los sancionará de acuerdo con la Ley, entendiéndose se configurará el delito de desatención del servicio de salud, mencionado en el Art. 218 del Código Orgánico Penal. (Araujo, 2019, pág. 67)



Únicamente cuando el paciente haya superado la emergencia, el establecimiento de salud privado podrá exigir el pago de los servicios prestados. (Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015)

A partir del diagnóstico y de generar un tratamiento personalizado para las características y síntomas del paciente surge un lazo inquebrantable en la relación médico paciente, pues en el momento que el médico asume el compromiso y la tarea de curar al paciente nace la obligación de garantizar que hará todo lo posible por sanarlo, lo que ocurra al enfermo a causa de la omisión o abandono del paciente y su tratamiento hará responsable al profesional.

Esto no significa dejar de lado la evidencia de que la obligación del médico es de medios (dar asistencia en la medida de lo posible) pues no es dado, ni ético asegurar una curación. La medicina sigue siendo más arte que ciencia y en el éxito o en el fracaso interviene en gran medida un factor ajeno al médico que es el subjetivo o reacción del paciente. (Terragni, 2014).

Existen casos excepcionales, gracias al avance de la tecnología médica, en los que se puede garantizar y generar resultados exactos, siempre que se respeten las instrucciones que están prescriptas en el manejo y uso de la misma.

En varios casos los médicos no solo son responsables de la salud anatómica y biológica, sino también de la asistencia en la salud mental, tanto de los enfermos como de sus familiares, pues basta la predisposición mental para poder lograr mejores resultados.

Guardar el secreto

La protección del secreto profesional en el área de la salud va de la mano con la relación de confianza que se establece entre el médico y el paciente y obliga al profesional a no revelar los datos de los que tiene conocimiento y que podrán repercutir directamente en la vida privada del paciente y consecuentemente en su derecho a la intimidad. (Araujo, 2019, pág. 75)

Estamos haciendo alusión a una de las obligaciones impuestas en el Juramento Hipocrático: “Callar cuando vea u oiga, dentro o fuera de mi actuación profesional, que se refiera a la intimidad humana y no deba divulgarse, convencido de que tales cosas deben mantenerse en secreto”. La ley como tal prohíbe divulgar información médica que pueda causar daño al paciente y de esta forma influir de forma negativa en los varios roles que desempeña en la vida diaria, cabe tener en cuenta que nuestro Código



Orgánico Integral Penal en su artículo 179 dentro de los delitos contra la intimidad personal y familiar, sanciona con una pena privativa de libertad de *seis meses a un año*, a la persona que revele un secreto obtenido en razón de su estado y oficio, empleo o profesión o arte, pudiendo con esta revelación causar daño a otra persona.

En ese sentido esta obligación de orden ético garantiza el derecho de los pacientes a tener plena seguridad de que cada uno de sus datos se manejará con meticulosidad y confidencialidad, cualquier tipo de información que incluya diagnóstico, tratamiento, exámenes y cualquiera de los datos que tengan nexo directo con el paciente y procedimiento médico a aplicar.

Portes señala que *“No hay médicos sin confianza, confianza sin confidencias y confidencias sin secretos”*.

Examinar su propia capacidad

El ser humano es el único ser capaz de realizarse un autoexamen para definir sus capacidades y deficiencias, aún más para darse cuenta de los límites a los que le permiten llegar sus capacidades, conocimientos y preparación. Esto también es diferenciado en la actividad médica pues son ellos los que tiene que realizar la reflexión: considerar detenidamente la situación a la que el médico se enfrenta, para realizar el análisis de si conoce de qué se trata y cómo resolverlo y si cuenta con las habilidades suficientes como para ejercitar la *lex artis*.

Valdrá la pena cada minuto que emplee el médico en medir sus capacidades no solo intelectuales, sino también las físicas y anímicas pues al exponerse a una intervención quirúrgica o a realizar una valoración sin tener la claridad de los hechos ni la capacidad para resolver los mismos implicaría que está haciendo de la vanidad y de las meras presunciones una característica profesional que tarde o temprano le podrá generar consecuencias fatales. Pues la culpa consiste, entre otras posibilidades, en hacer más de lo que se debe: imprudencia. O en no tomar las precauciones indispensables: negligencia.

Actualizar conocimientos

Conforme lo ha explicado la Doctrina del Derecho Médico, este deber es quizá uno de los más importantes, en tanto y en cuanto permitirá la aplicación de los mejores conocimientos para el diagnóstico y tratamiento de los pacientes. (Araujo, 2019, pág. 65)



Por los cambios terapéuticos que se dan a diario a nivel mundial, las investigaciones y pruebas que realizan para precautelar, evitar, aliviar y sanar las enfermedades son múltiples y aunque las enfermedades no cesen, los estudios tampoco. Es por esto que es necesario el estudio y preparación constante dentro del gremio médico, si el médico no actualiza sus conocimientos es imposible que logre obtener resultados favorables con la nueva tecnología, a su vez va a desconocer por completo las nuevas alternativas terapéuticas que se van implementando.

Al estar rodeado de especialistas afines a la vocación de curar tendrá que recurrir a los mismos, para que de esta forma resuelva las dudas que van surgiendo en sus atenciones diarias, en caso de que no resuelva dudas por mera ignorancia constituirá infracciones al deber de actuar diligentemente. A cada actuación cuidadosa nuestra jurisprudencia la identifica como el cumplimiento de la *lex artis*.

En el Código Penal Argentino el poseer conocimientos actualizados es, asimismo, uno de los requisitos para obtener la rehabilitación en caso de condena a la pena de inhabilitación especial, pues de esta forma se trata de remediar la incompetencia, como lo refiere el artículo 20 de este cuerpo normativo.

Mientras que nuestra Ley Orgánica de Salud en su Artículo 206, respecto a la Capacitación Sanitaria, establece que es deber de la Autoridad promover y desarrollar planes de capacitación y evaluación permanente de los profesionales y recursos humanos del área de la salud y para esto se implementará los respectivos incentivos. (Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015)

Derivar al paciente en casos necesarios

El Código Internacional de la Ética Médica, aprobado por la Asociación Médica Mundial en su tercera asamblea reunida en Londres en el año 1949, dispone: “El médico debe a sus pacientes todos los recursos de su ciencia y toda su lealtad. Cuando un examen o tratamiento sobrepase su capacidad, el médico deberá llamar a otro médico calificado en la materia”. (Terragni, 2014, p. 120)

Este deber nace de la atención primaria que recibe el paciente, es así que, cuando un profesional asume de manera efectiva sus funciones se coloca en posición de garante del bien jurídico que se le ha confiado, estando en la manos del paciente adoptar la secuencia necesaria como usuario de un servicio de salud y partiendo de la consulta a un médico general para que este sea el encargado de derivar a la medicina especializada si



así lo requiere, ya que un médico con conocimientos generales no podrá jamás realizar prescripciones en campos en los que no está familiarizado.

El médico que deriva un paciente a un colega notoriamente incapaz, y que, por esa impericia, provoca un resultado infausto podría llegar a ser sujeto de imputación objetiva, pues habría violado la norma que prohíbe realizar una conducta que incrementa el riesgo permitido y que causa un resultado de aquellos que la ley contempla. Esto dependerá, naturalmente, de las circunstancias del caso y sobre todo de sí en su conducta el delegante ha tenido el dominio del suceso, todo conforme a la aplicación de las reglas de la autoría y también la prohibición de regreso. (Terragni, 2014, p. 121)

Indiscutiblemente es uno de los deberes más determinantes ya que es el punto de partida de una historia clínica, es donde yace el diagnóstico abreviado de un profesional con conocimientos básicos y escala a un profesional con conocimientos determinados y específicos el cual también realizará una autoevaluación para proceder solo o en conjunto con otros profesionales y así lograr el objetivo deseado que será la cura del paciente.

Informar

Dejando de un lado a la vulneración del deber objetivo de cuidado o inobservancia de la *lex artis* profesional, quizá la mayor cantidad de responsabilidades que se establecen en contra de los profesionales de la salud deriven de la falta de información clara y completa al paciente sobre las consecuencias posibles de un determinado acto médico, ya sea desde los riesgos propios de cada procedimiento hasta las demás alternativas que podrían emplearse para tratar su patología, contemplando para esto las limitaciones que el lugar y/o los médicos podrían traer consigo. (Araujo, 2019, pág. 76)

Una de las cargas de más alta jerarquía que tiene el médico en el día a día de su profesión es el deber de informar, y se hace alusión a esto porque los profesionales en cualquiera de las áreas que se desempeñen, el informar cosas positivas jamás será un problema pero en la medicina lo que se tiene que informar un médico a sus pacientes en su mayoría no conlleva noticias buenas, es ahí cuando debe resplandecer la calidad humana del profesional al expresarse ante los familiares o ante un enfermo que se aferra a la vida, su capacidad para condolerse de las desgracias con sus semejantes y su tacto



para compartir su apreciación de los hechos con las personas que sufren quizá dolores que ni el profesional mismo con un diagnóstico claro jamás los podrá entender.

Al momento de que el médico informa al paciente de su estado de salud y de los tratamientos que se tendrán que llevar a cabo en caso de que el paciente los acepte es uno de los puntos de partida más trascendentales en la salud de una persona, ya que de acuerdo como lo haga el informante a cargo de su salud influirá a plenitud en la forma que el paciente lleve a cabo su enfermedad, el médico tiene que esclarecer al paciente los temas que necesite conocer en cada tramo del tratamiento, en caso de que el paciente no opte por el tratamiento sugerido por el profesional este no incurrirá en responsabilidad por omisión.

El daño que le genere al paciente no acatar las instrucciones y tratamientos del médico se saldrá por completo de la esfera de responsabilidad del profesional, ya que las decisiones que el paciente tome sobre su salud simplemente radicarán en decisiones y resultados autónomos y cualquier resultado que este comportamiento genere no se le podrá imputar a un tercero, ni si quiera al paciente mismo.

El médico tiene que despejar dudas y formular las oportunas indicaciones sobre el diagnóstico y tratamiento: las alternativas, el riesgo, el proceso, las consecuencias accesorias y el pronóstico. Y esto no solo, como es obvio, para cubrir las exigencias jurídicas, sino fundamentalmente en el aspecto terapéutico, pues la favorable evolución de la dolencia casi siempre requiere la colaboración del paciente y su buena disposición. Éstas, a su vez solo pueden esclarecerse si media un correcto esclarecimiento de la situación (información terapéutica), de los riesgos que representan no seguir las indicaciones y de los beneficios que se derivarán con la correcta observancia de ellas. (Terragni, 2014, p. 116)

Se puede advertir también que la conducta de no informar al paciente sobre los diversos métodos de tratar sus dolencias puede ser considerada una conducta imprudente, y es ello efectivamente lo que aumenta el riesgo que está expuesto el bien jurídico protegido. El deber de informar al paciente sobre su estado de salud y su situación también tienen sus límites pues en el caso de que se deba informar un resultado grave o fatal lo único que se logrará al momento de comunicar al paciente será un empeoramiento en sus condiciones físicas y psíquicas.



Confrontar opiniones

El egoísmo en el campo de la medicina, es un acto que jamás puede llevar a cabo un desenlace favorable, pues no resulta suficiente que un médico actualice sus conocimientos cuando existe la posibilidad de confrontar y escuchar opiniones de profesionales afines en un caso en concreto, esta será la vía más ética y adecuada para llegar a un diagnóstico certero y a su vez permitirá aplicar el tratamiento más adecuado al caso. De allí que sea decisivo que la confrontación de opiniones se la haga en el momento oportuno donde se puede discutir y aplicar lo más conveniente al paciente, al momento de querer generar un debate *a posteriori* de una decisión ya tomada de forma individual los daños en la salud del paciente podrían ser irreversibles y se podría estar infringiendo el deber objetivo de cuidado.

Todo este intercambio de opiniones y la decisión conjunta que se tome respecto del estado de salud del enfermo, será la mejor vía ante las dificultades que puedan surgir y un gran aporte para conocer los demás cursos posibles de acción, para adoptar finalmente el que más posibilidades de éxito ofrezca.

Por supuesto que esta perspectiva no podría favorecer al enfermo, si el médico que lo atiende se encierra en su propia apreciación, sin que se dé la oportunidad de conocer otras opiniones. (Terragni, 2014, p. 120)

El deber del médico no solo consiste en consultar su propia decisión a otros profesionales; sino de acatarlas, analizarlas y adoptarlas en caso de querer lograr el resultado más favorable al paciente y sus familiares.

1.4. Deber objetivo de cuidado

La doctrina moderna se dirige hacia una concepción que pone el acento en lo objetivo (en el tipo, en la imputación, en el riesgo, etc.) habrá que prevenir sobre las consecuencias últimas de la tendencia, ya que puede transformar en inútiles los esfuerzos realizados a lo largo de las últimas centurias para erradicar del Derecho Penal todo vestigio de responsabilidad objetiva. El ilícito penal se diferencia del civil nada menos que en el fundamento de la responsabilidad. Siendo así, que el injusto se integre con elementos objetivos, no debe significar de ninguna manera que se pueda atribuir un hecho a quien no haya volcado en el suceso el aporte de su subjetividad. (Feijoo, pág. 96)



Dentro del marco de la teoría del delito imprudente tiene que estar presente la persona en la actividad curativa y este caso el médico con sus conocimientos y capacidades, conlleva a que esta hipótesis nos manifiesta que no todo tipo resulta ser objetivo.

Para determinar si el individuo ha infringido o no el deber de cuidado es necesario saber si el comportamiento era el requerido objetivamente y el exigido subjetivamente para evitar el peligro, teniendo en cuenta su disposición respecto del hecho y la capacidad de la que estaba individualmente dotado.

El problema dogmático consiste justamente en que los alcances objetivos del deber de cuidado (genéricamente considerado) deben ser investigados acudiendo a un territorio de valoraciones que no está a la vista, que no aparece simplemente basándose en un texto legal.

La lesión del deber objetivo constituye el primer momento en el proceso de conducta del agente dentro del injusto culposo. La acción realizada por el autor se supone una inobservancia del cuidado objetivamente debido. Según T. López: “La punición del autor por culpa no depende solo de que la acción haya determinado la aparición del resultado típico previsible y adicional, consistente en la infracción de un deber general de cuidado, impuesto por el ordenamiento jurídico en la realización de acciones peligrosas para determinados bienes jurídicamente protegidos.”

Al tener el Derecho Penal como misión la protección de bienes jurídicos, y al vivir en una sociedad industrializada, necesitada de avances tecnológicos y a su vez la utilización de los mismos, la acusación de conductas imprudentes es cada vez mayor. Por esta razón existe una prohibición general de desplegar conductas que puedan lesionar o poner en peligro intereses legítimamente tutelados. La vida y la salud en este tipo de sociedad impone a los ciudadanos un deber general de cuidado. (Vargas Olalla, 2016)

La doctrina tradicional estructuró el delito culposo sobre dos supuestos fundamentales: a) la causación de un resultado típico, y b) la previsibilidad del mismo. A partir de los trabajos dogmáticos realizados en Alemania por Egner y Engisch, se demostró que el injusto de los delitos culposos estaba determinado principalmente por la infracción a un deber objetivo de cuidado. A partir de este planteamiento, la doctrina mayoritaria ha venido ubicando el deber objetivo de cuidado en el plano de lo ilícito y no de la culpabilidad.



El deber objetivo de cuidado en el caso médico, se plasma en un conjunto de reglas para su ejercicio profesional, cuya violación demostrada, establece sin lugar a dudas la responsabilidad por culpa del actor. La labor dogmática que resta consiste, precisamente, en revalorizar a efectos de aplicar correctamente la ley y llegar a una solución justa del conflicto con el modo de sentir y de pensar del autor; es decir, lo interior entendiendo esto como oposición a lo externo u objetivo

Es indispensable señalar que nuestro Código Orgánico Integral Penal en su artículo 146 no define ni se refiere en forma adecuada al deber objetivo de cuidado, dado que lo regula en forma negativa, es decir, regula los eventos en los cuales cualquier profesional, *lo inobserva o lo infringe*.

¿Si el médico realiza una operación conforme a la *lex artis*, y se produce un resultado negativo, incurre en una conducta típica y antijurídica?

La respuesta sería negativa por cuanto el artículo 27 y el artículo 146 del COIP consagran a la culpa dentro de la tipicidad, consecuentemente esta conducta ya no es relevante para el derecho penal. En el Derecho Penal Ecuatoriano es indiscutible que no obra ilícitamente (la conducta no es típica ni antijurídica) el sujeto que produce un resultado típico, cuando ha observado el deber objetivo de cuidado, a esta conclusión se llega partiendo fundamentalmente del artículo 27 del COIP, que determina que “Actúa con culpa el que infringe el deber objetivo de cuidado que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código”.

Para saber si un galeno actuó o no conforme al deber objetivo de cuidado, debemos tener en cuenta dos criterios que son:

1. Criterio Objetivo: No interesan las cualidades especiales o las capacidades del agente, se le puede exigir a cualquier hombre promedio, por lo que no requiere un conocimiento especial.
2. Criterio Subjetivo o Individual: interesan las capacidades especiales del autor, se le exige más al hombre capacitado, en este sentido infringirá el deber de cuidado quien no obra conforme a sus capacidades especiales o bien no las agota pudiendo hacerlo.

Si bien el citado artículo 146 contiene cuatro numerales, tan solo el 2 y el 3 se concretarían en una explicación que, de entender por inobservancia del deber objetivo de cuidado, a saber:



La infracción del *deber objetivo de cuidado* es un concepto normativo que debe ser construido *caso a caso*.

Welzel dentro de su doctrina sostuvo que el deber de cuidado se determina con un doble criterio: Intelectual, en el sentido de que todos los efectos de la acción sean previsibles para un juicio formulado genéricamente, y normativo, expresando con esto que solo serán típicos aquellos comportamientos que creen un peligro superior al que la sociedad tolera. (Terragni, 2014).

La disposición del Art. 146 aprobado señala cuatro condiciones o requisitos que tienen que producirse para concluir que se está frente a una *violación del deber objetivo de cuidado*. La figura simple de este artículo tiene una pena de uno a tres años cuando se produce la muerte por una vulneración del *deber objetivo de cuidado*, en tanto que la figura agravada que tiene una pena de tres a cinco años requiere que se produzca la muerte por violación del *deber objetivo de cuidado*, MÁS LA CONCURRENCIA de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. (Pasquel, 2014)

Responsabilidad objetiva

Son correctas las disposiciones del Art. 146 del Código Orgánico Integral Penal donde en sus numerales se menciona:

1. PROSCRIBE la peligrosa teoría de la responsabilidad por el resultado objetivo (responsabilidad penal objetiva). Antiguamente se pensó que el pilar de la culpa lo conformaba el resultado y por ende la ausencia del dolo, el resultado lesivo de un determinado bien jurídico a lo menos debía ser sancionado como culposo. Esto no es cierto, y lo que dice el COIP es que no basta la mera producción o causación de un resultado objetivo como es la muerte.
2. La inobservancia de las leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables en la profesión.
3. El resultado dañoso (lesión o muerte) debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.

María Paulina Araujo en su libro “Vademécum de Responsabilidades del Área de Salud en el Ecuador” hace un interesante análisis sobre el artículo en mención y sus numerales relacionados con el deber objetivo de cuidado, donde manifiesta que el numeral primero determina que no hay infracción al deber de cuidado de los profesionales, señalando que “La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de



cuidado”, en otras palabras, no toda muerte o lesión, puede ni debe ser considerada como una mala práctica profesional, dado que el propio numeral 3 señalado en las líneas precedentes, deja en claro que podrían presentarse circunstancias independientes o conexas a cualquier tratamiento que un médico aplique en su paciente, que no se relacionen a la inobservancia de la *lex artis* médica. (Araujo, 2019, pág. 79)

Inobservancia a la ley y demás normativas legales.

En el No. 2 se aluden a las exigencias tradicionales de la culpa como son las leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales de procedimiento, la *lex artis* que son las reglas técnicas que se exigen en una profesión.

Infracción y deber objetivo de cuidado: dos elementos fusionados.

En el No. 3 se alude a que el resultado sea consecuencia de la *infracción del deber objetivo de cuidado* y no de otras circunstancias que incluye las ajenas o supervinientes, como podrían ser un accidente de tránsito mientras el paciente intervenido es conducido en una ambulancia, o el actuar temerario o imprudente del paciente que no tiene el cuidado debido en el pos operatorio, casos en los que no tiene porqué responder el médico.

Análisis privativo del caso

En el No. 4 se sienta el criterio ya expuesto de que la determinación de la *violación del deber objetivo de cuidado* tiene que examinarse *caso a caso* tomando en cuenta la diligencia que es sinónimo de actuar con el cuidado debido, el grado de formación profesional pues al que más sabe más se le exige, las condiciones objetivas del caso pues ante una emergencia o un estado de necesidad como cuando se trata de un paciente con politraumatismos severos u otro caso similar, la situación amerita actuar ya y de inmediato. Aquí se trata de intervenir para evitar un resultado mayor que es fácilmente previsible. (Pasquel, 2014)

Como sostenía el clásico jurista Francesco Carrara, hay que evitar la presencia de un derecho punitivo aberrante, destacando la previsibilidad y la posibilidad de la previsión, definiendo a la *infracción al deber objetivo de cuidado* como "la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho" porque lo que está más allá de la posibilidad de prever se tiene como "*casus*".

Por último, será el juez, el fiscal o la autoridad administrativa, en cada situación puntual, el que defina en que consiste la violación del deber objetivo de cuidado,



analizando de manera objetiva y a detalle cada una de las situaciones y circunstancias que llevaron a cabo el desenlace del cometimiento o no del delito.

1.5 Responsabilidad penal médica

Las relaciones del Derecho y la Medicina tienen su punto de partida en el hecho de que siendo ciencias prácticas que tienen por objeto de estudio el mismo sujeto: el hombre, son dos ciencias que a lo largo de la historia han sido bastante conflictivas. Esto por cuanto ambas disciplinas se caracterizan por ser dos saberes altamente omnipotentes pues cada una de ellas debe aportar certeza a situaciones que, por su propia esencia, son cambiantes y presentan un alto grado de incertidumbre.

El término responsabilidad hace referencia a la obligación de responder al alcance de un acto. En el caso particular de la profesión médica está constituida por la necesidad jurídica y social que tienen los médicos de reparar las consecuencias de sus actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión. (Fumadó, 2012)

Hablar de responsabilidad penal nos remite necesariamente a lo que se conoce como presupuestos de imputación, es decir, a la culpabilidad o posibilidad de reprochar una conducta antijurídica a una persona, lo que será posible de modo general a criterio del Penalista José Cerezo Mir si el individuo (en este caso profesional de la salud), en la situación en la que se encontraba podía actuar de otro modo, de acuerdo a las exigencias de la normativa vigente. (Araujo, 2019, pág. 351)

La medicina solo puede “asegurar” que lo realizado medicamente en un caso particular responde a las normas de la *lex artis*. A su vez, el Derecho solo puede “asegurar” que, si la conducta del profesional se ajusta a las normas y pautas de la *lex artis* muy probablemente será exonerado de responsabilidad en caso de verse implicado en un reclamo judicial. (Asociación Nacional de Clínicas y Hospitales Privados del Ecuador, 2013)

Si por acción u omisión y faltando a las normas de cuidado este profesional produce un resultado lesivo que no quiso causar, pero sí pudo prever, responderá por su inobservancia a título de imprudencia. La relatividad médica científica de la medicina y el desempeño encomendado a la clase médica son de especial trascendencia en un proceso penal común, pudiéndose alegar por la defensa técnica del médico en una investigación preparatoria o en el juzgamiento que la inexactitud de la ciencia médica



trae consigo resultados lesivos imprevisibles, que lo exoneran de responsabilidad; sin embargo, no podemos negar que la medicina coexiste con el incremento de actividades peligrosas que constituyen una carga también riesgosa para el paciente, que son propias de los avances de la ciencia y la tecnología, y que entrañan riesgos mayores para el colectivo social.

Una de las causas del incremento en la litigiosidad en la actividad médica es la referencia a las razones directamente relacionadas con el moderno ejercicio de la medicina. Cabe apuntar que en la actualidad se trabaja con métodos más agresivos y con mayor riesgo, aunque con mayor potencialidad curativa que en antaño. Asimismo, el mayor rendimiento de la medicina actual viene acompañado por la posibilidad de defectos, sobre todo relacionados con la necesidad de la intervención de diversos profesionales en el diagnóstico o tratamiento de enfermedades cuya actividad simultánea o sucesiva puede hallarse mal planificada. (Tasayco, 2014).

Para dejar clara la responsabilidad médica debemos advertir que el gremio de galenos tiene un compromiso social de consenso, el cual se intensifica en un continuo perfeccionamiento profesional en salvaguarda de la vida o salud de las personas, que obedezca a la construcción de una configuración socializadora de la medicina y que tiene como principal objetivo motivarse en la garantía de autorrealización del ser humano en la vida social.

1.6. Fundamentos de la responsabilidad médica

“Se dice que el grado de desconocimiento jurídico de los médicos sólo es comparable a la ignorancia del jurista sobre medicina.” García Blázquez

Hablar de responsabilidad penal nos remite necesariamente a lo que se conoce como presupuestos de imputación, es decir a la culpabilidad o posibilidad de reprochar una conducta antijurídica (contraria a Derecho- ilícita) a una persona, lo que será posible de modo general, a criterio de penalista José Cerezo Mir, si el individuo (en este caso profesional de la salud), en la situación en la que se encontraba, podía actuar de otro modo, de acuerdo a la normativa vigente.

Siendo así, el primer elemento de la reprochabilidad que se deberá observar para poder determinar si las conductas de los profesionales de la salud tienen relevancia para el Derecho Penal, es su “capacidad de culpabilidad”, es decir su desarrollo o madurez de la personalidad y unas determinadas condiciones biopsíquicas” que les faculden para

María del Carmen Barnuevo Loaiza



conocer la licitud o ilicitud de sus acciones u omisiones y actuar de conformidad con ese conocimiento. En adición, será menester verificar si concurren los dos elementos de reprochabilidad: El elemento intelectual EI (conocimiento actual o posible de que la conducta es contraria a Derecho) y EV (la exigibilidad de la obediencia al Derecho). (Araujo, 2019, pág. 351)

En el caso de los médicos y personal sanitario, como regla general, será fácilmente determinable que estamos ante personas imputables con capacidad plena de culpabilidad, en vista de que en la mayoría de casos no presentan alteraciones en su percepción y, son mayores de edad; por lo que cabe centrarnos más bien en la posibilidad de reprocharles en los actos que realizan en atención a sus pacientes, adelantando desde ya, que “El sujeto sólo actúa culpablemente cuando conoce o puede conocer la ilicitud de su comportamiento”. (Araujo, 2019, pág. 352)

Jurídicamente hablando, la responsabilidad penal del profesional en Medicina deberá obligar al operador del derecho a analizar su conducta desde el punto de vista de las normas penales para determinar el hecho culposo.

El médico posee una gran cantidad de conocimientos en el arte de curar. Por ello, le corresponde utilizar los cuidados y la pericia de acuerdo con las reglas, de lo que se ha denominado por los teóricos del Derecho como la *lex artis ad hoc*. De la misma forma, en caso de que se pretenda imputar al médico una actuación errónea, se debe efectuar un análisis de las circunstancias “*ex post facto*” para determinar si la ejecución de los actos médicos se realizó de la manera idónea, o si por el contrario, le es imputable algún tipo de responsabilidad.

De acuerdo a una investigación realizada por Luis Jiménez de Asúa en la que menciona que, para establecer la responsabilidad profesional del médico con independencia del tipo penal, deben concurrir los siguientes elementos:

1. El error médico o la falta médica. Es la base de la mala práctica médica. Cuando definimos la responsabilidad del médico, esta mala práctica debe ser estrictamente profesional. La falta puede serlo por acción u omisión. Este último supuesto forma parte del deber de actuar o de la llamada “obligación preexistente” y puede ser el primer fundamento y origen de la responsabilidad cuando se produce daño. Como ya se ha comentado en este trabajo, el médico responde normalmente a una obligación de medios, no de resultados.



2. Daño o perjuicio. La falta debe ocasionar un daño (muerte, lesiones físicas o psíquicas y/o patrimoniales) al paciente, la familia o incluso terceros.
3. Relación de causalidad. Finalmente, para establecer la responsabilidad debe existir una relación de causalidad entre la falta médica y el daño o perjuicio. En alguna ocasión la valoración de la relación causal puede ser extremadamente complicada cuando concurren diversas causas (concausas) en la falta o error médico y se debe diferenciar cada una de ellas sobre el perjuicio ocasionado.

1.7. Factores fundamentales del ejercicio profesional médico

El primero de ellos y uno de los más importantes es el factor humano (Relación Médico-Paciente), ya que, en el buen entendimiento junto a una explicación detallada del procedimiento diagnóstico o terapéutico, se basa esa confianza mutua que se debe tener en esta relación, expresado esto en los códigos deontológicos.

La protección Jurídica de la Salud y el respeto a la Dignidad Humana son las coordenadas básicas que regulan las cuestiones comprendidas dentro de la Responsabilidad Médica. La Salud es un bien jurídico protegido por el Estado. Por lo tanto, todo daño que se produzca en la salud de las personas será sancionado desde el campo del Derecho Penal y reparado o indemnizado en el plano Civil.

La práctica médica se encuentra sometida a varios principios esenciales, ya que sin estos todo se haría bajo percepciones egoístas y arbitrarias, es evidente la base constitucional que posee, así como también el claro fundamento en las normas institucionales de derechos humanos, así tenemos:

1.7.1. Principio de Beneficencia

Si nos remontamos al Juramento de Hipócrates, en él podremos advertir la presencia de un concepto que en la actualidad aún tiene vigencia: el principio de beneficencia, a través de la conocida frase “primero, no hacer daño”.

El catedrático Héctor G. Aguirre nos manifiesta que este principio consiste en dirigir las acciones de la práctica médica a buscar el beneficio del paciente y de la sociedad, mediante la prestación de servicios y de atención médica.

Los filósofos Tom L. Beauchamp y James Childress se basan en que el principio de beneficencia canaliza la finalidad de que las investigaciones siempre tengan el propósito de beneficiar a los participantes o a los futuros pacientes para beneficio de toda una comunidad.



El Principio de Beneficencia se resume según la doctrina en no hacer daño, extremar los posibles beneficios, minimizar los posibles riesgos y el análisis de la expresión operativa: la evaluación de la relación riesgo–beneficio.

Se refiere principalmente al deber de los profesionales de la salud de contribuir positivamente al bienestar del paciente, la ayuda al prójimo como ente activo de derechos proporcionándoles toda la atención y los beneficios, pero sobre todo protegiendo con total cautela sus intereses. La relación médico-paciente siempre tiene como base el principio de confianza que se deben proporcionar las partes entre sí, de esta forma el médico siempre debe actuar en beneficio del paciente más que en beneficio propio, respetando y dándole el verdadero significado al principio de beneficencia.

El principio de **beneficencia** se refiere a que los actos médicos deben tener la intención de producir un beneficio para la persona a quien se realiza el acto. Estos dos principios pueden ejemplificarse con cualquier tratamiento médico, como un medicamento o una cirugía. Cuando un médico prescribe un tratamiento debe tener dos intenciones en mente: en primer lugar, no causar daño y en segundo lugar beneficiar al paciente. Esto puede parecer obvio y repetitivo, pero la diferencia entre no dañar y mejorar es importante. Todos los tratamientos médicos tienen efectos adversos o dañinos, incluso pueden resultar fatales y la mayoría de las veces no puede saberse con seguridad si el efecto adverso ocurrirá o no. De ahí que es necesario asegurar que la intención de indicar un tratamiento no es producir un efecto adverso, sino por el contrario, darle un beneficio al paciente. (México, 2017)

El principio de beneficencia tiene sustento constitucional en el deber del Estado y de los profesionales de la salud de cuidar la vida y la integridad de las personas (Art. 3 numeral primero de la Constitución Política del Ecuador).

1.7.2. Principio de No Maleficencia

La base de este principio es evitar al máximo los daños principales y colaterales en el paciente, y en caso de no ser posible aminorarlos de forma que el perjuicio físico y psíquico sea mínimo, este principio viene a convertirse en el opuesto al principio de beneficencia que nos obliga a promover el bien.



Los preceptos morales provenientes de este principio son: no matar, no inducir a la muerte o sufrimiento, no causar dolor y no privar de placer ni discapacidades evitables. (Asociación Nacional de Clínicas y Hospitales Privados del Ecuador, 2013, pág. 2)

Desde Hipócrates hasta la actualidad todos los Códigos de ética médica han tenido al principio de no maleficencia como principio rector de la práctica médica, este principio jamás tendrá que ser tratado de forma aislada ya que muchos tratamientos en el área de la salud pueden aumentar el dolor, el sufrimiento y los riesgos del paciente. Todo esto se justifica a razón de que generen beneficios que puedan ayudar a superar la discapacidad y que estos sean momentáneos para asegurar la estabilidad emocional y una recuperación notoria que al final del día validen todo por una mejoría.

1.7.3. Principio de Utilidad

Cuando se habla de utilidad se refiere a la valoración de los beneficios, causas y consecuencias que puedan generar un tratamiento o una intervención médica y todos los resultados que pueda generar una acción. Busca como tal la ponderación de beneficios e inconvenientes propios de cada acción médica.

El perfeccionamiento de las técnicas médicas supone el desarrollo de la experimentación y la investigación científica en este campo en favor de la población y de los futuros pacientes, pues es deber de la profesión médica producir la mayor cantidad de bienestar para un mayor número de individuos posibles. (Asociación Nacional de Clínicas y Hospitales Privados del Ecuador, 2013, pág. 3)

1.7.4. Principio de Justicia

Este concepto va más allá de la justicia como tal, el eje del asunto es presuponer la igualdad de los seres humanos al momento de acceder a una entidad de salud o a una consulta con un profesional de la medicina, es decir, resaltar de entre todos los derechos a la salud como un bien fundamental y debidamente protegido y tutelado. En este sentido el acceso a los servicios médicos deberá ser universal y deberá comprender a todos los individuos sin distinción alguna, ya que el fundamento básico del prenombrado principio radica en los principios morales de igualdad y dignidad humana. En el Art. 32 de nuestra constitución está reconocido que los servicios de medicina deben ser distribuidos de manera equitativa a todas las personas; así como todos los seres humanos deberán tener acceso a los beneficios de la ciencia y la cultura.



Es así que el mandil del médico una vez colocado en el cuerpo se debe sostener y ejercer con pasión y dedicación a costa de todo y en beneficio de todos.

1.7.5. Principio de Autonomía

Toda intervención en el cuerpo de un individuo deberá constar con la autorización del propio afectado, y cuando el enfermo no pueda consentirlo deberá hacerlo un familiar. Esto deriva principalmente en el reconocimiento a la igualdad e inviolabilidad con la que contamos todas las personas.

El consentimiento informado tiene dos significados generales: el primero se refiere a que el médico debe “pedir permiso” y el individuo-paciente no solo debe aceptar sino también dar su autorización mediante un consentimiento informado y voluntario. El segundo, se puede analizar en función de la normativa legal del consentimiento informado, que exige que las instituciones de salud deban obtenerlo legalmente antes de iniciar un procedimiento o investigación. (Asociación Nacional de Clínicas y Hospitales Privados del Ecuador, 2013)

El consentimiento informado no es absoluto como se había analizado, pues en el momento que el paciente no pueda manifestar su voluntad, consentir o autorizar y tampoco exista un familiar que lo haga, el médico tendrá que actuar en beneficio de la salud del paciente sin legitimar la intervención profesional.

1.8. Error médico

Según la Fundación de Educación Médica, la profesión debe, en primer lugar, modificar su tradicional actitud defensiva hacia los errores médicos, reconocer abiertamente su existencia y promover decididamente actuaciones orientadas hacia su prevención, su corrección y la compensación o reparación de los daños ocasionados a los pacientes.

La Organización Mundial de la Salud define a la salud como “un estado completo de bienestar físico, mental y social” y no solamente como la ausencia de enfermedad o de invalidez. (Organización Mundial de la Salud, 1946)

En el campo de la salud existen varios momentos decisivos para el médico, básicamente los relacionados a la vida o muerte del paciente, en los que debe tomar decisiones sumamente importantes y es ahí cuando surge la probabilidad de cometer errores, este conflicto hace que el médico se pregunte a sí mismo si lo que se está por ejecutar podría acarrear consecuencias legales y dicho cuestionamiento podría desencadenar en un freno fatal que a la postre perjudicaría solo al paciente.



Como expresa Wilson Ruiz, profesor de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali, el error es perfectamente lógico en toda actividad humana, y la medicina no está exenta de este. Pero el derecho a equivocarse es una decisión que la asume el individuo. Sin embargo, hay una diferencia muy grande entre el error y la mala práctica. La medicina y las personas que se desempeñan en esta área pueden que con frecuencia se escuden en que no hablamos de una rama de ciencias exactas, pero esto no es un eximente de responsabilidad ya que se supone que quien la práctica goza de la aptitud y experiencia suficiente, más aún cuando lo que debe proteger es nada menos que la vida de un ser humano.

Se puede producir un error o fallo en cualquiera de las fases o partes de las que consta el acto médico: anamnesis, exploración, diagnóstico, pronóstico y tratamiento. El error no supone por sí mismo la infracción del deber de cuidado y por tanto la existencia de culpa, para lo que es necesario determinar si el profesional hubiese actuado con diligencia hubiera podido advertir el error de diagnóstico o tratamiento.

El Instituto de Medicina de Washington denomina al *error médico* como episodios adversos (*adverse events*) y lo define como “el fracaso de una acción no intencionada por acción u omisión, para ser completada como estaba planeada o el empleo de un plan equivocado para corregir un objetivo”.

El error médico probado no se perdona. Y nadie está exento de sufrir las consecuencias del profesional que en su momento fue el responsable en la toma de decisiones, acciones u omisiones, ya que como resultado de un error lo único que se lograría en el paciente es el aumento de las dolencias, la falta de mejoría y merma de sus capacidades. Martín Seoane manifiesta que “el ejercicio de la medicina es una actividad falible que maneja dos racionalidades posibles: una la de la búsqueda del menor error posible y la otra, la de mayor beneficio probable.” (Seoane, Sotelo Lago, & Maccagno, 2009)

El Dr. González Hermosa (2019), manifiesta que hay diversas maneras de clasificar los errores. Una forma clásica se podría enumerar de la siguiente manera:

Errores personales

Diagnóstico: Equivocación o retraso.

Elección del examen complementario inadecuado.

Equivocación en la interpretación del resultado.



Errores en el tratamiento

Realización incorrecta de la técnica.

Tratamiento post operatorio defectuoso.

Retraso en la toma de decisión terapéutica.

Indicación quirúrgica inadecuada.

Prevención

No hacer profilaxis antibiótica.

Vigilancia Postoperatoria mal planificada.

Causas generales.

Comunicación deficiente entre médicos.

Organización inadecuada entre turnos o equipos.

Según el análisis estadístico que realizó la Organización Mundial de la Salud desde el año 2012 hasta el año 2015 en cuanto a denuncias por delitos en contra de la salud pública y privada dio como resultado que uno de los errores más comunes y que genera mayor número de muertes a nivel mundial es el error al momento de suministrar medicamentos o dosis de forma incorrecta, también en la mala comunicación entre el médico y el paciente de la forma en cómo se debe consumir el medicamento, pues este error puede generarse desde lo más impensable que es el no entender la letra del médico y cuya improvisación del paciente le pueda generar la muerte.

Los errores sanitarios también forman parte de los casos comunes de errores médicos pues se originan no por una participación individual sino por la participación de varias personas, que pueden generar problemas de interpretación o coordinación tanto con médicos afines como en la relación de subordinación de médicos con enfermeras.

Y para finalizar, los errores por causas administrativas que se deben a problemas de identificación personal por equivocación o pérdida de documentación: clínica, analítica o de radiografías. (Andrade, 2016, pág. 51)

1.9. Mala praxis médica

A los errores profesionales se los conoce como Mala Praxis o Mala Práctica. Por supuesto toda actividad humana es susceptible de error. Todo profesional es capaz de errar, pero quizá el error médico tiene su particular gravedad por las consecuencias que puede producir en las víctimas. (Andrade, 2016, pág. 33)



La mala praxis médica surge cuando se dan las circunstancias en las que el ejercicio de la medicina no se ajusta a lo que en el lenguaje jurídico se conoce como *lex artis* y que la doctrina anglosajona denomina como *standard of care*. Se trata de un concepto legal y no médico, usado como sinónimo de técnica correcta o, de manera más precisa, como la atención médica que proporcionaría un médico razonable en las mismas o similares circunstancias. La *lex artis ad hoc* constituye el criterio para valorar la corrección de un acto médico concreto ejecutado por un médico. La diligencia exigible al médico será la *lex artis ad hoc* profesional.

De manera sencilla podemos decir que la mala praxis es el accionar incorrecto del profesional que deriva en un daño en el paciente como consecuencia de un acto realizado con imprudencia, impericia o negligencia; o bien por inobservancia de los deberes a su cargo. (Lema, 2015)

“No hay mala praxis ni responsabilidad profesional, ni en la órbita civil ni en la penal, si el resultado es exitoso, cualquiera que fuere la metodología médica empleada, salvo que se hiciera pasar el paciente por padecimientos innecesarios”. (Breglia Arias, 2001)

La mala praxis en la vida diaria es mucho más común de lo que en realidad pensamos, puesto que en toda profesión se puede llegar a dar, pero sin lugar a dudas es el error médico el que siempre está en el ojo del huracán, específicamente por las consecuencias que esto puede acarrear desde la mala administración de un medicamento por parte de la persona que los expende en una farmacia, hasta una mala práctica dentro de un quirófano, pues los dos pueden tener como resultado lesiones, incapacidades e inclusive la muerte; no existe un patrón repetitivo pues en los organismos de las personas cada acción u omisión puede obrar de distinta forma: edad, desgaste de los órganos, vicios, degeneraciones, mal formaciones u otro tipo de dolencias, es aquí cuando la inobservancia, el simple análisis ocular, el contar con una descripción imprecisa o el no administrar bien los datos del paciente es lo que conlleva a no tomar los caminos y decisiones adecuadas para actuar sobre la salud de una persona.

El Dr. Lucas Videla dice “cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud, sea este daño parcial o total, limitando en el tiempo o de forma permanente, como consecuencia de un accionar profesional realizado con imprudencia o negligencia y empleando impericia en su profesión o arte de curar, o por inobservancia de los



reglamentos o deberes a su cargo con apartamiento a la normativa legal aplicable a esto se le denominará mala praxis”

Para J. Jorneth el término mala praxis se refiere a aquellas circunstancias en las que el resultado del tratamiento o intervención originaron un perjuicio al enfermo, siempre y cuando estos resultados sean diferentes de los que hubiesen obtenido la mayoría de profesionales en las mismas circunstancias. Y que desde el punto de vista jurídico se entienda que han existido errores y por lo tanto pedir que se asuma la responsabilidad profesional al actuar o dejar de actuar, en las formas de negligencia, imprudencia, inobservancia o impericia, cuyas consecuencias afecten a la salud, al cuerpo y a la vida misma de las personas. Estas son situaciones de trascendencia que al momento de ser cometidas no se pueden dejar pasar desapercibidas en la actividad médica del profesional que presta un servicio y que al realizarlo lo hace de forma defectuosa y genera daños muchas veces irreversibles.

Zemorain dice que para determinar la existencia de la mala praxis debe darse la concurrencia de determinados factores: la existencia de un daño real; que dicho daño sea resultado de una acción imprudente, negligente o de falta de pericia; que haya una relación directa de causa-efecto entre lo realizado por el profesional y el daño emergente y que el daño sea imputable al profesional que realizó la prestación.

1.9.1. La mala praxis en el Ecuador

Artículo 54 de la Constitución de la República del Ecuador. Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore.

Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas.

En nuestro país las querellas y demandas en contra de la salud prácticamente no se conocieron antes del año 1980, posterior a este año fueron aumentando paulatinamente y no porque generaban resultados buenos para las partes afectadas, sino que los profesionales de la medicina se estaban tomando completamente a la ligera el bien jurídico protegido dentro de este delito que es la salud del paciente.



Según un estudio realizado en el año 2015 por la Universidad Regional Autónoma de los Andes, luego de analizar estadísticas y recoger datos de la Fiscalía General del Estado, artículos de periódicos y revistas sobre “delitos contra la salud pública” revela que en los últimos siete años los médicos en Ecuador presentan un 80% de querellas, odontólogos un 10% y el otro 10% restante se da por otros profesionales de la salud.

La revista "El Odontólogo", órgano de difusión científica gremial de la Federación Odontológica Ecuatoriana manifiesta que a nivel internacional estudios señalan también que el incremento de las demandas y querellas a profesionales sanitarios se deben a las siguientes causas:

- Falta total o parcial de conocimiento por parte del profesional sanitario de la legislación que rige su actividad profesional.
- Falta de información en esta rama jurídica por parte de las escuelas o facultades de la formación profesional.
- Deterioro de la comunicación paciente-profesional.
- Falsas expectativas del paciente especialmente en tratamientos estéticos.

El error es más probable en la rama médica ya que las variables que se presentan en dicha actividad son multifactoriales aun cuando se haya realizado de forma meticulosa cada uno de los pasos que la ciencia considera adecuados, el resultado puede que no sea el esperado ni el querido. Es por ello que no todo error puede llegar a constituir una acción negligente, imprudente o imperita.

1.9.2. Mala praxis y el Código Orgánico Integral Penal

Conscientes de que la profesión sanitaria se enfrenta constantemente al límite entre la vida y la muerte El Gobierno Nacional, el Ministerio de Salud Pública y los profesionales sanitarios coincidieron en que históricamente ha existido impunidad y vacíos jurídicos respecto de la mala práctica profesional, es por ello que se tomó la decisión de incorporarla en este cuerpo normativo.

Artículo 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional. La persona que, al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley. Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e



ilegítimas. Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

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

Como se puede observar el Código Orgánico Integral Penal en su inciso tres, indica que: Será sancionada con pena privativa de la libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

Analizando detenidamente este polémico artículo hace referencia a un avance en la legislación ecuatoriana; si lo analizamos desde el punto de vista que es una alternativa tipificada para la solución de uno de los problemas más relevantes en el ámbito sanitario, y de esta forma una respuesta a una realidad diaria no solo en Ecuador sino en el mundo entero, tratando de equilibrar los intereses sin que ello se traduzca en un sistema severo para los profesionales de la salud, acogiendo por un lado la necesidad de los ciudadanos y su vez amparando a los médicos en el ejercicio de su profesión, el que este delito esté incluido en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal nos dice claramente que, para alcanzar la infracción del deber objetivo de cuidado se tendrán que cumplir las cuatro condiciones siguientes:

Primera: La mera producción del resultado no configura infracción del deber objetivo de cuidado. La muerte, lesión o incapacidad de un paciente no significa necesariamente que el médico haya infringido el deber objetivo de cuidado. Se analizará el desarrollo de los hechos que concluyeron en el fallecimiento, lesiones o incapacidad del paciente y no solo el resultado como tal. Requiriendo para esto la actuación de varios profesionales expertos en cada fase del proceso y la realización de los peritajes correspondientes para la determinación del resultado. El análisis se lo realizará en orden cronológico desde el estado en que se recibió al paciente, las enfermedades previas, alergias y así un detallado informe de cada una de las decisiones que de forma individual o colectiva se



tomaron para y por la salud del paciente. Siendo sin lugar a dudas uno de los delitos que más pericias y experticias necesitan para determinarlo como tal.

Segunda: Inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *Lex Artis* aplicables a la profesión: El incumplimiento de las normas generales por parte del médico, es decir el no apego a los estándares básicos de la profesión, es una de las condiciones que debe concurrir junto a las otras para que se configure el deber objetivo de cuidado, pero no la única. Al ser una profesión que necesita de un manejo sumamente más serio y responsable que las otras, los profesionales de la medicina se rigen a una infinidad de cuerpos normativos, normas y reglas que se las debe obedecer y respetar a rajatabla, esto parte desde un Juramento Hipocrático al graduarse, continuando por el Vademécum que es un libro semejante a un diccionario que contiene todos los químicos farmacéuticos, sus compuestos, reacciones, contraindicaciones, etc.

La vida y la salud de un ser humano debe ser llevada y tratada de forma responsable, al ser uno de los bienes jurídicos protegidos más importantes en este cuerpo normativo, el médico deberá sujetarse a la infinidad de reglas, cuidados y precauciones que su profesión le demanda, ya que la inobservancia o desapego a estos estándares básicos podría acarrear resultados fatales.

Tercera: El resultado dañoso es uno de los elementos que deben tratarse al iniciar la relación médico-paciente, ya que al explicar de forma detallada los riesgos que se pueden generar por la condición anímica, psicológica o física del paciente es dejar claro que cualquier situación a-posteriori está fuera de las manos y los límites de culpabilidad del médico tratante, la responsabilidad penal deberá provenir directamente de la infracción del deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas: Si un paciente fallece por falta de insumos o medicamentos, infraestructura inadecuada, causas propias de la enfermedad o por características propias de la persona, no será responsabilidad del médico tratante, pues en estas ocasiones el médico lo único que hace es evitar prolongar o aliviar el cauce natural de la enfermedad o dolencia.

Cuarta: Al ser la aptitud profesional uno de los elementos claves para determinar si existe o no mala práctica médica, es necesario evaluar el grado de participación, preparación y cuidado que se empleó en cada uno de los procedimientos que se realizaron previo a un resultado. También se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y



evitabilidad del hecho: el análisis técnico de cada caso implica un proceso que necesita de la concurrencia de peritos especializados en función de cada naturaleza y desarrollo del caso.

Para finalizar debemos hacer hincapié en que la mala práctica médica siempre deberá juzgarse con equidad e imparcialidad de manera que no haya impunidad para los profesionales, ni tampoco que se torne imposible el ejercicio de la medicina por el temor de los profesionales a actuar en bienestar de la humanidad, ya que al no prestar atención oportuna y eficaz existen organismos calificados internacionalmente como la UNESCO que repudian y sancionan estos actos como hechos violatorios de los derechos humanos.

TEMA II

TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y MALA PRÁCTICA MÉDICA

Los primeros fundamentos de la teoría de la imputación objetiva se remontan a la Teoría Hegeliana, según la cual un modelo de imputación se debía basar solo en las conductas que modificaban el mundo exterior desde el propio actuar individual de la persona, es decir, de las exteriorizaciones que causaban alguna diferencia con el mundo de las ideas humanas, desde la misma conciencia o pensamiento criminal de representación, hacia una verdadera materialización de la conducta del desvalor punitivo en la configuración misma de la acción. La teoría de la imputación objetiva se encuentra ubicada dentro de las corrientes funcionalistas del derecho penal y aparece como una teoría que desarrolla un sistema de imputación penal alejado del contenido naturalístico propio de las corrientes causalistas y finalista, constituyéndose sobre la base de consideraciones de carácter social, tendiendo a la normativización de los conceptos fundamentales de la dogmática penal. En su formulación más extendida, para que un resultado sea objetivamente imputable a una conducta, se requiere, -además de una relación causal científico-naturalmente constatable-, que dicha conducta haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, que sea el que se realiza en el resultado, perteneciendo el resultado acaecido al ámbito de protección de la norma vulnerada, es decir, que fuera uno de los que dicha norma estuviera llamada a evitar. El problema de la causalidad no es nuevo, ya que si la teoría del delito se cimienta en la acción (final o causal), su estudio lleva inexorablemente a la resolución de las cuestiones planteadas por el nexo entre la acción y la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal.



Siendo en consecuencia, el supuesto lógico de la imputación objetiva, como ya se había dicho, el que el sujeto activo cree o aumente un riesgo más allá de los límites permitidos, cuya consecuencia sea el ocasionar un resultado penalmente relevante, dentro del ámbito de protección de la norma. Frente a la concreción de la Teoría de la imputación objetiva, en sentido estrictamente jurídico, esta se genera de la postulación del principio de autorresponsabilidad para inferir un tipo de responsabilidad en la relación no de causalidad sino de los riesgos en la infracción penal frente a un actuar determinado, se considera la imputación a cada persona de su propia obra, determinándose así con precisión cuando la lesión a un bien jurídico en materia penal debe ser considerado la obra de un determinado sujeto y cuando no.

2.1. La imputación objetiva desde la perspectiva de Claus Roxín

Roxín, a quien se considera el máximo representante de esta teoría desde una perspectiva de imputación objetiva vinculada al “principio de riesgo”, lo cual tiene sentido ya que hoy en día interactuamos en una sociedad de riesgo, es decir los seres humanos convivimos en un espacio en el que nuestros bienes jurídicos se encuentran siempre en constante peligro, lo que se puede corroborar en una actividad tan simple como la de conducir que puede ser de gran riesgo si no se observan los deberes objetivos de cuidado y no se respetan las normas de tránsito, lo mismo sucede con otros oficios o profesiones: la mecánica, la aviación, la misma práctica de deportes. Se puede afirmar que incluso nuestro cuerpo humano constituye de por sí un riesgo; ahora bien, centrándonos en nuestra temática, sabemos que la actividad de la medicina no escapa a la noción de actividad peligrosa puesto que el ejercicio de la medicina puede generar lesiones o muerte a los asistidos, aun cuando el galeno se ha mantenido dentro del riesgo permitido, consecuencias que son socialmente aceptadas. Por lo tanto, no hay duda sobre la peligrosidad que rodea el ejercicio de la medicina, pues en esta los médicos, al asumir voluntariamente la protección de los bienes jurídicos de los pacientes: la vida, la salud e integridad física y psíquica, no pueden garantizar que en todos los casos se cumpla con las expectativas de recuperación –es probable que los pacientes fallezcan o resulten lesionados-, riesgos que asume el paciente y que son aceptados socialmente, siempre que el médico no haya incrementado el riesgo permitido en el ejercicio de su actividad. En términos prácticos, si en el caso del paciente apuñalado, el anesestesiólogo cumplió con los protocolos de seguridad respecto al



suministro del medicamento anestésico y el paciente presentó una alergia al medicamento (riesgo inherente), que a la postre le generó una inestabilidad hemodinámica que desencadenó en un paro cardíaco, frente a lo cual el anesthesiólogo, intervino, realizando maniobras de reanimación y a pesar de ello el paciente falleció, tendríamos que aquí no se obtuvo el resultado esperado por el paciente y la sociedad. Sin embargo, es claro que el peligro se mantuvo dentro del riesgo permitido socialmente, por lo que resulta desacertado deducir la responsabilidad penal del profesional de la salud; por lo expuesto y tomando en cuenta lo ejemplificado, se considera que Roxín sintetiza la teoría de la imputación objetiva y su aplicación al momento de determinar si existe o no responsabilidad en lo siguiente: debe imputarse un resultado típico al autor si se verifica que con su acción se elevó el nivel de riesgo permitido siendo materializado dicho riesgo en un resultado, que a su vez pertenece al ámbito de protección de la norma penal, partiendo de dos ideas básicas: 1) El resultado sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando la acción generadora del peligro haya creado un riesgo no permitido, contextualizándose el riesgo permitido como la determinación descontextualizada del ámbito de responsabilidad de riesgo, comportamientos peligrosos que están dentro del ámbito de la libertad de los seres humanos; 2) cuando el riesgo se haya materializado en el resultado concreto. A juicio de Roxín la imputación del tipo objetivo presupone la realización de un peligro, comprendido dentro del alcance del tipo penal, creado por el autor y no cubierto por el riesgo permitido. Este autor pretendió con la teoría de la imputación objetiva, restringir de modo “objetivo” el concepto ilimitadamente “objetivista”. A Roxín le importó, ante todo, confrontar a través de una perspectiva objetiva de la imputación. El escribió que la “tarea de la dogmática” consiste en la introducción de criterios de imputación generales y objetivos determinados normativamente. Según la teoría de la imputación objetiva, la delimitación debe sujetarse a si el resultado ocasionado ha sido alcanzado por la realización de un peligro creado por el autor y no abarcado por el riesgo permitido. Roxín al comienzo de su exposición sobre la imputación objetiva escribió que debe “aclararse cómo tiene que obtenerse la relación entre el sujeto del delito y el resultado para que dicho resultado pueda imputarse a un sujeto del delito determinado como su acción”. Este autor señala que hay que “comprobar que el resultado es la obra del autor”. Por su parte, la teoría de la



imputación objetiva se comprende con más precisión si ella es aplicada a una característica de la acción: el ser peligrosa con relación al resultado. En este sentido, si la causación del resultado concreto depende del azar y está fuera del dominio del autor, no podemos hablar de imputación. Continuando dentro de este enfoque, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado requiere su concreción en la producción de un resultado. Roxín, considerado como el padre del funcionalismo moderado, relaciona de forma muy íntima la imputación objetiva con el principio de riesgo, llevando a cabo de esta forma la creación de un riesgo mínimo con la finalidad de evitar un riesgo máximo, presentando casos de disminución de riesgo donde se niega la imputación objetiva en la desviación de un resultado grave que lleva a producir un resultado leve.

Mir Puig señala “cuando la conducta co-causante del resultado, tiene el sentido de evitar otro riesgo en un mismo bien jurídico se dice que disminuye el riesgo y, por lo tanto, que no crea un riesgo que permita la imputación objetiva”. (Puig, 1996, p. 232)

Las consideraciones de Roxín en este punto se vuelven muy finas y difícilmente generalizables, se lee incluso que la determinación de la realización del riesgo requiere de sutiles investigaciones lo que deja la cuestión a la deriva. Sin embargo, se puede inferir de su construcción que no hay realización de riesgos en las siguientes situaciones: a) Cuando no se materializa el peligro; b) Por falta de realización de un riesgo no permitido; c) Porque el resultado no está cubierto por el ámbito de protección del tipo, a saber:

- a) Cuando en el resultado no se materializa el peligro. La imputación presupone que el riesgo desaprobado, originado por el autor, se haga realidad justamente en el resultado. Es decir, se excluye en principio una imputación, cuando el autor ha creado un peligro contra un bien jurídicamente protegido, pero el resultado no se puede considerar como la realización de ese peligro, sino que solamente se encuentra en una relación fortuita respecto de él. A esta clase pertenecen los casos en los cuales se logra el resultado en razón de una cadena imprevisible de eventos causales. Por ejemplo, cuando la víctima de una tentativa de homicidio muere no como consecuencia del disparo que le propinó su atacante, sino en el incendio del hospital a donde fue llevada en busca de atención médica. Por el contrario, en las desviaciones de causalidad insignificantes, el resultado debe ser imputado cuando la acción tentada eleva el peligro posterior del desarrollo causal en forma



jurídicamente relevante, lo que hace que el resultado sea la consecuencia de una adecuada realización del peligro creado por la tentativa. (ejemplo del que arroja a una persona desde un puente al río, para que se ahogue, y muere al impactar contra una de las columnas). (Roxin C. , Derecho Penal Parte General - TOMO I, 1997, p. 75)

- b) Exclusión de la imputación por falta de realización de un riesgo no permitido: En los casos del riesgo permitido la imputación presupone la transgresión de la frontera de permisión y con esto la creación de un peligro desaprobado. Pero no basta con dicha transgresión, porque para poder imputar el resultado es necesario que la violación del riesgo permitido haya influido en la forma concreta del resultado. (ejemplo del accidente producido por el estallido de un neumático durante una maniobra de adelantamiento imprudente). También considera Roxín que debe excluirse la imputación en casos que la transgresión del riesgo permitido no es completamente irrelevante para el resultado concreto, sin embargo, el desarrollo del suceso es tan atípico, que ese resultado no puede ser considerado como la realización del riesgo no permitido. Por ejemplo, si alguien muere de un infarto cardíaco porque otra persona lo sobrepasó en forma peligrosa o le causó un accidente leve.
- c) Las conductas alternativas conforme a derecho y la teoría del incremento del riesgo: Se trata de casos en los que alguien ha traspasado las fronteras del riesgo permitido, sin embargo, se demuestra que, aunque se hubiere observado el cuidado exigido, el resultado, con gran probabilidad, también se hubiera producido. Para Roxín, lo determinante en estos casos no es preguntarse si el resultado se hubiera producido con una gran probabilidad, aun observando una conducta reglamentaria, sino que debe indagarse si la conducta contraria a la norma de cuidado elevó el riesgo de producción de un resultado. Por ejemplo, en el caso del ciclista ebrio que producto de una maniobra instintiva cae bajo las ruedas traseras de un camión que había emprendido una maniobra de adelantamiento sin guardar la distancia reglamentaria, se demostró que el accidente también se habría producido, aunque el conductor hubiera mantenido la distancia lateral exigida. Aplicando la teoría del incremento del riesgo de Roxín, si se demuestra que con una conducta reglamentaria la probabilidad de un resultado lesivo sería de un 70% por ejemplo, y que con una



conducta antirreglamentaria lo será de un 80%, ese incremento del riesgo de un 10% es suficiente para imputar el resultado, aun cuando en ambos casos, con una gran probabilidad, el resultado también se hubiera producido con una conducta reglamentaria. ¿Cómo se determina si hubo un incremento del riesgo? Se debe examinar qué comportamiento, según las reglas del riesgo permitido, no se le hubiera podido imputar al autor como lesión del deber. Con este comportamiento se compara la acción del acusado y se constata si el comportamiento incorrecto ha aumentado la posibilidad de que se produzca el resultado o si, por el contrario, el riesgo que representa la acción imprudente es el mismo que existiría si se hubiese cometido una acción peligrosa permitida. En el primer caso, opina que es lícita la condena por delito culposo; en el segundo no. Porqué esto debe ser así: porque si no el legislador trataría supuestos y hechos iguales indistintamente, lesionando así el principio de igualdad. Una acción que no aumenta el riesgo permitido y tampoco el peligro de la producción del resultado, debe ser juzgada dentro de esta conexión cuando causa el resultado, igual que el comportamiento no prohibido.

2.2. Teoría del incremento del riesgo

Roxín piensa que si se sigue su procedimiento no será necesario acudir a procesos causales hipotéticos sobre los cuales casi nunca se podrá llegar a un conocimiento exacto; su tesis opera con factores comprobables científicamente, porque una pericia podrá indicar al juez cuál es el grado de posibilidad que representa para la muerte el comportamiento prudente y el imprudente. La teoría del incremento del riesgo ha recibido críticas de distintos sectores que le atribuyen la violación del principio *in dubio pro reo*.

La exclusión de la imputación en resultados que no están cubiertos por el ámbito de protección del tipo es un principio que afirma que las normas de cuidado se han instituido para que el ciudadano se mantenga dentro de los límites de peligro socialmente tolerado, no trata de evitar cualquier clase de resultados, su finalidad estriba en prevenir resultados concretos. En consecuencia, el presente 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, por lo que en su formulación básica el principio indica



que imputable sólo es el resultado producto del riesgo que quiso prevenir la norma violada, no otro. Así, por ejemplo, en el caso de la muerte que sufre una mujer bajo anestesia general debido a un fallo cardíaco en un proceso en el que se le extraen dos muelas. A pesar de haber sido advertido el dentista por la mujer, de tener un problema en el corazón, el dentista había omitido hacer intervenir a un internista, como requeriría el cuidado debido. Sin embargo, se establece que en la exploración por un internista no se habría descubierto la dolencia cardíaca, pero lo que es cierto es que, aún con el retraso por la valoración del internista, la mujer en todo caso hubiera muerto más tarde. Para resolver casos como el anterior, se afirma que la obligación de consultar a un médico internista antes de aplicar una anestesia general no tiene como finalidad la de prolongar por unas horas o días la vida del paciente, en estos eventos el fin de protección de la norma no abarca de forma concreta la producción del resultado y el fallecimiento no puede ser imputado al dentista.

En conclusión, la posición de Roxín se sintetiza en el sentido de que el Derecho Penal sirve para la protección subsidiaria de bienes jurídicos, éste no tiene como finalidad la protección de todo bien jurídico. Y dice Roxín: “Cuando uno se pregunta cómo es que se puede lograr la protección de bienes jurídicos a través del derecho penal, la respuesta resulta lógica y evidente es: si se prohíbe superar los límites del riesgo tolerado para proteger los bienes jurídicos y alguien supera mediante su actuar los límites permitidos del riesgo y éste se realiza en el resultado, entonces se es autor de un hecho prohibido”. (Roxin C. , Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania, 2008, p. 20).

En consecuencia, para Claus Roxín, el pensamiento básico de la teoría de la imputación objetiva es que un sujeto es autor de un injusto penal cuando, sin estar amparado por una causa de justificación, ha creado un riesgo no permitido para un bien jurídico penalmente protegido y este riesgo ha desencadenado en un resultado prohibido.

2.3. Creación de peligro y cursos causales hipotéticos

El Dr. Francisco Vega en su artículo “derecho y cambio social” da a conocer el criterio de Ignacio Berdugo, que dice que es objetivamente imputable solo aquel resultado ocasionado por un acto humano, cuando esto genere un peligro jurídicamente desaprobado que se ha ejecutado en el resultado típico.



Recientemente se discute si se debe tomar en cuenta los cursos causales hipotéticos en el juicio sobre la creación o aumento de un riesgo. El criterio comúnmente aceptado es el siguiente: “la imputación de una realización antijurídica del tipo no puede excluirse porque estuviera dispuesto un autor sustitutivo, a que en caso de fallar el agente hubiera asumido el hecho (principio de asunción)”. Así, por ejemplo, Juan Rosas acudió a la bahía comercial ubicada en el Guasmo Sur de Guayaquil el día sábado a las 19:00 horas con la finalidad de adquirir un televisor, iba solo y vestido con ropa vistosa, portaba cadenas, anillo y reloj de oro. Al momento de comprar el televisor, dejó ver una gran cantidad de billetes que llevaba consigo, lo cual llamó la atención de Pedro Damián quien le robó el televisor, dinero y alhajas a 20 metros del local donde había realizado la compra. Pedro Damián fue detenido por dos policías quienes lo pusieron a disposición del Ministerio Público. El hecho de que en el populoso barrio de Guayaquil sea extremadamente elevado el índice de robos y que Juan Rosas haya llamado la atención del ladrón, no excluye la tipicidad de la conducta de Pedro Damián y no procede atender al argumento sobre el inevitable desapoderamiento de las pertenencias de Juan López porque había otras personas dispuestas a infringir la prohibición de la norma penal de robo. Como es de nuestro conocimiento, el Derecho Penal prohíbe la realización de conductas peligrosas para bienes jurídicos tutelados y no sería lógico retirar dicha prohibición porque más de una persona está dispuesta a infringir dicha prohibición. Aunque para profundizar, debemos establecer dos grupos de causas sustitutivas, en relación a la creación de peligro:

1. Casos de causas sustitutivas humanas: en este punto, Roxín se plantea si la imputación de una conducta antijurídica puede ser excluida en aquellos casos en que se demuestre que estuviera dispuesto un tercero (autor sustituto) a asumir el hecho, y ello en caso de fallar el agente, algo que se ha esbozado en el caso hipotético expuesto en líneas anteriores, pero que aclaramos mediante un ejemplo que brinda Roxín: “(...) debe condenarse por homicidio al que (estando en vigor la pena de muerte), actuando como persona privada, echa a un lado por la fuerza al verdugo y acciona en su lugar el funcionamiento de la silla eléctrica. Pues si el legislador sólo le permite una acción típica a determinadas personas o funcionarios, esa restricción sólo se puede imponer eficazmente si la prohibición se mantiene incólume frente a los demás. Sería algo que conduciría a situaciones intolerables



que, contra las reglas legales de competencia, cada cual ya pudiera “detener” impunemente a otros por el hecho de que la policía tenga la facultad de hacerlo en virtud de una orden judicial de arresto.” Ahora bien, conforme a lo expuesto, Roxín sostiene que, en estos casos, de ninguna manera puede la imputación de la realización del tipo a la acción verse enervada. Sostiene que no se puede negar en tales casos la existencia de un aumento o creación de un riesgo, y ello bajo el argumento que el objeto de protección típico en cualquier caso estaría perdido, y por tanto no era susceptible de ser puesto en peligro por el autor.

2. Casos de causas sustitutivas naturales: a diferencia de los casos anteriores, Roxín sostiene que la imputación sí se ve excluida cuando el autor de la conducta únicamente modifica una causalidad natural, siempre que no empeore con ello la situación de la víctima en su conjunto. Aclaremos esto con un ejemplo (nuevamente de Roxín): “F circula con su locomotora por un tramo de dos vías que está bloqueado por un desprendimiento de la montaña de tal modo que F ya no puede frenar a tiempo y se va a estrellar contra las rocas. X cambia las agujas, de manera que la locomotora es desviada desde la vía izquierda a la derecha, que está igualmente bloqueada por el mismo desprendimiento, y F muere en ese lugar”. Ahora bien, tal como se expresó en líneas anteriores, Roxín en estos casos, reconoce un límite: el llamado Principio de Intensificación. Dicho principio básicamente consiste en que sí será imputable un resultado a una conducta (pese a la existencia de una causa sustitutiva natural) siempre que, mediante la misma, se aumente o se anticipe en el tiempo el daño; esto es: siempre que se intensifique el mismo. Por tanto, podemos concluir que, salvo las observaciones ya exhibidas, quien tala un árbol ajeno que el mismo propietario hubiera querido talar, o quien mata a una vaca ajena que de todos modos por razones de policía sanitaria hubiera tenido que ser sacrificada, sigue incurriendo en responsabilidad penal.

2.4. La exclusión de la imputación en los casos de riesgo permitido

Roxín, considerado el padre del funcionalismo moderado, relaciona la imputación objetiva con el principio de riesgo. Es así que se pueden presentar casos de disminución de riesgo en donde se niega la imputación objetiva en la desviación de un resultado grave que ha llevado a producir uno leve. El profesor Mir Puig señala “cuando la conducta co-causante del resultado tiene el sentido de evitar otro riesgo en un mismo



bien jurídico, se dice que se disminuye el riesgo y, por lo tanto, que no crea un nuevo riesgo que permita la imputación objetiva. Este sería el caso de quien desvía la acción lesiva dirigida a una parte esencial de un determinado objeto de modo que recaiga en otra parte menos valiosa”. (Tasayco, 2014, pág. 114)

En la doctrina reciente, el estudio de la infracción de cuidado requiere, además, que el sujeto con su comportamiento genere un riesgo que supere o rebase los límites de lo permitido, por lo tanto, lo fundamental es determinar si el médico generó un riesgo que sobrepasa las delimitaciones toleradas por las normas de su profesión.

Un ejemplo que propone Roxín es el de quien desvía una piedra dirigida a la cabeza de la víctima con peligro para su vida y logra que dé en su hombro. Aquí concurren tres personas: el que arroja la piedra, el tercero que la desvía y la víctima que resulta con lesiones graves en el hombro. Con el que arroja la piedra no habrá problemas para imputarle un homicidio en grado de tentativa. Pero ¿se le podrá imputar responsabilidad penal al tercero? Roxín sostiene que no, ya que es el tercero quien disminuyó el riesgo de muerte.

No podemos asumir de ninguna manera que el riesgo permitido no sustituye al deber objetivo de cuidado ni viceversa, al contrario, ambos criterios se complementan; por ende, si el médico controla cualquier peligro que se sobrevenga y cumple con las normas de la *lex artis*, no habrá lugar a responsabilizarlo penalmente.

Es necesario señalar que todas las actividades de las personas engendran un riesgo en sí mismas, de ahí que si nos enfrentáramos ante la prohibición de toda puesta en peligro de bienes simple y llanamente impediríamos la realización de cualquier comportamiento social, incluyendo por obvios motivos, las actividades del área de la salud; por lo dicho, es necesario decirse que el denominado “riesgo permitido”, no es que elimine el peligro en sí mismo, sino que haga tolerable determinadas molestias en ciertas y determinadas condiciones. (Araujo, 2019, pág. 355)

Ahora bien, en el caso de la actividad médica se puede exponer un caso similar. Un ejemplo hipotético que expone Gilberto Tasayco con el fin de explicar cuándo no puede predicarse la imputación objetiva por disminución del riesgo dice: “En un lugar de esparcimiento, un médico acude a una persona que ha sufrido un paro cardiorrespiratorio y en el momento que lo auxilia le aprieta al extremo de causarle una lesión en una de las costillas. En este caso el médico ha evitado el riesgo de muerte



disminuyéndolo a un nivel inferior de lesiones, por lo que, si con su actuación solidaria ha disminuido el riesgo, entonces no se le puede imputar objetivamente las lesiones producidas. Nos encontramos aquí entre un auténtico caso de disminución del riesgo que desde una perspectiva funcional no tiene asidero penal, existiendo en este caso para el médico dos alternativas, o no hacer nada dejándolo morir, o salvarlo causándole una lesión. Dicha acción desde la óptica de la imputación objetiva no acarrea responsabilidad penal. (2014, pág. 114)

Cuando se habla del riesgo permitido y este incluye a más de una persona, debe guiarse por el principio de confianza y el nivel de participación de cada uno de los profesionales en la actividad médica que se lesionó el bien jurídico protegido, como se ha analizado con anterioridad, una intervención médica en la mayoría de casos se realiza en equipo y al generarse por uno de los integrantes un riesgo no tolerado y desaprobado por las leyes originará responsabilidad personal que deberá asumirla ante las autoridades administrativas y de justicia.

En Ecuador, tomando las directrices del numeral 2 del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se entendería que el riesgo permitido otorgado a todos los profesionales se traduce en la observancia de las “leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión”; entonces, en el caso en que se violente la *lex artis* médica, se genera un riesgo desaprobado, es decir, al causar la muerte o una lesión al paciente, hará nacer a la vida la responsabilidad penal del profesional. (Araujo, 2019)

En conclusión, existirá vulneración al deber objetivo de cuidado, cuándo el profesional de la medicina ha puesto en riesgo o peligro no tolerado a un paciente; de ahí la trascendencia probatoria de informar debida y detalladamente de forma documentada los riesgos inherentes a cada uno de los procedimientos realizables, los mismos que se encuentran reconocidos dentro de la doctrina y praxis médica.

2.5. Criterios de imputación objetiva en el ámbito de realización del riesgo no permitido

Como se ha dejado expuesto, el centro de la teoría de la imputación objetiva subyace en la noción de riesgo, lo que tiene sentido puesto que esta premisa se acopla perfectamente a los postulados del funcionalismo. La sociedad, y su expresión institucionalizada que es el Estado, permite, consiente y auspicia ciertas conductas



(como las del arte de curar) que generan riesgo; esto es, la contingencia o proximidad de un daño. Las permite porque resulta impensado impedir las todas, siendo que prácticamente cualquier comportamiento humano conlleva peligro, pero las permite en la medida en que los beneficios que generan sean superiores a los perjuicios, pese a lo dicho es necesario manifestar que, el denominado riesgo permitido no es que elimine el peligro en sí, sino que haga tolerable determinadas molestias en ciertas y determinadas condiciones, tales como las efectuadas por los médicos en el transcurso de la actividad médica por sobre todo quirúrgica. Es por esta razón que, en las intervenciones con fines curativos con resultados favorables no se puede imputar la acción del cirujano, en vista de que la valoración realizada en la praxis de la actividad médica-quirúrgica se encuentra dentro del riesgo permitido. Esto alude a que, si dicha acción se encontraba dentro del rango permitido, es decir el autor en ningún momento creó o aumentó el riesgo, puesto que, su actuación respetaba el deber objetivo de cuidado y lo realizaba conforme a la *lex artis*, quedando de esta forma excluida la actuación del cirujano de toda valoración penal. Por lo que, siempre que se respete el cuidado exigible por la convivencia, la realización de acciones riesgosas permitidas excluye la tipicidad del hecho imprudente, “aunque condicionen -como escribe Mir Puig- uno de los resultados que la ley menciona” (1996, p. 18). Esas acciones peligrosas que observan las normas de diligencia, no entran en el terreno de la ilicitud penal (1996, p. 19). De todas maneras, el esfuerzo de la doctrina está orientado a descubrir un parámetro objetivo y firme, que permita eludir la necesidad de imaginar (labor que de por sí es fuente de resultados imprecisos cuál habría sido el comportamiento ideal, en nuestro caso el del buen médico). En este contexto, cabe poner de relieve la forma cómo atribuir una conducta que conlleva un riesgo jurídicamente desaprobado. En tal sentido, para determinar si un riesgo está jurídicamente desaprobado no es decisivo lo que el sujeto pudo hacer para evitar el resultado, sino aquello que debió haber hecho para impedirlo. Es decir, como ya se expuso anteriormente, lo que importa es determinar si hay un deber jurídico, derivado del rol social del sujeto, que ha sido infringido. Como ya se ha puesto de manifiesto, la infracción de una norma reglamentaria o extrapenal no es suficiente para emitir un juicio de desaprobación jurídico-penal (riesgo penalmente prohibido), por lo que, para poder arribar a esta conclusión, debe partirse de la norma extrapenal (la violación de normas de cuidado escritas o no escritas) como criterio



indicador y efectuar un análisis de la conducta concreta en el contexto específico en que tiene lugar. Y esto es, nuevamente, lo socialmente más coherente, pues la determinación del riesgo penalmente desaprobado no se define apreciando simplemente una actividad catalogada como riesgosa de forma general o por cómo debería comportarse una persona en circunstancias ideales, quizá con esto nos recuerde a la fórmula del “hombre prudente” del causalismo. Preguntándonos: ¿cómo actúa un “hombre prudente”? ¿Cuál es la conducta exigible a ese “hombre prudente”? Se trata de interrogantes que no han podido ser absueltos de forma solvente hasta la fecha, dejando por lo tanto un amplio margen de incertidumbre y arbitrariedad en su definición. Es claro que no todas las personas actuamos o reaccionamos del mismo modo en circunstancias similares. Por tal razón, para la determinación del riesgo prohibido no es necesario dilucidar cómo debería comportarse un médico de conducta ejemplar en circunstancias ideales, sino cómo debió haber procedido en la situación específica en la que se encontraba al momento de producir la actividad riesgosa. Por lo tanto, no debe tratar de contrastarse la actuación del sujeto en el caso concreto con la de una figura ideal de hombre (según su rol social), sino que debe atenderse a cada elemento que configura el contexto que rodea el comportamiento concretamente analizado: si el médico contaba con personal de apoyo suficiente, si el hospital le ofrecía los implementos o dispositivos mínimamente adecuados, etc. Definida claramente la situación que, en concreto, tuvo que afrontar el sujeto, el análisis del riesgo permitido debe efectuarse en función a lo que es exigible en las mismas circunstancias que tuvo que afrontar el autor. Una de las primeras acciones que se debe verificar si se quiere argumentar la creación de un riesgo reprobado es la infracción a la *lex artis* y si esta infracción fue la causante del resultado, puesto que no toda infracción de este tipo supone una consecuencia dañosa. Esta observancia de la *lex artis* debe realizarse durante toda la interacción médico-paciente, pues es parte de los deberes del médico como se lo había mencionado en el inicio de este trabajo. La primera etapa consiste en un diagnóstico personal, según las propias consideraciones del médico y según las características y estado del paciente, posterior a ello se deberá sugerir el respectivo tratamiento, pasando por el deber de información puesto que el paciente se encuentra en desventaja frente al médico al desconocer de la misma, es por esto que el médico debe comunicar al paciente todo lo relativo a su salud, enfermedad, tratamientos, consecuencias y expectativas para que el paciente pueda decidir sobre ello.



No hay que olvidar que hasta cierto punto la actividad médica es inducida y en ella interviene el consentimiento del paciente, una vez obtenido el consentimiento informado y sin vicios del paciente, respecto del tratamiento que se le dará a la enfermedad, el médico debe iniciar con las seguridades del caso, tomando en cuenta posibles restricciones del tratamiento. De haber realizado el tratamiento conforme a la *lex artis*, se ha superado el riesgo reprobado en esta etapa y se continúa con la siguiente, esto es el post tratamiento puesto que la actividad médica no termina cuando el paciente ha de terminar de ingerir la dosis de medicamentos prescrita o sale de la sala de operaciones, el médico debe continuar con su relación profesional para constatar la evolución del mismo hasta asegurarse que la enfermedad o afección del paciente ha sanado o ha sido controlada. Cumpliendo las actividades de las etapas enunciadas, el profesional de la salud ha desarrollado su actividad enmarcada en los límites del riesgo permitido, pero si omitiese o excediere lo establecido, ello constituiría un riesgo reprobado por el cual se le podría responsabilizar penalmente.

2.6. La atribución a la esfera de responsabilidad ajena

Dentro de esta subcategoría nos encontramos con situaciones en las que se determina que el fin de tutela del tipo penal no comprende a los resultados cuya evitación cae dentro de la esfera de responsabilidad de otro. Roxín reconoce que esta constelación de supuestos aún no ha sido suficientemente elaborada dogmáticamente, por lo que no resulta posible hacer afirmaciones seguras y de manera general sobre ellas. Sin embargo, reconoce que la *ratio* de la exclusión de la imputación reside en que determinados profesionales, dentro de la esfera de su competencia respecto de la eliminación y vigilancia de fuentes de peligro, son competentes de tal modo que los extraños no tienen que entrometerse; entonces la consecuencia político-criminalmente coherente de dicha asignación de competencia es exonerar al primer causante de las consecuencias que sean provocadas por una conducta dañosa de un profesional, ello tiene trascendencia práctica sobre todo para las actividades que sirven para combatir peligros, como son las ejercidas por los bomberos, policías. Aún mayor relevancia tiene la cuestión de si se pueden imputar las consecuencias de fallos en el ejercicio de la profesión médica al causante de una lesión si la víctima lesionada muere a causa de un error médico, Roxín considera que es necesario hacer una distinción, de si la conducta médica desplaza el peligro creado por el autor o no evita su realización. Así, si la



víctima muere no como consecuencia de las lesiones o daños producidas sino como resultado de un fallo médico (v.gr. suministro de un medicamento contraindicado, incisión equivocada que provoca la muerte por desangramiento, error en el suministro de la anestesia, etc.), entonces el profesional ha sustituido el riesgo originario por otro que se encuentra exclusivamente en su esfera de responsabilidad. Por ejemplo, una persona acude a una farmacia para que se le administre un medicamento mediante vía intramuscular, sin tomar en cuenta que la persona es alérgica a dicho medicamento, el farmacéuta le administra la dosis causándole una reacción alérgica, por lo que acude al servicio de urgencia de un hospital, donde el médico de turno no le realiza una valoración adecuada ni un tratamiento oportuno y el paciente fallece por un shock anafiláctico.

El caso se resuelve de la siguiente manera: el farmacéuta no puede ser imputado por el resultado de homicidio culposo, ya que el médico desplazó el peligro inicial por uno que corresponde exclusivamente a su esfera de responsabilidad, y, por tanto, el resultado de muerte del paciente le es atribuible al galeno. Distinto sería si ambas conductas imprudentes tendrían aproximadamente el mismo peso y ambas se hubiesen realizado en el resultado, entonces, cabría castigar a ambos por homicidio imprudente. De otro lado, si la muerte no se desencadenó por una deficiente praxis médica, o el error médico no explica el deceso del paciente, la muerte del paciente le es atribuible al farmacéuta al no actuar bajo los preceptos del deber objetivo de cuidado y al no haber realizado la prueba con una mínima aplicación del medicamento al paciente para poder cerciorarse de si es alérgico o no. Caería en la esfera de responsabilidad de la víctima si el paciente no hubiera acudido inmediatamente al hospital, aunque esto no necesariamente excluye de la imprudencia al farmacéuta.

2.7. La imputación objetiva planteada por Günter Jakobs

Si algo se ha aprendido de la imputación objetiva a través de la revisión realizada en el presente trabajo es sobre la importancia del rol del sujeto dentro de la sociedad, simplificando, el rol social que cumple cada persona en concretos espacios de interacción (padre, policía, juez, profesor, o en el caso concreto médico) define la medida de su propia responsabilidad en la gestión de cada parcela social; para Jakobs, la imputación objetiva cumple un papel fundamental que permite determinar los ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, así faculta constatar cuando una



conducta tiene carácter objetivo delictivo, por tanto se abordarán los aportes más significativos que le dio este excelso maestro a la presente teoría puesto que sus estudios no se limitan a la edificación de "dogmas" sectoriales que una vez establecidos se pretenden inmutables, o a la mera propuesta de catálogos de soluciones "plausibles", sino que buscan contribuir a la construcción de una concepción sistemática, que contribuya a resolver problemas básicos de la teoría de la imputación objetiva, señalados principalmente por la corriente finalista. En particular, aborda la decisiva cuestión acerca de cuál es la perspectiva (objetivo-general o subjetivo-individual) desde la cual debe producirse el enjuiciamiento de los contenidos de la teoría de la imputación objetiva. Para Jakobs el fin primordial de la pena es la prevención general positiva, es decir, que la sanción busca garantizar las expectativas sociales referentes a la norma. La pena sirve para confirmar la confianza en la vigencia de la norma, a pesar de la ocasional infracción que cometa el agente del delito, además esa sanción pretende lograr el "ejercicio en la fidelidad hacia el derecho", y finalmente, aparece la conexión existente entre la conducta atentatoria de la norma y la obligación de soportar las consecuencias, que el profesor alemán llama: "ejercicio en la aceptación de los costes" (Franco Loor, 2017, p. 27). Es que para el autor alemán, el bien jurídico penal es siempre la vigencia efectiva de la norma, y ese concepto puede derivar de lo afirmado por su profesor Welzel de la siguiente manera: "Más esencial que la protección de los bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la vigencia (observancia) de los valores de acción de la actitud jurídica" y, dentro de la teoría del delito para el eminente alemán, la teoría de la imputación objetiva cumple una función primordial que permite determinar los ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, así faculta constatar cuándo una conducta tiene carácter (objetivamente delictivo). Por ello, para este autor la teoría se divide en dos niveles: a) la calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento); y, b) la constatación, en el ámbito de los delitos de resultado, de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado). El propio Jakobs dice: Lo que caracteriza el comportamiento humano jurídico penalmente relevante no es que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos, esto también se produce por catástrofes naturales, animales, etc. Este significado ha de averiguarse a través de una interpretación que parta de la comprensión general y proceda en este sentido, de



modo objetivo; pues sólo entonces las conclusiones alcanzadas resultarán comprensibles en la vida social y serán algo más que una peculiaridad individual. Los fundamentos de esta interpretación, es decir la averiguación y la fijación de lo que significa un determinado comportamiento, desde el punto de vista social, constituyen el objeto de la teoría de la imputación objetiva (Franco Loor, 2017, p. 28). Por todo ello, piensa Jakobs que “el principio fundamental de esta teoría es el siguiente: el mundo social no está ordenado de manera cognitiva, con base en relaciones de causalidad, sino de manera normativa, con base e incompetencia, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto. Por lo tanto, el hecho de que un comportamiento cause de modo cognoscible un resultado pernicioso, *per se*, no quiere decir nada, pues puede que en el contexto el suceso le competa a otra persona. En este sentido, y a modo de ejemplo, dice Jakobs que, la producción masiva de automóviles también causa accidentes de tráfico y casos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y ello, además, de modo perfectamente previsible, pero sin que respondan sin más los productores. Asegura el autor que estudiamos que, simplificando, se trata de delimitar el comportamiento socialmente adecuado y el comportamiento socialmente inadecuado y que, una vez realizada esta delimitación, queda claro qué comportamiento se exige en cada contexto de una persona. Según Jakobs si la persona no cumple con esa exigencia, su comportamiento tiene un significado delictivo. Aquí aparecen sin lugar a duda la teoría de los roles. El contenido de un rol queda determinado por los institutos de la imputabilidad objetiva. Por eso “quien lleva a cabo una conducta dentro del riesgo permitido, permanece dentro de su rol; quien presta una contribución a quien actúa a riesgo propio, también; quien realiza una prestación estereotipada y no se adapta a los planes delictivos de otras personas, no participa criminalmente en la ejecución de esos planes, existe una prohibición de regreso; e igualmente permanece en el rol del ciudadano fiel al derecho quien, por ejemplo, en el tránsito vial, confía en que los demás conducirán a su vez de modo correcto: principio de confianza. En conclusión, no es tan importante la configuración concreta de distintos institutos como el hecho de que en el comienzo del mundo normativo, precisamente, no sólo hay posesión de bienes, sino también, con igual carácter originario, ámbitos de responsabilidad; por consiguiente, no se espera de todos y cada uno que eviten toda lesión de un bien, sino precisamente, sólo



de aquél al que ello le incumbe, y en esa medida sólo el cuidado suficiente por aquello que le compete”. (Franco Loor, 2017, pp. 28-29)

Una vez enunciadas haremos alusión a las cuatro instituciones dogmáticas a través de las cuales ha de restablecerse el juicio de tipicidad:

1. El riesgo permitido: Volvemos a lo enunciado *ut supra* y la concepción de sociedad de riesgo que plantea Jackobs que considera que tan solo un ermitaño podría no estar sujeto a un resultado lesivo proveniente de un tercero, cualquier contacto social entraña un riesgo, incluso cuando todos los intervinientes actúan de buena fe: a través de un apretón de manos puede transmitirse, a pesar de todas las precauciones, una infección. En el contexto médico que nos atañe, una anestesia médicamente indicada y aplicada conforme a la *lex artis* puede provocar una lesión, la realidad diaria muestra que estamos expuestos ¿Quién puede permitirse el convertirse en un ermitaño? Puesto que una sociedad sin riesgos no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgos no es factible; por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediabilmente tolerado como riesgo permitido, tomando en cuenta los supuestos normales de interacción, ya que la sociedad según Jackobs no representa un mecanismo para obtener la protección de bienes sino un contexto de interacción.
2. El principio de confianza: A criterio del maestro alemán a quien se dedica el presente subtema, el concepto de delito se torna básicamente normativo y el derecho penal lo que hace es proteger la vigencia de la norma y no establecer un muro alrededor de bienes jurídicos. De lo expuesto, el mundo social está ordenado de modo normativo, sobre la base de competencias y el significado de cada comportamiento se rige por un contexto, de allí que lo importante sea delimitar comportamientos socialmente inadecuados o socialmente adecuados, por eso el riesgo social aceptado excluye el tipo. En ese sentido, advertimos que al derecho penal no le interesa un hombre muerto o un vidrio roto, sino conductas humanas que con sentido produzcan ese resultado que pudieron evitar mediante un comportamiento adecuado, asumiendo que la diligencia propia presupone la de los demás. Es así como emerge el principio de confianza, como un instituto capaz de valorar conductas, dentro de una sociedad organizada y con roles plenamente distribuidos. Sintetizando, aquel que obra dentro



de los límites de la tolerancia socialmente admitidos no infringe el deber de cuidado y por lo tanto no obra típicamente, esto se evidencia por ejemplo en el trabajo en equipo en donde existe distribución de funciones, siendo así el médico internista que ha valorado diligentemente al paciente ingresado en un hospital confía en que una vez dada su receta, la enfermera suministre las dosis indicadas conforme han sido prescritas, por lo que frente a una eventual complicación que genere un resultado lesivo para el paciente no podrá ser imputado, puesto que según el principio de autorresponsabilidad, debe responder por el cuidado propio y no por el cuidado ajeno.

3. La prohibición de regreso: Con ella Jakobs pretende 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 comportamientos 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. Consiste en que cuando una persona realiza una conducta imprudente, irrelevante e inclusive inadecuada socialmente y con ello facilita la comisión de un delito doloso o culposo por parte de otro, el resultado no le es imputable siempre y cuando que no tenga la posición de garante (padre, medico), por ello al encuadrar esta idea sistemáticamente, Jakobs establece que la prohibición de regreso excluye la imputación objetiva del comportamiento. La sugerencia Jakobiana ubica a la prohibición de regreso sistemáticamente en la teoría de la participación, lo que ha dado pie a que algunos autores la consideren como una figura autónoma, lo cual en su mayoría no es aceptado, puesto que su funcionamiento está determinado por los presupuestos de riesgos jurídicamente desaprobados y su realización en los resultados penalmente relevantes.
4. Actuación a riesgo propio de la víctima o competencia de la víctima: Mediante esta institución Jakobs 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, en este sentido implica el establecimiento de esferas de responsabilidad. Debemos mencionar como principio que, para Jakobs la idea de persona parte de los correspondientes conceptos sociales; del sujeto mediado por lo social, donde hay que



tener especialmente en cuenta el ámbito de la competencia y la norma como expectativa social institucionalizada. Ser persona significa tener que representar un papel, recordando las clases de Derecho Romano: Persona es la máscara, y como en el teatro romano, debe ejercer un rol. Para Jakobs, este principio implica que quienes se arriesgan en una aventura en caso de producirse un daño, no pueden invocar que los demás deberían haber tenido cuidado de él, “pues tal tutela frente a una persona responsable sería incompatible con la conexión negativa en cuanto a la relación entre iguales”.

2.8. Teoría de la causalidad y su relación con el nexos causal

Causalidad: en sentido amplio, relación existente entre el resultado y la acción, que permite afirmar que aquel ha sido producido por esta. En sentido más restringido solo se puede hablar de relación de causalidad para referirse a uno de los grupos de teorías que han tratado de explicar aquella relación, las llamadas teorías de la causalidad, teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua nom* (causa del resultado es toda condición que colabora en su producción y sin la cual aquel no se hubiera producido: todas las condiciones tienen idéntica relevancia causal), teorías de la causalidad eficiente y de la causalidad adecuada (intentos teóricos de limitar la excesiva amplitud de la anterior teoría).

En la actualidad estas teorías de la casualidad vienen siendo corregidas en sus resultados por otras que, no entendiendo la relación acción-resultado como simple relación natural causa-efecto, y partiendo de criterios normativos basados en la naturaleza de lo ilícito penal, deducen sus principios de la naturaleza de la norma y de su fin de protección (teoría de la imputación objetiva).

El delito es en primer término una conducta, mejor dicho, un acto humano que comprende por una parte la acción ejecutada y la acción esperada y de otra el resultado sobrevenido. Para que este pueda ser inculcado precisa existir un nexos causal o una relación de causalidad entre el acto humano y el resultado producido (Llerena, 2017).



TEMA III

TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE CONFIANZA

3.1. Principio de confianza y teoría de la imputación objetiva

En doctrina se discute si el principio de confianza es una herramienta para determinar el deber objetivo de cuidado en el delito imprudente o si es un elemento de la teoría general de la imputación objetiva, pues su autonomía conceptual resulta dudosa puesto que desde un enfoque constituye un parámetro para establecer cuál es el riesgo permitido y para Jakobs no solamente funciona así sino también es un supuesto particular de la prohibición de regreso. (Terragni, 2014, p. 234)

Se trata de determinar hasta qué punto, en caso de emprender una actividad riesgosa como la medicina, sería lícito confiar en la responsabilidad de los otros sujetos que, de alguna manera, tienen intervención en la misma. (Terragni, 2014, p. 234)

Si un médico llega a infringir culposamente los deberes jurídicos de elección, instrucción o súper vigilancia y como consecuencia se causa o no se evita la muerte o el daño a la salud de un paciente, el facultativo podrá ser imputado por los delitos de homicidio o lesiones corporales imprudentes pues el incumplimiento de los deberes mencionados ocasionará sin duda un daño a la salud del paciente.

La observación del principio de confianza resulta importante no solo en ese sentido (formulado también para rechazar que exista una responsabilidad penal compartida) sino también por su aspecto positivo, porque reconoce que cada cual debe dedicar principalmente su empeño a lo que de manera personal le compete. De esta forma, si un médico tuviese que ocuparse de todo -y lo hiciese-, quizás no se expondrá al reproche jurídico por falta de diligencia, pero es probable que no sea un buen médico. (Terragni, 2014, p. 236)

En medicina, el principio de confianza sufre una limitación específica, pues no puede regir cuando el deber de cuidado está dirigido de manera expresa a la vigilancia, control y cuidado del comportamiento de otras personas, como en el caso de niños y enfermos mentales, ya que estos seres son incapaces de acatar instrucciones de forma correcta o al menos no se puede confiar en que las cumplirán a cabalidad. En estos casos el compromiso del profesional solo cesará cuando delegue la atención a alguien que se encargue de velar por los bienes jurídicos en riesgo; en este caso la vida o la salud.



3.2. Principio de confianza y deber objetivo de cuidado

El principio de confianza, como principio general, es un instituto que presenta una gran utilidad para determinar los límites de la norma de cuidado o, lo que es lo mismo, el alcance del deber de cuidado que tiene una persona en una determinada situación. (Feijoo, pág. 46)

Cuando el tratamiento o intervención médica requiere la participación de varios profesionales, el principio de confianza no puede regir a favor del médico, ya que en este supuesto cada quien tiene un grado de participación y esto obliga a seleccionar meticulosamente a las personas y medios para llevarlos a cabo. Aún si no existe método equivalente que determine la culpa, porque el jefe del grupo, el que selecciona su equipo no tendrá que responder sobre las consecuencias derivadas de la conducta de sus seleccionados; es decir constituiría una responsabilidad objetiva. Incurriría en la inobservancia del deber objetivo de cuidado siempre y cuando las elecciones de los miembros de su equipo no se hayan realizado de forma adecuada y de aquello derive un resultado dañoso.

Terragni pone aún más claro el panorama cuando indica que existe un análisis de los deberes de diligencia primarios y los deberes de diligencia secundarios. Los primeros son los específicos, personales, propios; los segundos provienen del hecho de no poder realizar en soledad todo el trabajo. Por lo tanto, depende de colaboradores y violará su obligación secundaria si resulta previsible un comportamiento incorrecto por parte de estos. El médico a su vez también deja de observar uno de sus deberes de diligencia primaria si no realiza personalmente su labor profesional en caso de que en estas no se admita delegación.

Es deber de cada profesional es desempeñar su rol ya que proceder de otra forma sería imposible porque uno no puede realizar la labor de todos y tampoco ejercer un control exhaustivo, ya que en ese caso desatendería las funciones que personalmente le correspondería realizar y esto conllevaría a tener sobre sí mismo un cúmulo de tareas y preocupaciones y de forma casi segura lo hará incurrir en la violación de su propio deber de cuidado por falta de concentración en la actividad neta que se le encomendó y en lo que le correspondía con exclusividad.



3.3. Principio de confianza como institución autónoma: fundamento y diferencias con el riesgo permitido

En palabras de Hegel “El mandato jurídico es: sé una persona y respeta a los demás como persona” es así como el mundo del derecho es construido sobre cimientos de comunicación y confianza, por lo que el conocimiento recíproco de las reglas del origen y del fin deben ser reconocidas mutuamente. Cuando la confianza en la sociedad se reduce entre los que la conforman, la vida social se entumece; donde existe confianza en que todos respetarán las normas y los derechos entre sí, las posibilidades de contacto son mucho mayores. Para lograr una sociedad donde no todo sea inseguro se necesita estabilizar el respeto por las normas que deben tener todos los individuos que la conforman. (Feijoo, pág. 47)

El deber de respetar las normas como expectativa normativa no garantiza el éxito en el contacto con otros, pero disminuye las probabilidades de fracaso. Aunque no se trata de que cada ciudadano excluya al momento de contactar con otros lo que no le gusta, sino que solo puede excluir la falta de respeto a las normas. Si las personas actuaran cada quien a su arbitrio cada contacto social conllevaría un riesgo incalculable y la desconfianza e inseguridad harían que la vida social se acabara extinguiendo o que al menos no tengamos el concepto de sociedad que hoy en día tenemos.

Jackobs afirma que “si la norma no se reconoce como efectiva frente a los comportamientos se aminora su valor como criterio rector de la conducta; se defrauda- aunque solo sea caso por caso- la confianza de los ciudadanos es el reconocimiento de las normas. (Feijoo, pág. 44)

El derecho no protege toda confianza que alguien deposita en otros, ni garantiza todo lo que puedan hacer para no defraudar la confianza de terceros, sino sólo lo que terceros puedan hacer para no defraudarla, pues toda la autonomía que gozan los ciudadanos es equivalente a la responsabilidad que se le atribuye.

Lo que se busca en la mayoría de los casos es determinar hasta qué punto emprender una actividad riesgosa en el ámbito de la medicina, y cuan lícito es confiar en la responsabilidad de otros sujetos que, de alguna manera tienen intervención en la misma. Cuando existe una norma vinculante al menos entre dos personas, nace el principio de confianza como principio general.



“El principio de confianza no es más que un supuesto especial o concreto de riesgo permitido que tendría el mismo fundamento que este instituto tradicional”

Para tener más claro el concepto a desarrollar, debemos entender que nadie debe hacerse responsable de un hecho ajeno o de una decisión contraria a las normas de un tercero, el imputar hechos defectuosos ajenos infringe sin lugar a dudas no solo el principio de culpabilidad sino ciertos principios generales de un Estado de derecho que lo sustentan y le otorgan un contenido material como son: los principios de autonomía y autorresponsabilidad.

La doctrina sostiene que solo se podrá imputar el resultado a la persona que ha generado el resultado o no lo ha evitado como garante, un riesgo jurídico penalmente desaprobado por diversas razones: por ejemplo, porque era objetivamente imprevisible, porque estaba amparado por un riesgo tolerado por la sociedad, porque estaba cubierto por el principio de confianza o porque era un supuesto de competencia exclusiva de la víctima. (Feijoo, pág. 51)

En consecuencia, el principio de confianza es un principio amplio que tiene su fundamento normativo en el principio de autorresponsabilidad y que no tiene el mismo fundamento que el riesgo permitido, entendido este en sentido estricto y no como una forma de definir todos los institutos que limitan valorativamente la tipicidad de un comportamiento. (Feijoo, pág. 54)

Aproximación al principio de confianza

En la medicina es realmente impresionante el gran desarrollo obtenido en la actualidad, así como cada vez existe mayor especialización y subespecialización de los profesionales que se desempeñan en el área de la salud, esto hace indispensable la actuación en división del trabajo.

Incluso en un procedimiento médico relativamente sencillo, como una apendicetomía, interviene un equipo conformado por varias personas que cumplen distintas funciones. Por lo que, pueden concurrir varios peligros que terminen generando un resultado lesivo, mediante el que se permitirá fundamentar una responsabilidad penal a título de homicidio o lesiones de tipo imprudente.

Respecto a la sanción a cada uno de los miembros del equipo médico por el no acatamiento al debido cuidado en que hayan incurrido los otros, no sería conciliable con



la necesaria diferenciación y especificación de los deberes de conducta exigibles en el ámbito de la salud.

La responsabilidad penal de cada miembro del equipo debe limitarse a su propio ámbito de competencia. Esta limitación surge de la observancia de los principios de estricta división del trabajo y de confianza.

Según el principio de confianza, cuyo origen y desarrollo se encuentra en el derecho penal de Alemania, cada integrante de un equipo médico puede confiar en que los restantes miembros realizarán sus tareas con el cuidado exigido, a menos que existan indicios en un sentido contrario.

3.4. Principio de confianza y división de trabajo

La base para obtener una vida social en armonía la genera la confianza que podemos depositar cada uno de los seres humanos en otros, más aún en el ámbito laboral pues en el día a día todos los seres humanos acatamos órdenes y también están los que dan órdenes a los demás, generando así un grado de supra y subordinación.

Tradicionalmente se pensó que la responsabilidad médica era indivisible y en caso de que la misma falle y produzca así un resultado dañoso por la imprudencia de uno de los participantes en una actuación plural, todos debían afrontar las consecuencias. Esto se asumía así en el campo civil, donde se lleva a cabo de esa forma, pero dados los casos en el campo penal rige de forma indiscutible el principio de la imputación y de la culpabilidad de individuales. Para lograr de forma justa la delimitación de la imputación debemos tener en cuenta la forma en cómo está organizada la prestación médica para que acorde a la participación de cada uno se lleve a cabo la imputación a de los intervinientes y determinar su grado de responsabilidad. Todo esto depende de analizar a fondo las funciones que desempeñan cada uno de los intervinientes y sobre todo cuál es su contribución en el desarrollo y cumplimiento del trabajo en común, y así profundizar el análisis sobre la forma en cómo tratar jurídicamente las relaciones personales organizadas en régimen de trabajo en equipo.

Respondiendo a esta esta necesidad se desarrolló en Alemania el principio de división de trabajo (*Das Prinzip der Arbeitsteilung*) tratando de dilucidar las cuestiones relativas a esta problemática: qué funciones desempeña cada uno de los intervinientes; cómo es su contribución en el desarrollo y cumplimiento de trabajo en común, y de qué forma se debe tratar jurídicamente las relaciones personales organizadas en régimen de trabajo en



equipo, teniendo en cuenta que además de la labor puramente médica también existen una cantidad de actos extramédicos y paramédicos, a veces propios de la hospitalización de los pacientes (con las consiguientes exigencias de higiene y seguridad) como también trabajos destinados a preparar al enfermo para que reciba el acto médico. (Terragni, 2014, p. 196)

La doctrina se refiere a cuando las ordenes se dan y se reciben entre personas que poseen un mismo nivel, en el caso de la medicina sería entre médicos, pero de distintas especialidades, es decir no existe subordinación ya que poseen un mismo nivel de formación y en la mayoría de ocasiones realizan el trabajo conjuntamente, esto se conoce como la división horizontal de trabajo. Cuando hablamos de una estructura jerárquicamente constituida dentro del equipo médico y de recibir órdenes de superiores como por ejemplo el médico da órdenes al equipo de enfermeras estaríamos al frente de la división de trabajo vertical; pero Terragni nos habla de una tercera categoría que es la División de Trabajo Sucesiva que se trata de la intervención de varias personas (profesionales o no) en diferentes momentos de la curación del paciente.

Las ventajas de la división del trabajo para un adecuado diagnóstico y tratamiento son indiscutibles, al permitir aprovechar los conocimientos y experiencias de sujetos altamente especializados en distintas áreas. Sin embargo, la división de labores también puede generar importantes riesgos para el paciente, derivados de una falta de coordinación al interior del equipo médico, de errores de comunicación entre los integrantes, de una delegación de tareas a personas no suficientemente calificadas, entre otras.

Los fenómenos de la división vertical y horizontal de trabajo son datos puramente fácticos, ya que precisan una valoración jurídica desde el punto de vista de deberes objetivos de cuidado respecto de otras personas con las que se realiza una tarea en común. Y en esa valoración jurídica juega un papel esencial el principio de confianza como límite de la imputación jurídico-penal, ya que el principio de confianza es un principio básico para delimitar las responsabilidades penales individuales. (Feijoo, pág. 54)



3.4.1. División horizontal de trabajo

La imagen literaria de Wilhelm ilustra perfectamente la idea: La división de trabajo horizontal asume la forma de un cuadro de mosaico de cuadros iguales, en el cual una fuerza es complementada por la otra.

Respecto a la actuación conjunta de médicos que no tienen un vínculo de subordinación entre sí y que pertenecen a distintas especialidades, la jurisprudencia comparada ha planteado que aquellos pueden confiar en que sus colegas cumplirán sus tareas con el cuidado debido.

La vigencia del principio de confianza en la división horizontal de trabajo exige siempre una clara delimitación de ámbitos de responsabilidad. Y es que la confianza en que un médico, respecto del cual no hay una relación de subordinación, cumplirá su tarea con el cuidado debido sólo puede existir cuando a aquel le compete precisamente realizar esa tarea.

La división horizontal de trabajo garantiza que cada especialista pueda desenvolverse en su ámbito especializado sin la preocupación de que el resto de profesionales realicen su trabajo de la forma correcta y adecuada, siendo así que cada persona tendrá que ocuparse de realizar su labor en un ámbito muy limitado, pero garantizando la eficiencia y sobre todo el aporte de sus conocimientos para un resultado exitoso.

Se la denomina horizontal porque todos los intervinientes tienen idéntica habilitación profesional y ninguno prevalece sobre el otro; dicho esto en el sentido de que cada uno obra autónomamente. Esta característica está indicando, de por sí, la relación con el principio de confianza, pues un médico descansa en la tranquilidad de que su colega está haciendo bien su trabajo. (Terragni, 2014, p. 202)

Si existiera una obligación de supervigilancia respecto a la labor que desempeñan los otros, la intervención de distintos especialistas en división horizontal del trabajo perdería todo sentido y se crearían riesgos innecesarios para los bienes jurídicos del paciente, al no poder concentrarse cada facultativo en sus propias tareas.

En consecuencia, si el paciente muere a causa de la infracción de un deber objetivo de cuidado cuyo cumplimiento se situaba en el ámbito de competencia exclusivo del anestesista solo este podría ser castigado por homicidio culposo, aunque la conducta del cirujano haya sido causal.



La delimitación de ámbitos de responsabilidad en la división horizontal de trabajo puede tener su origen en la organización interna de la respectiva clínica u hospital, fijada a través de protocolos escritos. Estos protocolos permiten conocer quién es el competente para realizar una determinada tarea o labor, en cuya aplicación se puede confiar. Otra fuente que sirve para delimitar los ámbitos de responsabilidad en la división horizontal de la labor médica son las reglas extrapenales.

Por parte del cirujano le corresponde decidir si es procedente realizar la intervención y cuándo esta debe tener lugar, en la fase de cuidados intraoperatorios el cirujano es responsable por la intervención quirúrgica misma y los riesgos derivados de ella, mientras que el anestesiólogo debe vigilar y mantener las funciones vitales del paciente durante la operación, en la etapa de cuidados postoperatorios, el anestesiólogo tiene el deber de seguir vigilando al paciente hasta que sus funciones vitales se desarrollen con normalidad y se recupere por completo de los efectos de la anestesia; en cambio, el control de los riesgos derivados de la cirugía misma, como las hemorragias postoperatorias, forma parte del ámbito de responsabilidad del cirujano. Los ámbitos de competencia de cirujanos y anestesistas, recién descritos, pueden sufrir modificaciones en caso de que estos profesionales deleguen determinadas actividades de las que son responsables en terceros. Así, por ejemplo, un anestesiólogo puede delegar los cuidados postoperatorios en el personal de enfermería que se desempeña en la unidad de recuperación anestésica. Esto da lugar a que hoy en día estos profesionales estén en igual jerarquía y consecuentemente ante un resultado dañoso se deberá determinar independientemente y para cada uno la posible responsabilidad de acuerdo al grado y al momento de participación, ya que al estar en un mismo nivel jerárquico se supone que nadie da instrucciones, sino que cada quien realiza su trabajo de acuerdo a su grado de preparación y conocimientos.

3.4.2. División vertical de trabajo

Nos encontramos frente a un sistema totalmente opuesto al que acabamos de analizar, puesto que, en este existe una estructura debidamente jerarquizada dentro del equipo médico, pues un equipo quirúrgico siempre va a estar conformado por profesionales que dirigen el equipo y los respectivos auxiliares.

Es en este tipo de división de trabajo donde opera con mayor trascendencia el principio de confianza, pues el profesional que ocupa una posición superior puede confiar en



principio que sus instrucciones serán seguidas, y el que ocupa una posición inferior confiará en que las disposiciones recibidas serán las correctas y por ende las acatará.

La vigencia del principio de confianza es mucho más trascendente para el que recibe órdenes, sobre todo cuando existen grandes desniveles en cuanto a preparación (médico-enfermera). En sentido inverso cuanto menor sea la preparación y experiencia del subordinado, mayor será el deber de supervisión del superior y, correlativamente, menor será el alcance del principio de confianza. No es lo mismo dar una instrucción a una enfermera con escasa experiencia que a un médico experimentado, aunque ambos ocupen una posición subordinada. (Feijoo, pág. 55)

Terragni explica que las enfermeras forman parte de un grupo de profesionales de la salud con responsabilidad propia dentro de sus cometidos específicos: la limpieza del instrumental y la administración de medicamentos al paciente conforme a lo prescripto por el médico. Estas actividades complementarias son de su competencia y los errores que cometan no comprometen a sus superiores, eximiéndolos de esta forma de toda responsabilidad. Para delimitar las responsabilidades del personal auxiliar es útil acudir a las normas que reglamentan su tarea, las que constituyen una objetivación del deber objetivo de cuidado; violándose esas reglas, la conducta aparece, al menos indiciariamente como antijurídica. Por supuesto que hay tareas que no se le podrán nunca delegar al personal auxiliar.

La norma de cuidado exige que quien da las ordenes e instrucciones también se encargue del monitoreo de que todo lo ordenado sea bien entendido y en caso de que quien las recibe no las haya entendido, solicitar las aclaraciones necesarias para de esta forma ejecutarlo correctamente, ya que el no seguimiento de lo ordenado podría acarrear que no se pueda impedir algún desenlace fatal o al menos que a tiempo se pueda evitar un resultado dañoso; obviamente una indicación imprecisa o incompleta a un subordinado acarrearía sin duda alguna una infracción al deber objetivo de cuidado. El jefe de un equipo médico siempre ostentará la responsabilidad general y final, todo esto debido a su posición dentro del colectivo.

La excepción que impide aceptar la aplicabilidad del principio de confianza estaría dada por el caso de que la elección de los colaboradores haya sido tan deficiente que no podría hablarse de acciones propias de su autodeterminación, sino que le pertenecen a quien los ha elegido; en otras palabras, quien ha designado tareas a terceros totalmente



incompetentes, que no se encontraban en condiciones psicofísicas para actuar en ese momento, esto genera que se tomen en cuenta los deberes secundarios del médico lo cual como resultado determina imputación objetiva en su contra.

Sin embargo, el hecho de que la jerarquización se muestre muy marcada, hace que el principio de confianza pierda notoriedad ya que el jefe del equipo quirúrgico a más de realizar su trabajo tiene a su cargo el dar información precisa, informar, supervisar y dirigir a sus subalternos, a la postre no solo deberá velar por sus propios actos sino también por la ejecución correcta de todas las órdenes impartidas. Se le imputará objetivamente si por una grave negligencia propia ha facilitado errores de los demás; por ejemplo, delegando tareas a personal no predispuesto en las condiciones necesarias de concentración y responsabilidad o no debidamente cualificado.

Terragni sostiene que no existirá imputación objetiva respecto del cirujano que realice con el cuidado debido y con reconocida pericia una intervención quirúrgica, no pudiendo ser responsabilizado por aquellas actividades complementarias de sus ayudantes, pues existen actividades que se encuentran fuera del alcance médico y que corresponden meramente al personal auxiliar, es por esto que Esther H. García sostiene que "... el cirujano podrá confiar en el auxiliar o asistente sanitario para la preparación del enfermo y la asistencia en la operación siempre que se traten de tareas que le son propias y para las que tal personal se encuentra debidamente instruido". Sin embargo, el médico se comportará negligentemente (al infringir los deberes de diligencia secundarios), por ejemplo, si confía ciegamente y de forma excesiva funciones que NO son delegables.

3.4.3. División sucesiva de trabajo

Podríamos referirnos a este como el tercer sistema de trabajo que a lo largo de los años no se lo tomó en cuenta, a pesar de que en el trabajo en equipo se debe tener en cuenta a las personas que actúan de forma sucesiva, asumiendo estos la responsabilidad concerniente a sus actos y si, por ejemplo, la intervención del anterior no merece objeciones desde el punto de vista técnico, no puede ser abarcado por la imputación que se le pueda formular a quien le sigue y que se aparta del cuidado debido; es decir, se da la prohibición de regreso como así lo denomina Terragni. Basándonos en este análisis nos podemos dar cuenta que la excepción sería cuando la derivación se realizó hacia alguien incompetente o momentáneamente inhábil; por ejemplo, que por cuestiones de



turnos se le asigne el monitoreo de un enfermo a un médico que haya ingerido alcohol o que se hallase en un estado psíquico anormal en el que por ética o sentido común no podría haberse hecho cargo del paciente. También en este caso permanece vigente un deber objetivo de cuidado secundario.

3.5. Límites al principio de confianza

El principio de confianza es la regla de la sociedad, pero como toda regla siempre tienes sus excepciones, no siempre es posible confiar, ya que el alcance del deber objetivo de cuidado no tiene aplicación ilimitada; es por eso que al momento de la práctica resulta decisivo el confiar en el correcto comportamiento de terceras personas. Por ello, en un análisis del principio de confianza jamás podríamos dejar de tratar los límites generales que también se deben tomar en cuenta.

1. ¿Sólo le está permitido confiar al que se comporta de forma cuidadosa?

Al hablar de que el principio de confianza rige solo para las personas que respetan el deber objetivo de cuidado, aunque esto ya suene trillado, el que se comporte bajo una conducta antijurídica ya no puede asumir que se le está haciendo responder de un injusto ajeno.

Como ya lo señaló Stratenwerth, el principio de confianza es un límite del deber objetivo de cuidado, pero no por ello implica que la persona se pueda comportar imprudentemente en virtud de la confianza en el cuidado de otros. El principio de confianza determina el deber de cuidado pero no dispensa de su cumplimiento (Feijoo, pág. 58)

Se debe partir del principio básico de convivencia de que cada quien es responsable de lo que hace, ya que sin mediar motivos no se puede asumir que alguien es responsable de un injusto que provenga exclusivamente del error o comportamiento defectuoso de un tercero. En los casos de subordinación se puede decir que al momento en que el líder de un equipo no proporcione las indicaciones correctas o no advierta a sus subordinados sobre los riesgos que se pueden generar, el que lidera dicha ejecución será el responsable de la infracción del deber objetivo de cuidado, pues la persona que no tomó todas las medidas preventivas no podrá esperar que terceros las resuelvan después de ya haber ocasionado una situación dañosa.

El principio de confianza como ya se ha manifestado con anterioridad nace de un presupuesto fundamental y esto es, que el sujeto debió haberse comportado acorde a la



situación en la que se encuentra, pero sobre todo acorde a las medidas de prevención y cautela que se deben tomar en dicha actividad. El principio de confianza juega un papel clave en la limitación de la responsabilidad, por ende, es un determinante clave del deber objetivo de cuidado ya que al momento de producirse un resultado lesivo se podría asumir que no obró descuidadamente por el simple hecho de no poder prever conductas imprudentes de terceros.

Mañalich señala que “quien se mantiene dentro del margen del riesgo permitido puede confiar, en tanto no haya razón para asumir lo contrario, en que los demás intervinientes también observarán sus respectivas exigencias de cuidado.

2. No se puede confiar cuando se evidencia un comportamiento antijurídico de un tercero

De aquí se deriva la excepción general al principio de confianza cuando existen motivos concretos para sospechar de los antecedentes previos de un comportamiento jurídico de otra persona, por ejemplo, cuando el médico se encuentra en un estado de embriaguez, en este caso el deber de cuidado exige una compensación de la actividad imprudente del tercero. La compensación puede exigir en el caso concreto suspender la actividad.

Los motivos que ayudan a configurar de forma distinta la propia actuación tienen que ser objetivos sólidos y concluyentes, no bastando una intuición o un presagio.

Tiene que evidenciarse la conducta antijurídica como actual y eminente con base en los datos que percibe el sujeto en la situación concreta. (Feijoo, págs. 60-61)

Debe existir un indicio concreto no bastando los indicios abstractos. De lo contrario, el principio de confianza se vería absolutamente desvirtuado y acabaría perdiendo su razón de ser, es así que el principio de confianza solo se podrá ver desvirtuado por acciones concretas y determinadas de una persona, no por cálculos o estadísticas típicamente peligrosas.

Se podrá confiar mientras que el que ha infringido la norma no quiere o no tiene la intención de evitar la lesión. Mientras el infractor de la norma tenga claro su deber de evitar las lesiones en la mayor medida posible se puede confiar en que sus decisiones y actuaciones serán las adecuadas. Será el infractor el que tiene la potestad de resolver las situaciones de peligro y riesgo. Es aquí donde la responsabilidad se investiga desde las autoridades que son quienes otorgan el permiso a un profesional que posee ya indicios de malas actuaciones éticas ante situaciones de decidir y actuar.



3. El principio de confianza carece de validez con respecto a terceros incapaces e inimputables

Cuando hacemos el breve análisis del concepto del principio de confianza podemos darnos cuenta que para cumplirlo y enmarcarse en dicho concepto el profesional debe estar predispuesto tanto física como mentalmente para desempeñar cualquier papel profesional y de aquí surge que el principio de confianza debe ser válido sólo sobre personas imputables (incluyendo a los semimputables) pero no frente a inimputables. Pues no existe condición que garantice que los inimputables van a respetar algún tipo de regla o restricción, el principio de confianza solo tendrá validez frente a personas que actúen de forma consciente, analítica. Los inimputables tienen el carácter jurídico de patrones naturales, por lo tanto, no se debe operar con patrones propios ya que ellos tienen beneficios ampliados, para de esta forma otorgarles un espacio de mayor protección de sus derechos y sobre todo de las facultades limitadas de las que gozan.

Tiene gran importancia esta excepción en el ámbito de las relaciones profesionales. Si una persona duda de que el profesional que trabaja con él, la persona que delega o le subordina en la actividad encargada carece de la cualificación y disciplina mínima que exige su profesión, deberá adoptar medidas adicionales para llegar a suspender el trabajo en equipo o la delegación de funciones. Solo se puede delegar a quien está debidamente apto y capacitado para cumplir correctamente dicha delegación. De lo contrario no se puede confiar. (Feijoo, pág. 66)

Jorge Barreiro señala que no basta que la persona auxiliar haya demostrado una excelente preparación teórica teniendo en cuenta su expediente académico o su cualificación oficial, sino que es preciso constatar su preparación práctica y su preparación real para manejarse en situaciones peligrosas o en las tareas que han de ser encomendadas.

Cerezo Mir nos dice que cuanto menor sea la experiencia real y la preparación de sus colaboradores mayor será el deber de preparación del médico y menor el campo de aplicación del principio de confianza.

No se podrá delegar funciones a personas que no estén capacitadas para desempeñar las mismas, a su vez tampoco dar órdenes a personas que no han demostrado estar capacitadas para cumplirlas de forma correcta. También podemos hacer referencia a las incapacidades puntuales que son las que se presentan en forma de excepción al principio



de confianza. Por ejemplo, el médico se da cuenta de que la enfermera- normalmente competente- a la que le va a dar una instrucción muestra síntomas de agotamiento o está saturada de trabajo, no se podrá esperar una actuación diligente y prolija porque al prestar mínima atención a las órdenes dadas esto generará que no sean ejecutadas de forma correcta.

3.6. Ubicación dogmática del principio de confianza. El principio de confianza y la imputación objetiva

El profesor Pérez Daza señala “el profesor Jakobs, en la argumentación de los Roles de Cuidado, ha sostenido que tal interpretación del mundo tiene la ventaja evidente de descargar la expectativa del conocimiento, del entramado contingente de condiciones de los factores reales de una acción, ya que en lugar de este conocimiento se coloca el conocimiento de los contornos de la persona. En lugar del acecho recíproco se coloca la confianza en la constancia del rol, y los contactos anónimos pasan a ser posibles, con tal de que se conozca el rol del otro, y el rol mínimo de un ciudadano decente, siempre se conoce en tiempos normales”.

Por otro lado, el profesor Carlos Parma asevera, “Ahora se entiende porque Jakobs formó el siguiente esquema: el delito viola la confianza en la norma y la pena restablece la confianza en la norma. Así el concepto de delito se torna básicamente normativo. Sin embargo, llega más lejos e innova paradigmáticamente al cuestionar la teoría del bien jurídico protegido, pues para él, el Derecho Penal lo que hace es proteger la vigencia de la norma y no establecer un muro alrededor de bienes jurídicos. Así dijo: el mundo social no está ordenado de manera cognitiva, sobre la base de relaciones de causalidad, sino de modo normativo, sobre la base de competencias y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto, de allí que lo importante sea delimitar comportamientos socialmente inadecuados o socialmente adecuados, por eso el riesgo social aceptado excluye el tipo.

En ese sentido, se advierte -dice el autor- que al derecho penal no le interesa un hombre muerto o un vidrio roto, sino conductas humanas que con sentido produzcan ese resultado que pudieron evitar”.

Por ello, no se equivoca el profesor Cordech, cuando esgrime “Sin embargo, pese a que, por experiencia, todos sabemos que los demás pueden cometer errores, podemos confiar en que su conducta será correcta. Dicho de otro modo, los deberes de precaución de



cada cual, se establecen teniendo en cuenta que los demás también observarán los suyos: la diligencia propia presupone la de los demás. Por tales considerándolos, es que aparece el Principio de Confianza, como un instituto capaz de valorar conductas, dentro de una Sociedad Organizada, donde la distribución de roles es el criterio clave, para su normal y eficiente funcionamiento y donde la cualidad de Responsabilidad en el cumplimiento de un determinado rol es la misma frecuencia de las personas que se encuentran inmersas dentro de una sociedad”. Resumiendo, “el que obra sin tener en cuenta que otros pueden hacerlo en forma descuidada no infringirá el deber de cuidado, de donde se concluye que, si la tipicidad del delito culposo depende de la infracción del cuidado debido, es claro que el que obra dentro de los límites de la tolerancia socialmente admitidos no infringe el deber de cuidado y por lo tanto no obra típicamente”

Es, así pues, que dentro del sistema Jakobsiano se abre paso el denominado Principio de Confianza, como un instituto conformante de la Teoría de Imputación Objetiva, perteneciente al sistema que dicho autor ha desarrollado y viene desarrollando. A dicho principio se acude en referencia en toda actividad realizada, por un equipo de personas, conforme el principio de distribución de funciones. A modo de ejemplo, el piloto de un avión, tiene la plena confianza de que el copiloto cumplirá a cabalidad sus funciones para el cual ha sido preparado; o el gerente de una empresa, tiene la confianza de que el Directorio realiza todas las funciones encomendadas en la Ley General de Sociedades; o el protagonista de una miniserie, tiene la plena confianza de que el papel que interpreta de un determinado personaje de la vida real, es acorde con la realidad.

Sin embargo, los autores más representativos no han dotado al Principio de Confianza de un desarrollo Sistemático. Por ende, siendo vital para la solución de conflictos, en una sociedad correctamente organizada, donde el reparto de funciones es una de sus principales manifestaciones, se hace necesario su tratamiento Jurídico y su correspondiente desarrollo metódico, a efectos de tener una herramienta sólidamente construida, sobre la base de criterios aceptados por el Derecho Penal sustantivo moderno. Han sido pues, estas observaciones las que han servido de estímulo y motivación para el planteamiento y posterior desarrollo de este vital Instituto Jurídico.



3.7. Entrevistas

Ab. María Alejandra Ledesma

Agente Fiscal de Cuenca

¿Qué entiende usted por imputación objetiva?

Es un elemento que ha de analizarse desde el campo penal, a fin de adecuar la subsunción fáctica al tipo penal, bajo la teoría finalista del delito debiendo analizarse por un lado que la acción del ser humano, como sujeto activo del delito haya producido en su actuar un riesgo suficiente que merezca una desaprobación legalmente reprochable y que el resultado de ese riesgo excedido desproteja finalmente a la norma.

¿Considera usted que la justicia ecuatoriana está preparada, para determinar si existió o no mala práctica médica, en un caso en concreto?

Sí, si un caso es sólido con suficientes elementos de convicción, por parte de quien ejerce la pretensión punitiva del Estado, y, por otro lado, los jueces conocen el derecho, no tendría por qué existir inconvenientes al respecto.

¿Contamos con los peritos aptos, para determinar una mala práctica médica?

No existen suficientes peritos acreditados al Consejo de la Judicatura, en virtud de las múltiples especialidades que existen en el área de la medicina; sin embargo, el art. 511 del COIP inciso segundo, establece claramente la forma en la que se ha de seleccionar y designar expertos, en las diferentes áreas que hagan las veces de peritos.

¿Qué tipos de peritajes son los que se realizan en estos casos?

Los peritajes son diversos, dependiendo del tipo de lesión que generó la mala práctica médica, sin embargo, es la decisión de la terna es la determinante para indicar si existió o no violación a los protocolos y exceso en el riesgo permitido del médico en el ámbito de sus competencias.

¿Considera usted que fue un avance para la justicia ecuatoriana, haber tipificado el delito de mala práctica médica, dentro del COIP?

SÍ, porque la salud es un derecho que debe ser protegido y la mala práctica médica u omisión de acciones, merece una consecuencia a la vulneración del bien jurídico.

Como abogada ¿cuáles considera usted serían los factores determinantes para denunciar una mala práctica médica?

Considero que frente a una sospecha delictiva se debe investigar, no existen factores determinantes para la interposición de la denuncia, es una situación subjetiva que

María del Carmen Barnuevo Loaiza



queda a discrecionalidad del denunciante, sin embargo, son la autopsia o informe médico y la terna factores determinantes para la existencia de la infracción.

Dr. Marcelo Ochoa Parra

Médico Intensivista IESS

En torno a la primera temática que guarda relación con la actividad médica y las conductas penalmente relevantes, conseguimos una entrevista con un médico conocedor del asunto en estudio, cuyas preguntas y respuestas transcribimos a continuación:

En consideración a que en nuestro Código Orgánico Integral Penal se haya tipificado la mala práctica médica ¿cree usted que la profesión de médico es más riesgosa que cualquier otra?

Sí. Porque los riesgos implican un daño potencial biológico, directo a las personas, como pacientes o como sujetos de un estudio científico.

¿En qué consiste actuar con ética y responsabilidad como médico frente a un paciente?

La responsabilidad es parte de la ética en la relación médico-paciente. La ética en esta relación es recíproca e incluye la veracidad, la privacidad, la confidencialidad y la fidelidad. Todas ellas, junto con los principios morales inherentes no solo a los médicos, como la autonomía, la beneficencia, no maleficencia, la justicia y la utilidad, pueden generar conflictos que pueden llegar a resolverse en los tribunales de justicia.

Previo a todos los procedimientos quirúrgicos ¿se le informa al paciente los riesgos que pueden sobrellevar los mismos?

Generalmente sí, depende de la complejidad y riesgo de cada proceso quirúrgico, la información puede ser verbal o escrita.

¿Ha escuchado o leído sobre el principio de confianza dentro de la medicina?

Sí. Corresponde al principio de confidencialidad.

¿Ha escuchado usted sobre el deber objetivo de cuidado y en qué consiste?

Sí. Corresponde a las relaciones médico-paciente anotadas anteriormente.

¿Cuáles son los ámbitos en los que un médico debe estar preparado previo a una intervención quirúrgica?

Conocimiento científico y capacidad para aplicarlo en el paciente; habilidad y destreza certificada para realizar el procedimiento; práctica médica basada en sistemas de atención avaladas universalmente, o en guías y protocolos de la institución en donde se realiza el procedimiento.

María del Carmen Barnuevo Loaiza



¿En qué situaciones usted considera que un médico no está apto para realizar una operación, intervención o prescripción?

Cuando no está certificado y/o no cuenta con las herramientas y la infraestructura necesarias.

El médico que realiza una operación ¿se cerciora previamente sobre las aptitudes y grado de preparación que tiene su equipo: enfermeras, auxiliares, instrumentistas, anestesiólogo?

En algunas instituciones este conocimiento es implícito. En otras, existe una lista de verificación para saber que el paciente ha recibido todos los procesos necesarios y por el personal adecuado.

¿Cuáles son los casos no previsible más comunes en la medicina?

Es una pregunta muy general, difícil de contestar; pero, podría señalar como ejemplo una reacción adversa no conocida a un fármaco; complicaciones infecciosas luego de cirugías; infarto agudo de miocardio o embolia pulmonar, postoperatorias o por hospitalización prolongada, etc.

¿El Estado Ecuatoriano monitorea de alguna forma a los médicos y a las instalaciones en las que se desarrollan?

No. Solo en los casos en que se detecta o denuncia alguna anomalía, cuando surge una emergencia sanitaria, un brote infeccioso o casos similares. Auditorías regulares y periódicas sobre la asistencia sanitaria no las he conocido, únicamente auditorías en la administración de recursos sanitarios en general.

Nathali Mejía Gárate

Madre de la niña Sofía Granda. Fallecida el día 19 de noviembre del año 2019 a causa de una supuesta mala práctica médica.

Víctima

¿A su criterio qué es lo que determina una mala práctica médica?

Una mala práctica médica de acuerdo a mi conocimiento es un error en el procedimiento realizado por un médico.

¿Cómo paciente, se le advirtió de los riesgos que conllevaba su operación?

No, no se me advirtió los riesgos que tenía la intervención de mi hija Sofía.

¿Cree usted que la intervención realizada era necesaria?

Definitivamente no.

María del Carmen Barnuevo Loaiza



¿Considera usted que la justicia ecuatoriana está preparada para determinar si existió o no mala práctica médica en un caso en concreto?

No creo que la justicia en general esté preparada para determinar si hubo o no una mala práctica médica, ya que dentro de las pruebas se solicitan informes de ternas médicas que lamentablemente son médicos y el espíritu de cuerpo es muy fuerte en nuestro país.

¿Contamos con los peritos aptos para determinar una mala práctica médica?

Si, contamos con peritos especialistas, pero debería ser de otra provincia o país ya que como indique anteriormente el espíritu de cuerpo entre colegas médicos es muy fuerte.

¿Qué tipos de peritaje son los que se han realizado en su caso?

Son varios peritajes como la necropsia, patológica, vascular, de la especialidad de la que fue intervenida mi hija otorrinolaringología, entre otras.

¿Considera usted que fue un avance para la justicia ecuatoriana haber tipificado el delito de mala práctica médica dentro del COIP?

Si, por supuesto ya que hace algunos años se pasaba por desapercibido este tipo de situaciones que lamentablemente son comunes en nuestra sociedad.

¿Ha escuchado usted hablar sobre el principio de confianza en la medicina?

Si y por la vocación que debería tener esta profesión la mayoría de seres humanos confiamos.

Por último ¿Qué recomendaciones haría usted al sistema de salud y de justicia respecto de mala práctica médica?

La salud es lo más importante que un ser humano tiene y no se debería ver como un negocio ni mercantilizar la profesión por los años de estudio y el sacrificio que al igual que otras profesiones tienen y si se cometió un error que desencadenó en un desenlace fatal como en mi caso o que le dejan en malas condiciones de vida se debe asumir las consecuencias y marcar un precedente para concientizar la vida humana y evitar que más casos así sucedan, y por lo tanto el sistema de justicia tiene que ser objetivo y transparente en el proceso y llevarlo de una manera más rápido y eficaz ya que el tiempo del proceso es muy largo y desgastante para la víctima.



Conclusiones

El análisis realizado en torno a la *actividad médica punible*, nos ha permitido indagar sobre la *Imputación Objetiva y Principio de Confianza*, en cuanto a las herramientas dogmáticas, para determinar la responsabilidad penal de los profesionales de la salud, en el ejercicio de sus actividades, en función de lo cual, hemos podido llegar a varias conclusiones que detallamos a continuación:

- La actividad médica es una profesión de alto riesgo, es por ello que nace de un juramento hipocrático que anticipa los peligros con los que se enfrenta un médico día a día en el ejercicio de su profesión, teniendo en cuenta que en sus manos reposa la vida de una persona y por ende todas las consecuencias que puede generar esto, por mínima que sea la intervención que realice un médico o alguien que forme parte del personal de la medicina, el resultado influirá desde el aspecto psicológico, físico y emocional, no solo en el paciente sino también en la vida de su familia. Sin embargo, que un médico escoja como profesión la medicina no debe implicar temor alguno, si el profesional está consciente que ejercerá la misma con responsabilidad y cumplirá a cabalidad el deber objetivo de cuidado, manejándose con principios morales inherentes e incorruptibles como en toda profesión, y teniendo presente la no maleficencia y el principio de información sobre los riesgos previsibles y no previsibles para de esta forma deslindarse de responsabilidades sobre un resultado lesivo o no esperado.
- Ha de cumplir el médico con sus deberes a cabalidad de asistencia, diagnóstico, autocrítica y al ser transparente consigo mismo, para determinar si está preparado o no para enfrentarse a cada uno de sus casos, no deberá existir temor alguno sobre los resultados, ya que el hecho que este delito esté tipificado, no da derecho a los pacientes que, al no encontrarse satisfechos con cualquier resultado, puedan proponer de inmediato una acción por mala práctica médica.
- El alcance objetivo real de las normas penales está resumido en la teoría de la imputación objetiva, nace de aquí la mera relación fáctica entre conducta y resultado y de este modo la Imputación Objetiva nos esclarece, el procedimiento de interpretación de los tipos penales.



- Las teorías extensas y claras sobre imputación objetiva que hemos analizado en este trabajo de titulación, son sin duda alguna un camino plenamente conducente, al momento de analizar una mala práctica médica, hablamos del vínculo jurídico y real entre la ley y la realidad social. No existe nada que una doctrina bien llevada no nos aclare; el concepto de que una conducta no necesita fundamentarse en conceptos como la causalidad e intencionalidad, sino que deberá estar fundamentado a partir de nociones normativas; más, sin embargo, queda en cada profesional que interviene, tanto en un proceso judicial como en un procedimiento médico, su forma de interpretar las mismas. Es el camino más claro para tener un panorama amplio, sobre el polémico tema de mala praxis son las teorías de Roxin, Jackobs entre otros, son ellos y sus análisis ejemplificados los que nos dan las pautas para la determinación de la existencia del delito, así como también nos dejan muy claro las causales que influyen y se debería tomar en cuenta a profundidad para eximir o culpar a un médico.
- Sobre el principio de confianza se puede concluir que es un principio inherente a la medicina, pues el cuidado exigible dentro de esta profesión, tiene como finalidad claramente la delimitación de responsabilidades y los grados de participación a los que un médico tiene que regirse a rajatabla, ya que esto implica un autoanálisis profundo sobre las habilidades, destrezas y predisposiciones que debe tomar en cuenta un galeno antes, durante y después de tomar una decisión o de dar un diagnóstico a su paciente.
- Cada uno de los que conforma un equipo o institución médica, debe estar plenamente cerciorado de los niveles de preparación, con los que cuenta a su alrededor al momento de derivar, diagnosticar, examinar e intervenir en la salud e integridad de un ser humano, el no tomar en cuenta la aptitud que tiene un profesional de la medicina para actuar correctamente podría desencadenar resultados altamente lesivos o fatales. El principio de confianza tanto el vertical como el horizontal, nos deja claros los límites de participación que deben ser trascendentalmente respetados en el ámbito de la medicina.
- El médico debe tener como propósito diario, de tratar con total apego a la *lex artis* y evitar al máximo no infringirla, peor aún quebrantarla y tomar en cuenta en cada acción o decisión el deber objetivo de cuidado. Analizar una mala práctica médica



desde el principio de confianza, nos permite dilucidar responsabilidades y niveles de participación, pues en la medicina existen actividades indelegables por la peligrosidad, dificultad o imprevisibilidad de las reacciones que puedan ocasionar. Este principio motiva a todos los que forman parte del personal médico, a activar su deber de supervigilancia en la elección de su equipo humano y técnico al momento de preparar, decidir y ejecutar sobre la vida y la salud de un ser humano.

- Que la mala práctica médica se haya tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, es sin duda un avance para el Ecuador, luego de haber pasado por un extenso periodo de total inmunidad por parte de los médicos y de impunidad para los pacientes, familias y miles de personas que murieron en manos de médicos y personal de la medicina que se manejaban de manera totalmente irresponsable, quedando sus casos en total abandono por falta de una normativa clara y concreta sobre este tema, salvo los casos excepcionales que se ventilaron a nivel internacional, donde responsabilizaron plenamente al Estado Ecuatoriano y la falta de importancia y atención que se vino dando a los casos de mala práctica médica, pese a varias deficiencias en el sistema judicial, para lograr la determinación de la existencia del delito, la falta de peritos acreditados en todos y cada uno de los campos de estudio que requiere cada caso de mala práctica médica, nuestro país frenó de alguna forma la manera arbitraria e irresponsable de manejarse por parte de algunos profesionales de la salud, estando conscientes tanto médicos como pacientes que cualquier mala decisión, falta de seriedad o restarle importancia a los detalles, para manejar un tema de salud, acarreará consecuencias, no solo para los médicos, sino también para los pacientes.
- La investigación, nos parece, contribuye mediante el estudio de parámetros y matices a clarificar la responsabilidad penal, ante los daños en general que se les causen a terceras personas, producto del ejercicio de la actividad médica. Para lo cual la teoría de la imputación objetiva aparece como una herramienta dogmática, para determinar la responsabilidad penal de los profesionales de la salud, en el ejercicio de sus actividades. Pues como hemos analizado, según esta teoría, la conexión causal entre la acción y el resultado no fundamenta todavía la responsabilidad por el hecho, sino que se requiere que la acción haya creado un peligro, jurídicamente desaprobado y que el mismo se haya realizado en el resultado típico.



Bibliografía

- Andrade, D. F. (2016). *Mala Práctica Médica*. Cuenca: Fondo de Cultura Ecuatoriana.
- Araujo, M. P. (2019). *Vademecúm de Responsabilidades del Area de Salud en el Ecuador*. Quito: Cooperación de Estudios y Publicaciones.
- Asociación Nacional de Clínicas y Hospitales Privados del Ecuador. (2013). *Informe sobre Responsabilidad Penal Médica en el Ecuador*. Quito.
- Bernate Ochoa, F. (2010). *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Breglia Arias, M. V. (2001). *Código Penal comentado, anotado y concordado*. Buenos Aires: Astrea.
- Burga Zamora, O. M. (Febrero de 2009). El Uso de la Imputación Objetiva en la Mala Praxis Médica. *IPSO JURE*(4), 20-27.
- Camilo, M. (s.f.). El consetimiento en materia Penal.
- Código de la Ética Médica del Ecuador. (17 de Agosto de 1992). *Texto del Código de la Ética Médica*. Cuenca.
- Contreras, L. (2019). *El Principio de confianza como criterio*. Corporación de Estudios y Publicaciones. (18 de Diciembre de 2015). Ley Orgánica de Salud. Quito, Ecuador.
- Feijoo, B. (s.f.). *Penal. El Principio de Confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho*.
- Franco Loor, E. (2017). *Fundamentos de Derecho Penal Moderno Tomo I*. CEP.
- Fumadó, C. M. (2012). Análisis de la responsabilidad profesional médica derivada del ejercicio de la Psiquiatría y de la Medicina Legal. Barcelona, España: Universitat Autònoma de Barcelona.
- Granizo Chávez, J. D. (Marzo de 2015). Mala Práctica Médica como delito. Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Lema, A. G. (2015). Responsabilidad Profesional Sanitaria en Ecuador y sus Complicaciones Legales. *Impacto de las Investigaciones Universitarias*, 15.
- Llerena, L. (2017). *El Homicidio culposo por la mala práctica profesional médica y la responsabiildad de la persona jurídica*. Ambato.
- Merino Sanz, M. J., Pintado Blanco, T., Sánchez Herrera, J., & Grande Esteban, I. (2015). *Investigación Comercial. Introducción a la investigación de mercados* (Segunda ed.). Madrid: ESIC.
- México, D. d. (28 de diciembre de 2017). *Gobierno de México*. Obtenido de <http://www.innsz.mx/opencms/contenido/investigacion/comiteEtica/eticaatencionmedica.html#:~:text=El%20principio%20de%20beneficencia%20est%C3%A1,un%20medicamento%20o%20una%20cirug%C3%ADa>.
- Organización Mundial de la Salud. (1946). Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud.



- Panta Cueva, D. F. (2005). Algunas observaciones al principio de confianza dentro de la teoría de la imputación objetiva: Problemas de autonomía y repercusiones normativas. *Derecho Penal Online*.
- Pasquel, D. A. (24 de Febrero de 2014). Obtenido de Derecho Ecuador:
<https://www.derechoecuador.com/deber-objetivo-de-cuidado-analisis-juridico-del-art-146-del-coip>
- Picardi, F. (17 de Marzo de 2014). *saij.gob.ar*. Recuperado el 20 de Enero de 2020, de *saij.gob.ar*: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140151-picardi-imputacion_objetiva.htm
- Puig, M. (1996). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona.
- Reyes, Í. (2015). *scielo.conicyt.cl*. Recuperado el 20 de Enero de 2020, de *scielo.conicyt.cl*:
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122015000100005
- Romero Flores, B. (2001). La Imputación objetiva en los delitos imprudentes. *Anales de Derecho*(19), 259-278.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General - TOMO I*. (D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García, & J. V. Remesal, Trads.) Munich: Civitas.
- Roxin, C. (1998). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I*. Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2008). *Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania*. México: Ubijus.
- Seoane, M., Sotelo Lago, R. A., & Maccagno, A. (Septiembre de 2009). Los caminos del error médico. *Publicación del Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires Distrito VII*(15), 8-10.
- Tamayo y Tamayo, M. (2002). *El Proceso de la Investigación Científica incluye evaluación y administración de proyectos de investigación* (Cuarta ed.). México: Limusa, S.A. de C.V.
- Tasayco, G. F. (2014). *El delito imprudente en la actividad médica*. Lima: Editora y Librería Grijley E.I.R.L.
- Terragni, M. A. (2014). *El delito culposo en la praxis médica*. Buenos Aires: Rubinzar-Culzoni Editores.
- Valdez, A. (12 de Octubre de 2013). Todo retroceso es violencia. *El Universo*.
- Valencia de Caballero, C. J. (2013). La Imputación Objetiva en la Responsabilidad Penal Médica Estudio de casos a partir de la tesis de Clause Roxin. *Revista Temas Socio Jurídicos*, 32(65), 117-136.
- Vargas Olalla, F. E. (Marzo de 2016). La Imputación objetiva en la responsabilidad penal de los profesionales de la salud. Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Vega, F. (s.f.). *derechoycambiosocial.com*. Recuperado el 20 de Enero de 2020, de *derechoycambiosocial.com*:
<https://www.derechoycambiosocial.com/RJC/Revista8/imputacion.htm>
- Villanueva, G. (2014).
- María del Carmen Barnuevo Loaiza



Universidad de Cuenca

Zambrano Pasquel, A. (2017). *La imputación objetiva: opúsculos penales y constitucionales*. Murillo Editores.