PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

"ANÁLISIS JURÍDICO DEL HOMICIDIO CALIFICADO POR MALA PRÁCTICA DEL MÉDICO EN ECUADOR"

FRANCISCO MORENO TORRES

DIRECTOR: DR. EDUARDO XAVIER LEÓN MICHELI

QUITO, 2020

RESUMEN

El homicidio culposo por mala práctica profesional fue tipificado como delito autónomo en el Ecuador en el año 2014 y entre sus novedades, se prevé un tipo calificado, que después de 6 años y una reciente reforma (2019), sigue generando dudas en cuanto a su constitucionalidad y aplicabilidad jurídica.

Previo al análisis del tipo penal agravado se requirió la descripción de la responsabilidad profesional del médico y su concordancia con la responsabilidad penal derivada de un resultado lesivo. Paralelamente, se consideró el desarrollo del injusto imprudente, para constatar su relación directa con el tipo penal examinado. De igual forma, fue necesario un estudio del tipo penal básico, en la medida en que la atipicidad del tipo base excluye al tipo penal agravado. Por último, el análisis del tipo agravado se realizó en concatenación con un estudio casuístico específico.

En este orden de ideas, la responsabilidad penal del médico tiene su fundamento en la responsabilidad tradicional, pero supeditada al principio de legalidad penal. El examen del tipo de injusto imprudente y su forma de imputación, permitieron dilucidar el contenido del tipo básico del homicidio culposo por mala práctica médica y, en consecuencia, concluir que su forma de imputación es claramente equivalente al homicidio culposo tradicional, a pesar de que el primero (homicidio culposo por mala práctica) cuenta con más elementos objetivos que el segundo (homicidio culposo). Diferenciándose en los sujetos activos, la inhabilitación del ejercicio profesional (aunque es inaplicable) y su pena privativa de libertad.

En caso de una eficaz imputación del tipo base, la exigencia normativa de la concurrencia de las circunstancias accidentales impide, en todos los supuestos, la configuración del tipo agravado, toda vez que el acto médico peligroso es inherente a toda infracción del deber objetivo de cuidado y, por lo tanto, es imposible su sanción en el tipo base y en el tipo agravado

(principio *non bis in ídem*). Análogamente, pero desde otra perspectiva, se constata una vulneración del derecho a la seguridad jurídica por la existencia de criterios subjetivos y arbitrarios en las valoraciones y argumentos judiciales examinados.

ABSTRACT

Professional felonious homicide was classified as an autonomous crime in Ecuador in 2014 and among its innovations, an aggravated crime was specified, which after 6 years and a recent amendment (2019), continues to raise doubts regarding its constitutionality and legal applicability.

The analysis of the aggravated crime required a description of medical liability related to the criminal responsibility as a consequence of a harmful result. At the same time, it was necessary to develop the imprudent type, to verify its direct relationship with the crime committed through negligence under examination. Similarly, a study of the single crime was needed, because without it, the aggravated crime cannot be charged. Finally, this investigation demanded the analysis of a specific case.

In consequence, the medical criminal liability is based on traditional responsibility, but directed by the principle of criminal legality. The examination of the imprudent type and its form of imputation, developed the content of the medical professional felonious homicide single crime and this fact allowed to conclude that its way of imputation is clearly equivalent to traditional manslaughter, despite the fact that the first has more objective elements than the second. The difference between both of them are the subjects, the professional disability (although it is not applicable) and their punishment which restricts freedom.

In the event of an effective charge of the single crime, the normative requirement of the concurrence of accidental circumstances prevents, in all cases, the imputation of the aggravated crime, since the dangerous medical act is inherent to any violation of due diligence (single crime) and, therefore, its double imputation is impossible (non bis in ídem principle). From another perspective, a violation of the right to legal certainty is verified by the existence of subjective and arbitrary judicial arguments.

DEDICATORIA

A mis padres, por haber inculcado aquellos valores que me han servido en este largo camino, y que seguro lo harán el resto de mi vida. Mis más grandes ejemplos de disciplina y superación. Les debo su amor incondicional, siendo esta vida insuficiente.

A mis hermanos, quienes sin previsión han sido un motor indispensable en mi vida.

AGRADECIMIENTO

A mi familia, por acompañarme en este largo recorrido, siendo el pilar fundamental de mi vida.

A Eduardo León, por su amistad incondicional, y por otorgarme un poco de su vasto conocimiento en la materia; así como la guía de un profesional tan distinguido.

A Gianina Naranjo, por su cariño, tiempo y dedicación.

A mis amigos y amigas y, en especial, Dennis, Carlos, Paúl y Daniela, que han hecho este proceso mucho más placentero.

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN II

ABSTRACT IV

DEDICATORIA V

AGRADECIMIENTO VI

TABLA DE CONTENIDOS VII

I. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO EN ECUADOR 3

1.1. Responsabilidad Profesional 3

1.2. Responsabilidad médica 5

1.2.1. Elementos de la responsabilidad profesional sanitaria 7

1.2.1.1. Acto médico, *lex artis* y sus componentes 7

1.2.1.2. Criterios de valoración de la *lex artis* 14

1.2.2. Responsabilidad Civil del médico 15

1.2.2.1. Responsabilidad contractual 16

1.2.3. Responsabilidad administrativa sancionatoria 20

1.2.4. Responsabilidad Penal 22

1.2.4.1. Las conductas del médico penalmente relevantes 28

1.2.4.2. Dolo y Culpa 29

1.2.4.3. Delitos imputables al médico 30

II. HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL SANITARIA 35

2.1. Consideraciones previas 35

2.2. La culpa como presupuesto del tipo penal 38

2.2.1. Clasificación interna 38

2.2.2. Culpa consciente e inconsciente 39

2.3. Tipo de injusto del delito imprudente 41

2.3.1. Tipo objetivo 41

2.3.1.1. Desvalor de la acción 42

2.3.1.2. Desvalor de resultado 51

2.3.2. Tipo subjetivo 57

2.4. Análisis del "homicidio culposo por mala práctica profesional" 58

2.4.1. Consideraciones previas 58

2.4.2. Tipicidad 60

2.4.2.1. Elementos del tipo 60

a) Núcleo del tipo: bien jurídico protegido y verbo rector 61

b) Elemento objetivo 70

c) Elemento subjetivo 72

d) Objeto material 73

e) Sujetos 73

f) Otros elementos presentes en el tipo penal 78

III. HOMICIDIO CALIFICADO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL SANITARIA 82

3.1. Elementos accidentales del tipo penal 82

3.1.1. Lo ilegítimo 83

3.1.2. Lo innecesario 90

3.1.3. Lo peligroso 109

3.1.4. Consideraciones finales 112

3.2. ¿Vulneración a la seguridad jurídica? 113

3.3. Análisis caso concreto: 17294-2017-00979 117

Conclusiones 131

Recomendaciones 134

Referencias 137

INTRODUCCIÓN

La incorporación del homicidio culposo profesional en el Ecuador generó una profunda discusión en cuanto a la necesidad de su tipificación como delito autónomo cuando, de todas formas, era imputable en el ex Código Penal. Asimismo, los críticos apuntaron al delito agravado y su presunta oscuridad, que se intentó aclarar mediante una resolución con fuerza de ley promovida por nuestra Corte Nacional de Justicia que, desgraciadamente, no logró la finalidad y expectativa esperada.

El problema constitucional y de aplicación del tipo penal no radica en la concurrencia (resolución de la CNJ) o no de los elementos accidentales del homicidio imprudente profesional (aunque también pudieron ocasionar problemas en la tipicidad), sino en la interpretación y el alcance de los mismos, que vulnerarían el derecho a la seguridad jurídica, como una de las garantías transversales del Estado moderno. Y paralelamente, su posible y real imputación, pues mientras no se declare su inconstitucionalidad o, en su caso, su reforma o derogatoria, se presume constitucional, ergo, es plenamente aplicable.

Aunque el tipo penal se dirige a los profesionales en general, es evidente que la redacción del mismo sugiere en demasía una orientación hacia el ámbito de los profesionales de la salud, pues el riesgo de ocasionar la muerte siempre se encuentra manifiesto. En este sentido, el análisis del tipo apunta a una delimitación profesional que, en nuestro caso, será la sanitaria, por su trascendencia y aplicabilidad existente en nuestro entorno judicial.

En este orden de ideas, el primer capítulo abordará brevemente los conceptos inherentes a la responsabilidad profesional y específicamente, a los profesionales de la salud, para luego, caracterizar los elementos inherentes a la actividad sanitaria. Posteriormente, se desarrollará un análisis de la responsabilidad civil, administrativa y penal. El objetivo principal de este

capítulo es desplegar las características de la responsabilidad médica y materializarla en la responsabilidad penal.

En el segundo capítulo, se estudiará el tipo de injusto imprudente, haciendo especial énfasis en la imputación del profesional médico (aunque puede abarcar a los profesionales de la salud en general) desarrollando las características especiales de imputación que son inherentes al ámbito sanitario. Consecutivamente, se realizará un análisis jurídico del tipo penal base del homicidio culposo por mala práctica del médico, limitándose a la tipicidad como elemento de la teoría del delito. Además, se especificarán ciertas particularidades inherentes a la responsabilidad penal del médico.

El último capítulo desarrollará minuciosamente los elementos accidentales del homicidio culposo profesional, proponiendo el alcance de los enunciados previstos en el tipo calificado, procurando que dicho desarrollo se encuentre de acuerdo con los principios constitucionales y penales previstos en la Constitución y la ley penal; de igual forma, se analizará una posible vulneración del derecho a la seguridad jurídica, para inmediatamente, examinar si las decisiones judiciales se encuentran dentro de la esfera constitucional y, paralelamente, si el contenido de los enunciados desarrollados por nuestros tribunales, refleja un sentido lógico, social y normativo.

I. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO EN ECUADOR

1.1. Responsabilidad Profesional

La palabra responsabilidad tiene su origen en responsable, que, a su vez, proviene del latín *responsum,* que significa responder en el sentido de obligarse, de comprometerse a algo. Asimismo, el diccionario de Cabanellas (1998) define a la responsabilidad como la "*obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la perdida causada, el mal inferido o el daño causado*" (p. 282).

El diccionario de la RAE, concordante con la definición antes expuesta, presenta los siguientes significados: 1) Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal (s/f, definición 2); y, 2) Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado (s/f, definición 3).

Concordante, Royo-Villanova, considera que es la obligación direccionada a toda persona de responder, reparar, satisfacer de una manera justa el daño ocasionado a un tercero, bien por cometer un acto ilícito, o sea, un acto no permitido legalmente, bien por haberse abstenido de ejecutar lo que la ley le mandaba o le ordenaba cumplir (1955, p.10).

Lema (2014) (citado por Lema 2015), en cortas líneas, la define como "*la obligación que tiene un individuo de responder por sus acciones, de sufrir las consecuencias de su actuación, puede darse por acción u omisión*" (p. 6).

La responsabilidad, en este orden de ideas, presenta los siguientes elementos: una acción u omisión que genera un daño o perjuicio, ya por dolo o culpa, y la obligación de reparación por ese perjuicio causado.

Una vez comprendida a breves rasgos la responsabilidad, pasemos a definir qué entender por profesión y profesional, no sin antes manifestar que ya en Roma, se distinguió el concepto de profesión liberal o *operae libres*, intelectuales por excelencia, de las profesiones manuales, realizadas en su mayoría por esclavos (Osterling y Castillo, 2017, p. 52).

Acudimos nuevamente a Cabanellas (1998) para definir estos conceptos:

> Profesión. - Ejercicio de una carrera, oficio, ciencia o arte. Enseñanza científica o artística. Ocupación principal de una persona. Vocación. Aquella que constituye el ejercicio de una de las carreras seguidas en centros universitarios o en altas escuelas especiales, por lo general de actividad y trabajo tan sólo intelectual, aun cuando no excluya operaciones manuales; como las del cirujano, y las de los arquitectos e ingenieros al trazar sus planos. (p.260)
>
> Profesional. - Concerniente a una profesión. Relativo al magisterio, enseñanza o profesorado. Quien por profesión o hábito desempeña una actividad que constituye su principal fuente de ingresos. (p.260)

Por su parte, la RAE (s/f) define a profesional como aquel que practica habitualmente una actividad, de la cual vive (definición 3); dicho de una persona que ejerce su profesión con capacidad y aplicación relevantes (definición 4); y, lo relativo a la profesión (definición 1). Profesión, por su parte, se refiere al empleo, facultad u oficio que alguien ejerce y por el que percibe una retribución (RAE, s/f, definición 2).

¿La profesionalidad de una actividad está vinculada a los estudios en una universidad o centros de estudios afines?

En general no; aunque, para el médico será una obligación legal (LOS, 2016, art. 194), tomando en cuenta la gama de conocimientos exigibles dentro de la práctica médica. Paralelamente, es necesario su registro ante las autoridades competentes, en concreto, la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (SENESCYT) y cumplir con la habilitación del Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (CACES) (LOS, 2016, art. 194).

Osterling y Castillo (2017) sostienen que existen ciertos supuestos que sirven para determinar la profesionalidad de un arte u oficio, no necesariamente concurrentes. Dividen

éstos en ocho: 1) requisito de estudios superiores; 2) requisito de colegiatura; 3) habitualidad; 4) onerosidad de los servicios; 5) reglamentación; 6) habilitación; 7) sumisión a normas éticas; 8) sometido a potestades disciplinarias (Pp. 55-59).

No todas las profesiones cumplirán con cada uno de los requisitos propuestos, como se aclaró; no obstante, esto no quiere decir que no sean calificadas como profesiones. Por ejemplo, el que ha hecho de su profesión la zapatería, es igualmente profesional, como el que ha hecho de su trabajo la asesoría jurídica. La profesión médica, por su parte, cumple con todos los supuestos, cabe la mención.

Sin perjuicio de lo expuesto, nuestra Corte Constitucional (CCE-IN-001-18-SIN-CC, 2018, pp. 25-26) considera que para la aplicación del artículo 146 del COIP (homicidio culposo por mala práctica profesional), los sujetos activos de la infracción guardan en común el hecho de haberse capacitado en alguna institución reconocida (SENESCYT), haber cursado y aprobado la carrera profesional, obtener un título correspondiente y, por su puesto, ejercer la profesión; y solo las diferencia en cuanto al tiempo y la modalidad de estudios. Razón por lo cual, la tipicidad penal estaría restringida respecto los profesionales que hayan obtenido un título de tercer nivel en alguna institución reconocida por la SENESCYT.

Finalmente, se concluye que la responsabilidad profesional será la acción u omisión que en el ejercicio de una profesión, arte u oficio genera un daño o perjuicio a una persona (relación causal entre hecho y daño) que, simultáneamente, otorga al perjudicado el derecho a una reparación; y viceversa, obliga al profesional a reparar el daño causado.

1.2. Responsabilidad médica

Empecemos este apartado considerando que la responsabilidad médica no es exclusivamente en razón de los médicos; nuestra normativa, para efectos de esta responsabilidad considera denominarlos “profesionales de la salud” cuya formación

universitaria de tercer o cuarto nivel se encuentre dirigida *"específica y fundamentalmente a dotar a los profesionales de conocimientos, técnicas y prácticas, relacionadas con salud individual y colectiva y al control de sus factores condicionantes, relacionadas con la salud individual*" (LOS, 2016, art. 193). En razón de una posible confusión, se denominará "responsabilidad en el ejercicio de la medicina" o "responsabilidad sanitaria".

Veamos un ejemplo, nuestra norma penal prevé un delito denominado "prescripción injustificada", que coloquialmente significa, recetar medicamento/s sin causa justificada (COIP, 2014, art. 224); el sujeto activo calificado del tipo debe ser un profesional de la salud, que tratándose de un tipo penal en blanco[1], es necesario remitirnos a la norma complementaria (LOS, 2016, art. 168), misma que manifiesta: "*Son profesionales de la salud humana facultados para prescribir medicamentos, los médicos, odontólogos y obstetrices"*. En este sentido, profesional de la salud será el género y médico, odontólogo, etc., la especie, concluyéndose que no solo los médicos serán susceptibles de "responsabilidad médica".

Si una enfermera tiene la obligación de desinfectar el bisturí mediante el cual el galeno intervendrá al paciente y no lo hace, y producto de este descuido, el paciente muere, la responsabilidad "médica" recaerá sobre la enfermera, profesión diversa a la del médico.

Ahora bien, la responsabilidad sanitaria debe entenderse como la necesidad de que todo facultativo responda por los perjuicios libremente ocasionados, por las faltas voluntarias o involuntarias cometidas en el ejercicio de su profesión, contra las reglas legalmente establecidas (Royo-Villanova, 1955, p. 14).

---

[1] Según Rodríguez (2019) es aquel "*que te remite, obligadamente, a otra norma jurídica, donde se encuentran los elementos normativos del tipo penal y, sin cuya remisión, el tipo penal por sí mismo está incompleto".* (p. 337)

De manera semejante, se entiende como la obligación impuesta a los profesionales sanitarios de responder por sus actos, y existirá cuando se incumpla un deber u obligación, o se cause determinado daño, con la salvedad de que dicho incumplimiento y daño, le sean imputables al profesional sanitario (Mediuris, 2011, p. 325).

En definitiva, si observamos los elementos inherentes a la responsabilidad profesional en general, seremos capaces de trasladar dichos elementos a la responsabilidad sanitaria. Sin embargo, dicha responsabilidad deberá observarse en razón de los elementos a continuación expuestos.

1.2.1. Elementos de la responsabilidad profesional sanitaria

1.2.1.1. Acto médico, *lex artis* y sus componentes

En el ejercicio de la profesión médica, normalmente, el facultativo realiza un acto (operar, continuar con el tratamiento, prescribir medicamentos), no obstante, para efectos de responsabilidad, habrá ocasiones en que la dejación u omisión de realizar un acto determinado, genere un daño al paciente y, en consecuencia, sea susceptible de imputación.

Esta acción u omisión del profesional de la salud susceptible de responsabilidad, se denomina acto médico, y se refiere a:

> [La] actividad lícita, desarrollada por un profesional médico, legítimamente capacitado sea en su aspecto asistencial, docente, investigador, pericial u otros, orientado a la curación de una enfermedad, al alivio de un padecimiento o a la promoción integral de la salud. Se incluyen actos diagnósticos, terapéuticos o de alivio del sufrimiento, así como la preservación y promoción de la salud, por medios directos e indirectos. (Código de Deontología Médica, 2017, art. 7)

El acto médico deberá ser individual e intransferible (LOS, 2016, art. 202). Piénsese en el caso de un primer médico que omite solicitar una ecografía testicular ante una evidente inflamación de los testículos, y un segundo médico (urólogo) que, a pesar de no poseer una ecografía testicular, sostiene que es pertinente intervenir quirúrgicamente al paciente y lo hace. ¿Qué se observa? Dos conductas individuales en momentos distintos, por tanto, el

análisis será en concreto y separadamente; no hay cabida para una responsabilidad solidaria.

Al mismo tiempo, el acto médico lleva intrínsecamente varios elementos: 1) la profesionalidad del acto, es decir, título acreditado del profesional de la salud; 2) ejecución regular o típica, esto es, atendiendo las reglas de la *lex artis*; 3) el objeto sobre el cual recae, es decir, el cuerpo humano; 4) finalidad directa e indirecta, la primera entendida como la curación y la segunda como el bienestar del afectado o salud pública; y, 5) licitud, condicionada por: la legitimidad de su autor; la licitud de la finalidad que persigue; el consentimiento del paciente; y, su ajuste general a la legalidad (Calcerrada, 1986, pp.69-73) (citado por Lombana, 2010, pp. 53-54).

Bajo el análisis de estos elementos, considero inexistente el acto médico cuando carece de profesionalidad el acto y no recae sobre un cuerpo humano (el abogado que interviene quirúrgicamente, el médico que interviene quirúrgicamente un animal). Por el contrario, estaremos ante un acto médico anómalo, cuando no exista ejecución regular o típica; no se observe su finalidad directa e indirecta; y, cuando carezca de licitud.

Sobre esta apreciación, cabe concluir que la responsabilidad del médico será valorada ante la ejecución de un acto médico anormal, pues resulta irracional sostener que exista responsabilidad por un acto médico que inobserva sus elementos más esenciales (profesionalidad y objeto sobre el cual recae) que, en definitiva, además de hacerlo inexistente, impide que se configure una actividad médica (véase los ejemplos *ut supra*).

En síntesis, de cumplir con todos los elementos del acto médico, no cabe pensar siquiera en responsabilidad del médico, pues el mismo se ha ejecutado adecuadamente; si faltan aquellos que le son esenciales, tampoco cabe sostener responsabilidad, pues en el primer supuesto, ni siquiera es un médico y, en el segundo, ejecuta dicho acto sobre un

objeto carente de protección; por último, si falta alguno de aquellos que le son secundarios, se considera que, al configurarse un acto médico incompleto o anómalo, permite apreciar si de su imperfección procede algún tipo de responsabilidad al médico, como no ocurre en los demás supuestos. Es por esto que, el único acto médico sobre el cual cabe responsabilidad, es aquel denominado precedentemente como anómalo.

En el marco de las observaciones precedentes, se entenderá al acto médico como la actuación lícita del facultativo en cualquiera de sus fases (exploración, diagnóstico, indicación, tratamiento), en el marco de los conocimientos médicos adquiridos, mediante los cuales se busca el bienestar y el mejoramiento de la salud del paciente, así como la promoción de la salud en general. La ejecución de estos conocimientos deberá ajustarse a lo que la doctrina y la jurisprudencia denomina *lex artis*, concepto determinante en la responsabilidad del médico.

Todo acto médico debe procurar un ejercicio diligente por parte del profesional, en tal sentido, el concepto de *lex artis* nos lleva a comprender que lo único que podemos esperar del profesional de la salud es que, conforme a los conocimientos del momento y las posibilidades a su alcance, haga todo lo objetivamente indicado para el bienestar o curación del paciente (Gómez, 2008, pp. 329-330).

En la misma línea, Gutiérrez Luna considera que la culpa del médico *"no radicará en el hecho de no haberse alcanzado la curación deseada, o en no haberlo sido con las consecuencias normales de dicha intervención quirúrgica, sino en la inobservancia que la conducta ofrecía*" (1992, p. 63).

Asimismo, cierto criterio jurisprudencial calificó a la *lex artis* como obligación de medios *"de suerte que adoptados todos ellos conforme a los protocolos adecuados a la ciencia del momento, no cabe responsabilidad"* (SAP B 1174/2016, p. 5).

Esto nos lleva a una primera conclusión. Un acto médico que presente un adecuado manejo de los conocimientos científicos adquiridos para determinada patología, funcionará como límite a la imputación de la responsabilidad del médico, pues la ejecución del acto médico se estima correcto en base a un parámetro médico-científico denominado *lex artis*.

Empiezo con un acercamiento general al concepto de *lex artis*, definiéndose como el "*conjunto de reglas científicas o de la experiencia, verificables y actuales, que integran el conocimiento aprobado por la comunidad científica"* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP8759, 2016, p. 41). Este parámetro de comportamiento del facultativo abarca todo el acto médico, desde la exploración, diagnóstico, indicación, tratamiento y postoperatorio, como ya se ha manifestado.

La conducta efectuada por el facultativo siguiendo las normas científicas se presenta en dos momentos y coexisten dos conceptos, la *lex artis* y la *lex artis* ad hoc. La primera, entendida como el conjunto de reglas técnicas de cuidado de carácter general, aprobadas por la comunidad científica y aplicable a la actividad médica (Mediuris, 2011, p. 813); y la segunda, como la aplicación concreta o particular de la *lex artis*.

En un primer momento, el profesional de la salud realiza una valoración general del acto médico previo, es decir, recomendaciones y abordaje en general de una determinada patología (*lex artis*); posteriormente, dentro del mismo acto médico, suscita un segundo momento: la concreción de esa valoración general a un paciente determinado, mismo que presenta características particulares como persona única (*lex artis* ad hoc) (Mediuris, 2011, p. 314).

Ampliando el concepto de *lex artis* ad hoc, Martínez de Calcerrada (1996) sostiene que:

> [Es el] criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, la profesión, de la complejidad y trascendencia del acto, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida por la ciencia médica para dicho acto en el momento de ejecutarlo. (citado por Gómez, 2008, p. 313)

Esta extensión de la *lex artis* al caso concreto exige que la conducta del profesional acate los procedimientos médicos, adecuados al diagnóstico y tratamiento de cada caso en particular (Fuenzalida, Valladares y De Ferrari, 2012, p. 232), por tanto, dichas conductas deberán ser analizadas en concreto. De aquí en adelante, la palabra *lex artis* abarcará también a la *lex artis* ad hoc.

El gremio médico y en general los profesionales de la salud, deben tener presente la importancia del parámetro de la *lex artis* en el ejercicio de su arte, pues es preciso acudir a este criterio para establecer cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o vida del enfermo y por muy triste que sea el resultado producido (Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, 2494/2015, 2015, p. 5).

De igual manera, se considera imprescindible el análisis de este criterio para juzgar el comportamiento, en la medida que es necesario observar las características especiales de quien ejerce; el desarrollo de la especialidad de la cual trate; la complejidad del acto médico; la disponibilidad de elementos; el contexto económico del momento; y las circunstancias específicas de enfermedad y paciente (SCE, Exp. 9142, febrero 1995) (citado por Lombana, 2010, pp. 249-250). En este contexto, observemos ciertas particularidades de la *lex artis*.

Es cierto que la medicina exige estricta atención a la *lex artis*; sin embargo, no se deben sentar máximas absolutas considerando la evolución médica, variedad de tratamientos y diversidad del factor humano sobre el cual se actúa, así como de determinada enfermedad (STS, 18 noviembre 1991) (citado por Lombana, 2010, p. 251-252).

En este sentido, se ha referido cierta jurisprudencia que considera que los protocolos (ciencia médica escrita para determinada patología) no son una suerte de listas inflexibles previamente elaborada, a manera de un catálogo de instrucciones, pues sería como pensar que el operador de justicia dispone de un catálogo taxativo de reglas de experiencia para apreciar las pruebas. Solo debe considerarse como los procedimientos médicos que la comunidad científica ha admitido y aceptado como eficaces, pero que se verán limitados por la situación y antecedentes de cada paciente (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP8759-2016, 2016, pp. 47-48).

Si tuviéramos que aceptar reglas inflexibles presentaríamos problemas en razón de la velocidad en que la medicina se abre al mundo y se desarrolla, siendo posible que una técnica médica quede obsoleta, y en su lugar, se presente una experimental que ofrezca altas expectativas de beneficio para el paciente, que en su momento fue considerada excesivamente riesgosa, por consiguiente, fuera de la *lex artis* (Gómez, 2008, p. 337).

En estas circunstancias, tampoco se puede sostener que cualquier variación de las reglas prefijadas (métodos de eficacia comprobada) necesariamente debe ser considerada atentatoria de la *lex artis*, esto supondría la paralización en los avances en la medicina (Gómez, 2008, p. 338).

Concordante con lo expresado, Romeo (2009) entiende que la ciencia médica "*no es inmutable ni única, ha de tener que conciliarse con la libertad de método y su apertura a nuevas técnicas o procedimientos, aunque sean en un momento dado de minoritaria aceptación científica*" (Citado por Donna, 2012, p. 250), otorgándole la evolución como característica inherente.

En razón de esta problemática, parece acertado definir a la *lex artis* desde la dificultad del reconocimiento general o predominante de determinada regla, por tanto, se

estimará válida la técnica médica que, siendo reconocida mayoritaria o minoritariamente, sea eficaz respecto el caso concreto y, dado el caso, para un gran número de situaciones semejantes o típicas. El médico elige en base a su propio convencimiento, debidamente fundado en el fin mismo de la medicina, el procedimiento adecuado para el paciente (Romeo, 2011). Es así que, "*lo correcto, la actuación correcta, no es necesariamente coincidente con la aplicación de las reglas generalmente conocidas"* (Romeo, 2011, p. 273).

Cuando nos encontremos ante una disyuntiva de una posible infracción a la *lex artis* cuando un médico ha utilizado un tratamiento minoritariamente conocido y/o peligroso, Romeo Casabona (2011) sostiene que debe valorarse el acto médico en razón de las ventajas que se prevén obtener de una intervención o tratamiento peligroso en favor del paciente, sean de mayor entidad; que en última instancia radicará en la necesidad (p. 275). Siguiendo este concepto, deberá haber proporción entre el riesgo que se corre y el provecho que se propone el cirujano, quien debe inspirarse únicamente en fines benéficos para el paciente (Altavilla, 1987, p. 375).

En este orden de ideas, la actuación médica ajustada a la *lex artis* ante tratamientos o intervenciones minoritariamente reconocidas, deberá observar: 1. Necesidad del tratamiento; 2. Observar que las posibles ventajas sean mayores que las desventajas (deberá observarse también ventajas respecto otros tratamientos); 3. Observar altas expectativas de beneficio; y, 4. Consentimiento. Tómese en cuenta que, aunque el tratamiento sea minoritariamente reconocido, debe contener desarrollo médico científico comprobado.

1.2.1.2. Criterios de valoración de la *lex artis*

Considerando que son los tribunales quienes valoran la conducta del médico de acuerdo al caso concreto, ¿qué parámetros deberían observar para determinar una conducta contraria a la *lex artis*?

Los juzgadores observarán, por lo menos, lo siguiente: a) relevancia del bien jurídico afectado en comparación con las posibilidades de éxito; b) necesidad del empleo de métodos fuera de lo generalizado; c) urgencia; d) grado de complejidad; e) circunstancias de lugar y tiempo en que se realiza; f) medios disponibles al alcance del profesional; g) grado de especialización que exige el acto médico; h) conocimiento. Importante mencionar que son únicamente referenciales, pues del caso concreto se pueden desarrollar otros aspectos de valoración. Por ejemplo, actuaciones anteriores del médico y su equipo en el mismo tipo de casos (Gómez, 2008, pp. 340-342).

De manera análoga, surge la siguiente pregunta: ¿el parámetro sobre el cual se valoran las reglas o técnicas médicas del momento debe realizarse respecto la esfera internacional, nacional o ambas?

Se considera que debería realizarse la misma valoración concreta, atendiendo a los requisitos propuestos a lo largo de este desarrollo conceptual; es decir, valorar ya sea la necesidad, afectación al bien jurídico, beneficio, ventajas, etc. Sería un absurdo detener los avances científicos de la medicina y restringir territorialmente el arte médico, pues condenaríamos nuestro desarrollo médico científico, además de afectar el derecho a la salud. La Federación Médica Ecuatoriana a través de sus Colegios provinciales llaman a la capacitación a sus médicos, no solo con proyectos nacionales sino también internacionales, reafirmando el alcance de los “conocimientos de la ciencia médica”.

En Ecuador, el Ministerio de Salud Pública, ofrece un catálogo completo de normas, reglamentos, protocolos, manuales, planes y guías. Por ejemplo, el Acuerdo Ministerial 0240-2018 aprueba y autoriza el Protocolo "Atención integral de fisuras labio-palatina" que, además, ordena su aplicación obligatoria en el Sistema Nacional de Salud. En este marco, sí, deberá ser observado, pero si el galeno llegase a utilizar un protocolo diferente, no será causa suficiente para calificar su acto como contrario a la *lex artis*, considerando que estas reglas y técnicas pueden ser flexibles (téngase en cuenta la libertad de método y procedimiento).

El desarrollo de la ciencia médica "del momento" para una determinada patología (protocolo, manual, etc.) será el primer indicativo sobre el cual se calificará la acción u omisión del médico, empero, no se considera una limitación, considerando el desarrollo científico y el carácter evolutivo de la medicina.

Finalizando el desarrollo de estos apartados, se ha llegado a un criterio generalizado respecto a la valoración de la infracción a la *lex artis*. En tal sentido, es indispensable que la *lex artis* se califique en razón del caso concreto y todas las situaciones externas e internas durante la ejecución del acto médico (lugar, especialidad, complejidad, etc.), no existiendo respuestas inequívocas, pues la ciencia médica es *"limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados"* (STS, 2187/2010 y STS, 4229/2011) (citada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, 2494/2015, 2015, p. 5).

1.2.2. Responsabilidad Civil del médico

La responsabilidad Civil puede ser contractual o extracontractual. Cuando se viola una norma jurídica (ley) (Art. 1, CC), nos encontramos ante una responsabilidad extracontractual,

que puede ser delictual o cuasi delictual (Art. 2214, CC); por el contrario, cuando se viola una norma jurídica (obligación) contenida en una declaración de voluntades particular (Art. 1453, CC), se habla de una responsabilidad contractual (Art. 1505, CC).

1.2.2.1. Responsabilidad contractual

La responsabilidad contractual, en general, le deberá su fundamento al contrato, sin importar su naturaleza. Sin embargo, para efectos de responsabilidad sanitaria, será indispensable la distinción entre las obligaciones derivadas del contrato de obra (resultado) o del contrato de prestación de servicios (de medios), pues el tratamiento jurídico y, lo más importante, la valoración judicial, será ampliamente divergente.

En este sentido, la calificación de una obligación, ya sea de medios o de resultado, determinará qué tipo de responsabilidad es atribuible al médico (en el ámbito civil); subjetiva en el caso de medios y objetiva en el de resultado. Asimismo, respecto a la prueba, en caso de ser una obligación de resultado, se deberá probar únicamente que no se cumplió; y si es de medios, se probará la diligencia empleada por el galeno. En última instancia, la naturaleza del contrato a ejecutar su incumplimiento, otorgará, por lo menos, seguridad jurídica y una posible defensa eficaz.

Se distingue, entonces, las obligaciones que adquieren los profesionales de la salud en el ejercicio de su profesión, atendiendo a la naturaleza de su prestación. Es importante aclarar, previo definir estos conceptos, que no se debe confundir el resultado de una obligación, pues en principio, a toda obligación le es inherente un resultado, "*en la de actividad [de medios], ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo"* (STS de 22 de abril de 1997, 27 de junio de 1997 y 21 de julio de 1997) (citada por STS, 1997, p. 3).

Las obligaciones de medios son aquellas en las cuales el deudor está obligado a asumir un comportamiento, una conducta tendiente a obtener un resultado, mismo que es esperado por el acreedor pero que, de todas formas, el deudor no asegura alcanzarlo (López, 2014, pp. 98-99). Su cumplimiento o no son independientes del resultado esperado y dependen exclusivamente de la actuación diligente o negligente del deudor. (Lobato, 1993) (citado por Blanco, 2014, p. 53).

Las obligaciones de resultado son aquellas en las cuales el deudor asegura la obtención de un determinado resultado y se obliga a alcanzarlo. En este sentido, se cumple o no se cumple la obligación al encontrarse previamente determinada (López, 2014, pp. 98-99). Es así que "*el deudor se compromete a proporcionar al acreedor un resultado preciso*" (Blanco, 2014, pp. 51-52).

La diferencia primordial radica en la naturaleza de la prestación, e implica dos regímenes de responsabilidad diferentes: objetiva en el caso de las obligaciones de resultado y subjetiva en el caso de las obligaciones de medios (Marín, 2012, p. 54). A pesar de ello, cuando del médico se trata, la responsabilidad objetiva queda descartada, ya que a la relación causal ha de sumarse ese reproche culpabilístico[2] (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 17/2007, 2007, p.3).

Ahora, ¿el profesional médico cumple con obligaciones de medios o de resultado? Veamos que nos dice la jurisprudencia y la doctrina al respecto.

Romeo, por ejemplo, señala que en la mayoría de los casos será asemejado a un contrato de arrendamiento de servicios (de medios), pues el médico se compromete a prestar sus servicios sin que ello suponga una efectiva curación, dada la naturaleza de la

---

[2] En concordancia con las Sentencias del TS de 07 de junio de 1988 y 12 de febrero de 1990.

profesión; aunque, en determinadas intervenciones, principalmente de cirugía estética, prótesis dentaria, el contrato será de llevar a cabo el resultado concertado (2011, p. 86).

Asimismo, López considera que solo existen ciertas prestaciones del médico que pueden ser consideradas de resultado, así podemos ejemplificar a las radiografías, ecografías y realización de prótesis (2014, pp. 101-102).

Arbesú (2016), por su parte, realiza un análisis interesante respecto estas obligaciones: sostiene que existen ciertas especialidades en que el facultativo se compromete a entregar una cosa corporal, por ejemplo, el radiólogo que entrega la placa o el profesional de la salud que entrega una tomografía o ecografía. No obstante, considera que no es una obligación de resultado sino de dar, pues en el caso que el radiólogo realice su examen de forma distinta a la *lex artis*, se enjuicia subjetivamente su actuación (pp. 79-80).

Cierta jurisprudencia sugiere que, tanto si procede de un contrato (regla: prestación de servicios (medios) y excepción: de obra (resultado), como en cirugía estética, odontología y vasectomía) como si deriva de una responsabilidad extracontractual, es una obligación de medios (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 334/1997, 1997[3]). A pesar de aceptar que en la relación contractual el médico puede adquirir una del tipo contrato de obra, que por naturaleza es de resultado, sostiene que siempre es de medios. Este criterio busca prohibir la imputación objetiva sobre el médico.

En sentencia, el Tribunal Supremo español (2009) argumentó que la obligación del médico supone colocar y utilizar los medios adecuados, ofreciéndole al paciente la

[3] Concordante con Sentencias de 8 mayo de 1991 (RJ 1991\3618), 20 febrero 1992(RJ 1992\1326), 13 octubre 1992 (RJ 1992\7547), 2 febrero 1993 (RJ 1993\793), 7 julio 1993 (RJ 1993\6112), 15 noviembre 1993 (RJ 1993\9096), 12 julio 1994 (RJ 1994\6730), 24 septiembre 1994 (RJ 1994\7313), 16 febrero 1995 (RJ1995\844), 23 septiembre 1996 (RJ 1996\6720) y 15 octubre 1996 (RJ 1996\7112).

información necesaria. Se debe tener en cuenta que los médicos actúan sobre personas y que cualquier intervención está sujeta al componente aleatorio (originado por su naturaleza inexacta), en consecuencia, los riesgos se pueden originar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, y el fracaso puede no estar en una mala praxis sino en simples alteraciones biológicas (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 6873/2009, 2009, p.4). Esto implica que se deberá analizar la obligación del facultativo en cuanto a medios, no resultado; considerando una responsabilidad netamente subjetiva. ¿Por qué? Porque:

> [De] lo contrario supone poner a cargo del médico una responsabilidad de naturaleza objetiva en cuanto se le responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado en la realización del acto médico, equiparando el daño al resultado no querido ni esperado, ni menos aun garantizado, por esta intervención, al margen de cualquier valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad, que, en definitiva, le impediría demostrar la existencia de una actitud médica perfectamente ajustada a la lex artis. (STS 28 septiembre de 2010) (citado por Arbesú, 2016, pp.78-79)

Esto nos lleva a la conclusión de que es necesario analizar subjetivamente la actuación del médico, incluso en medicina voluntaria; motivo por el cual, no se considera la posibilidad de responsabilidad objetiva. Asimismo, si el juzgador llegare a calificar la obligación como de resultado, de igual forma debería valorar la posible responsabilidad en el marco de una actuación médica diligente, de acuerdo a los parámetros de la *lex artis*.

Esta exigencia subjetiva de analizar la conducta del médico, comprendiendo que al facultativo se le deben exigir conductas en base a su capacidad científica y no un resultado determinado, otorga sentido al desempeño de la actividad médica caracterizada por su aleatoriedad.

Finalmente, si bien se ha conceptualizado las obligaciones derivadas de la esfera contractual, la responsabilidad civil médica no se agota en esta, pues habrá ocasiones en que no exista acuerdo de voluntades previo (responsabilidad extracontractual). Por ejemplo, cuando el médico interviene en una situación de emergencia. De igual forma, se

deberá analizar la diligencia del facultativo observando la causalidad entre el hecho y el daño para una posible responsabilidad.

Queda claro que escapo de incorporar características de la responsabilidad civil del médico, sin embargo, considero que se encuentra lo necesario, en razón del fondo de la investigación propuesta.

1.2.3. Responsabilidad administrativa sancionatoria

La responsabilidad administrativa "*surge cuando el médico infringe alguno de los preceptos establecidos en la Ley General de Salud, sus Reglamentos y demás disposiciones que emanan de dicha ley, con independencia que se cause o no un daño en la salud del paciente*" (Mariñelarena, 2011, p. 163).

Bajo esta consideración, el médico que ha operado sin la respectiva inscripción del título de cuarto nivel de especialidad médica y su paciente ha muerto por una infección no inherente al postoperatorio, no será responsable por la muerte del mismo, pero lo será respecto la obligación de inscripción.

En Ecuador, la ley que rige la jurisdicción y competencia en materia administrativa sanitaria es la Ley Orgánica de Salud (LOS), norma mediante la cual se distribuye la competencia en persona, territorio, materia y grado. Las infracciones en materia de salud, serán reguladas y sancionadas conforme a la LOS y sus reglamentos, sin perjuicio de otras responsabilidades, ya sea en materia civil, administrativas o penal. No cabe la aplicación del principio *non bis in ídem* debido a que responden a materias diferentes.

Las sanciones previstas, que pueden ser impuestas una vez ejercida la potestad sancionadora por las autoridades a las que esta les fuere atribuida son: 1) multa; 2) suspensión del permiso o licencia; 3) suspensión del ejercicio profesional; 4) decomiso; y, 5) clausura parcial, temporal o definitiva del establecimiento (LOS, 2016, art. 240). Como se observa, las

sanciones y, por tanto, la responsabilidad, no se restringe al personal sanitario, sino que abarca clínicas, hospitales, farmacéuticas, etc. ¿Podrían juzgarse dentro de un procedimiento sancionatorio al médico y al hospital? Si, pero teniendo en cuenta que la responsabilidad es individual y tiene consecuencias jurídicas totalmente diferentes.

El procedimiento seguido por la autoridad, ya sea que se haya iniciado de oficio, mediante informe o denuncia, deberá estar en concordancia con las garantías del debido proceso (CRE, 2008, art. 76), considerando especialmente las referidas a tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad de la sanción, *non bis in ídem*, *indubio pro reo* y en general las garantías del derecho a la defensa (CRE, 2008, art. 76, núm. 7).

Es significativo tomar en cuenta este tipo de responsabilidad, considerando las características semejantes respecto la responsabilidad penal, como sus principios (proporcionalidad, debido proceso, etc.), procedimientos reglados en su respectiva ley y conductas previamente determinadas (principio de legalidad) con sus respectivas sanciones.

En este sentido, una de las características a reflejar es la posibilidad de un tratamiento administrativo previo al penal. Habrá ocasiones en que las investigaciones llevadas a cabo mediante el proceso administrativo sancionatorio, en determinado punto, reflejen indicios de responsabilidad penal, y en estricto apego a la misma LOS, deberá remitirse el expediente a la Fiscalía, para la correspondiente investigación (2016, art. 226). De igual manera, habrá ocasiones en que directamente los tribunales (sin previa remisión de indicios de responsabilidad penal) determinen la imposibilidad de imputar penalmente al médico y, en consecuencia, remitan el expediente por una posible infracción administrativa sancionatoria. Siempre deberá observarse que el Derecho Penal es de *ultima ratio* y se tomará en cuenta el principio de mínima intervención penal.

Por último, téngase en cuenta que, si además de tener indicios de responsabilidad penal, la conducta del médico se adecua a una sanción prevista en la LOS, podrá sancionarse con arreglo al procedimiento previsto en la ley y no habrá doble juzgamiento reprochable.

1.2.4. Responsabilidad Penal

La responsabilidad penal se entiende como la consecuencia de la comisión de un delito (*ius poenale*), e implica la obligación de someterse a la pena establecida por la ley (principio de legalidad). Esta sanción (potestad exclusiva del Estado), significa la disminución de derechos personalísimos del condenado y se manifiesta, la mayoría de las veces, en pena privativa de la libertad (Künsemüller, 1986, p. 259).

Las personas, por lo general, acuden al médico con una expectativa curativa o satisfactiva, y el galeno, en base a esa expectativa, observa una finalidad curativa o de promoción de la salud, a través de una adecuada observancia de la *lex artis*. Aun así, la posibilidad de ocasionar resultados sancionados por el Derecho Penal (conductas penalmente relevantes), observa Bernate, es algo que puede acontecer y deberá ser tratado por las categorías dogmáticas del delito (2008, pp. 65-66).

Si bien existe una relación médico-paciente, en la cual no podemos olvidar a la persona que acude con determinada expectativa, curativa o no, para efectos de responsabilidad penal se observará únicamente al facultativo, pues de su ejercicio profesional, podrán trascender comportamientos penalmente relevantes susceptibles de imputación penal. El paciente será observado como el sujeto sobre el cual recae la conducta prohibida y como víctima.

Se ha puntualizado en la incapacidad de dotarle al médico del don de la infalibilidad. La medicina es una ciencia inexacta y aleatoria, y no siempre se obtendrán las respuestas

científicas esperadas, incluso, cuando se haya ejecutado el acto médico en consonancia con la *lex artis*. Por tanto, no es acertado atribuir responsabilidad al facultativo amparados en una relación causal natural que conlleve a un resultado lesivo para el bien jurídico protegido.

La acción y el resultado, precisa Jescheck (2002), no están o no deben estar desconectados entre sí, sino que deben mostrar entre ellos una relación suficiente que permita imputar al autor el resultado lesivo ocasionado, limitando la responsabilidad que se deriva de la mera causación del resultado (relación causal natural) (p. 297). Es así que, solo podrá serle imputable la acción que constituya la creación de un riesgo no permitido (o elevación del riesgo) y que ese riesgo, se realice efectivamente en el resultado (Sancinetti, 1998, pp. 39-40).

En la misma línea, Roxin sostiene que un determinado resultado causado por el agente (muerte), solo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico protegido, sin que dicho peligro se encuentre abarcado por el riesgo permitido y, además, que dicho peligro se haya realizado en el resultado concreto (1997, p. 363).

Esta forma de imputación se fundamenta en el quebrantamiento de un rol. Por un lado, encontramos roles especiales, que corresponden a una persona porque debe configurar junto con otras personas un mundo común; y, en contraste, observamos roles comunes, que exigen al sujeto comportarse como una persona que respeta los derechos de los demás como equilibrio al ejercicio de los derechos propios (Jakobs, 1997, p. 71).

El médico, como persona, desempeñará un rol común, igual a cualquier ciudadano, pero también tendrá una posición de garante ejerciendo su rol especial de médico,

desempeñando funciones y deberes asignados por normas formales e informales (Zavala, 2015, p. 55).

Observemos, subsiguientemente, las situaciones en las que se excluye la creación de riesgo.

En la exclusión por disminución del riesgo, falta ya de por si creación del riesgo, porque resultaría absurdo prohibir acciones que mejoran el estado del bien jurídico protegido, por ejemplo, el médico que con sus medidas solo aplaza la inevitable muerte del paciente (Roxin, 1997, p. 365). Similarmente, Jescheck entiende que el motivo reside en que la disminución del daño no puede resultar en una puesta en peligro del objeto prohibido (2002, p. 308). Aquel que redirecciona un objeto contundente que se dirigía hacia la cabeza de un tercero produciéndole solo una lesión en el torso, estará cubierto bajo esta exclusión.

La exclusión a la imputación por la falta de creación de peligro, se fundamenta en un estado neutro, es decir, ni ha disminuido, pero tampoco se ha creado ni ha aumentado el riesgo de modo jurídicamente considerable. Se sostiene que la creación o aumento del riesgo coincide con la teoría de la adecuación, en el sentido de que para enjuiciar esta cuestión deberá supeditarse a la calificación de si un observador antes del hecho (*ex ante*) hubiera considerado a la conducta como arriesgada o que aumenta el peligro, tomando en cuenta, además, el saber especial del autor concreto (Roxin, 1997, pp. 366-367).

Por último, la exclusión en los casos de riesgo permitido. Jakobs sostiene que cualquier contacto social entraña un riesgo, aun cuando los intervinientes actúan de buena fe; así, una anestesia medicamente indicada y aplicada conforme a la *lex artis*, puede provocar una lesión. Empero, no se espera que estas conductas sean suprimidas, puesto que una sociedad sin riesgos no es posible ni factible. Entonces, bajo esta consideración, el

riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediablemente tolerado (1997, pp. 43-44).

La tolerancia desprende un riesgo vital general, razón por lo cual, existirán riesgos que deberán aceptarse en razón de un contexto determinado. En este sentido, sugiere Ferrante, se trata de la integración de conductas penales con reglamentaciones para ámbitos peligrosos, como las *leges artis* en el caso de actividades profesionales o bien estándares de cuidado adecuado en los ámbitos no regulados (1998, p. 26). Así, en la actividad médica, "*cuando cabe reconocer un buen estándar de comportamiento médico, esto significa que al mismo tiempo el riesgo residual que subsiste está permitido*" (Rodríguez, 2018, p. 222).

En relación con mencionada exclusión se realizan ciertas precisiones respecto el médico, considerando que la actividad médica es peligrosa por naturaleza. Primero, es necesario comprender que el criterio sobre el cual se valorará el riesgo no permitido o la elevación del riesgo permitido en la ejecución de un acto médico, serán las leyes, reglamentos, normas técnicas, etc., y, en última instancia, del cómo habría actuado un profesional médico (medio) en la misma situación y con los mismos conocimientos.

De las consideraciones previamente expuestas, se infiere lo siguiente: el acto médico deberá valorarse respecto la adecuada aplicación de la ciencia médica y demás obligaciones clínicas previstas en el ordenamiento jurídico que, de cumplirse a cabalidad, excluirán al tipo por riesgo permitido. Por ejemplo, de haber tratamiento curativo en consonancia con las reglas de la *lex artis*, pero que de todas formas se produzca la muerte del paciente.

Por último, es importante observar que, respecto a la imputación del resultado, también se precisa una peculiaridad. Si a pesar de haber una contravención a la *lex artis*, esta no es objetivamente causa del resultado, tampoco cabe imputación penal, pues habría

desvalor de acción, pero no de resultado. La falta de realización del peligro (desvalor de resultado) en una lesión típica dolosa, tiene como consecuencia la ausencia de consumación, por ende, tentativa; la lesión culposa, por el contrario, al no admitir tentativa, siempre será impune (Roxin, 1997, p. 363).

Piénsese en el cirujano general que perfora una parte del intestino cuando se disponía a remover los brazos mecánicos mediante los cuales se realiza una laparoscópica, ya en el postoperatorio, el paciente muere a consecuencia de una patología previa (cáncer de pulmón). A pesar de existir una evidente inobservancia de las reglas científicas, estas no fueron objetivamente la causa de muerte.

Sin perjuicio de lo manifestado, enfatizo en considerar a la actividad médica como aleatoria e inexacta, por tanto, cada caso concreto exigirá una valoración pormenorizada de la actuación del médico, y en numerosas ocasiones, no se logrará sostener (mediante la valoración probatoria) que un resultado fue consecuencia directa del quebrantamiento del riesgo permitido, en consecuencia, una opción será aplicar el principio *indubio pro reo*, acudiendo a los criterios de imputación del resultado que se observarán en su momento (2.3.1.2. *infra*).

En el escalón de la antijuridicidad, la dogmática nos presenta ciertas causas de justificación que podrían adaptarse a la actividad médica, obstruyendo la imputación del médico. Dichas causas podrían reflejarse en cuatro: estado de necesidad, consentimiento del paciente, cumplimento de orden legitima de autoridad competente y cumplimiento de un deber. En virtud de que no es menester de esta investigación el desarrollo de las causas de justificación, me refiero concisamente a las mismas.

Respecto el estado de necesidad, Rodríguez manifiesta que se refiere a las situaciones en los cuales "*ante una situación insalvable, se verifica la inminente lesión a*

un bien jurídico protegido y, consciente y voluntariamente, el sujeto, para evitar dicha lesión incurre en otra" (2019, p. 402). Cabe puntualizar que nos referimos al estado de necesidad justificante (el bien jurídico salvado de mayor entidad que el afectado). Un ejemplo sencillo, cuando el médico, para salvar la vida del paciente, mutila una extremidad (sin consentimiento).

Sobre el consentimiento, Mir Puig (2015) contempla los supuestos en los que el consentimiento de la víctima tiene lugar en un bien jurídico disponible (integridad física), pero cuya lesión no desaparecerá por virtud del mismo (p. 523). Por ejemplo, el paciente que consiente la intervención quirúrgica de la cual se desprende una afectación al bien jurídico integridad física o el paciente que consiente la divulgación de información característica del secreto profesional. Respecto al consentimiento en delitos contra la vida humana, se sostiene que no concede eficacia eximente, pues la vida es un derecho irrenunciable (Roxin, 1997; Mir, 2015).

Cierto circulo doctrinario sitúa al consentimiento como exclusión del tipo, en la medida en que, si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo, no puede existir lesión alguna cuando una acción se basa en la disposición (permitida) del portador que constituye su expresión. La libertad otorgada al sujeto que consiente, imposibilita la lesión simultanea de un bien jurídico que le corresponde y, en consecuencia, la misma realización del tipo.

La opinión contraria (causa de justificación) confunde el objeto del hecho con el bien jurídico, pues las lesiones consentidas se ejecutan en la sustancia del objeto del hecho protegido (cuerpo) y no sobre la integridad personal ajena (bien jurídico), cuya lesión presupone el tipo (Roxin, 1997, pp. 517-518).

Por último, cuando el juzgador requiera al médico para que rinda testimonio, actúe como perito, etc. (véase los arts. 66-75, Código de Ética Médica), se entenderá que, aunque sea típica la divulgación del secreto profesional, se encontrara justificada por orden de autoridad competente o, a su vez, cuando la divulga, por ejemplo, a otro médico en razón de su actividad sanitaria, se considera ejercicio de un derecho, oficio o cargo.

Finalizando este apartado, es necesario entender que para que un médico sea susceptible de imputación penal, deberá haber cometido una acción u omisión, por medio de la ejecución de un acto médico, que sea penalmente relevante, es decir típico; prohibido por la ley o, antijurídico; culpable; y, bajo conminación de una sanción penal (Momblanc y Momblanc, 2018, p. 654).

1.2.4.1. Las conductas del médico penalmente relevantes

El Derecho Penal suele entenderse en dos sentidos: uno objetivo, o también llamado *ius poenale*, que se refiere al conjunto de normas penales; y otro subjetivo, o *ius puniendi*, que consiste en la facultad del Estado para crear y aplicar el Derecho Penal objetivo (Mir, 2015, p. 44), que, a su vez, otorga al Estado la atribución de sancionar (castigar) para coaccionar a aquellas personas que amenazan la armonía comunitaria (Rodríguez, 2018).

El principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) como límite al poder punitivo del Estado (*ius puniendi)*, se entiende desde la exigencia de que todos los delitos y sus respectivas penas se encuentren determinados por la ley (Mir, 2015, pp. 116-117), o negativamente, como la imposibilidad de sancionar conductas e imponer penas que no se encuentren establecidas en la ley (Muñoz y García, 2010, p. 99). Estas prohibiciones previstas en la ley deberán alinearse con la protección de determinados bienes jurídicos, y haber transitado por la esfera legislativa como órgano legitimador de la voluntad popular, siguiendo el respectivo procedimiento.

En este marco, el *ius poenale* nos dirá cuáles son las conductas penalmente relevantes previstas en la ley, y el principio de legalidad, como límite al *ius puniendi*, restringirá la imputación penal a las prohibiciones previstas en dicha ley. De igual manera, actuará como una garantía individual concretándose en el derecho a la seguridad jurídica, debido a que las infracciones penales deben encontrarse previstas con anterioridad a su transgresión. En nuestro ámbito territorial, se considera como infracciones penales únicamente las previstas en el COIP, esto quiere decir que, si otra ley[4] prevé conductas penales, no se considerarán válidas jurídicamente (COIP, 2014, art. 17).

En referencia a la responsabilidad penal del médico, solo serán relevantes los delitos previstos en la ley penal (COIP) que potencialmente puedan imputarse al galeno, ya por dolo o por imprudencia. Las demás conductas podrán perseguirse vía civil o administrativa (en concordancia con los principios de mínima intervención penal, última ratio y fragmentariedad).

1.2.4.2. Dolo y Culpa

El dolo, por su parte, se refiere al conocimiento y voluntad de los elementos del tipo objetivo, y es considerado como un proceso causal dirigido por la voluntad hacia un determinado fin (Muñoz y García, 2010, p. 265). En tal sentido, el sujeto debe saber que su conducta puede generar un daño y, de todas formas, querer la producción del resultado, de modo que el individuo discierne internamente y decide ejecutar una conducta, con la finalidad de lesionar (Rodríguez, 2019, p. 191).

En el delito imprudente, por el contrario, no se "quiere" cometer el hecho previsto en la norma, sin embargo, se llega a ese resultado por una infracción a la norma de cuidado

[4] Niñez y adolescencia y usuarios y consumidores son excepciones a la regla.

(Mir, 2015, pp. 292-293). Es por esto que, según Welzel, el contenido decisivo del injusto en los delitos imprudentes radica en la divergencia entre la acción emprendida y la que debió haberse realizado en virtud del cuidado necesario (2004, p. 111).

En tal sentido, el sujeto debe seleccionar los medios adecuados en razón de las consecuencias que estos puedan producir, de forma que no se infrinja el cuidado (Welzel, 2004, p.112), razón por la cual, el momento de valoración en el delito culposo radica en la forma y modo de ejecución de la acción (Donna, 2012, p. 177) o, por una "*particular forma de realización de la acción*", como acertadamente menciona Zaffaroni, Slokar y Alagia (2002, p. 549). El modo o la forma de ejecutar la acción va a determinar si se infringió o no la norma de cuidado. El sujeto imprudente realiza su conducta sin querer que se llegue al resultado, que de todas formas se materialice (muerte, lesiones), es en principio, la justificación de su imputación.

Habrá que decir que el COIP (2014, art. 27) se decanta por la tipificación cerrada y excepcional de la imprudencia o *numerus clausus*, según lo cual, solo se castigan los hechos dolosos, salvo los casos en que expresamente se encuentre tipificada la conducta imprudente (Mir, 2015, pp. 293-294), en donde se aprecian nuevamente los principios de mínima intervención penal y *última ratio*.

1.2.4.3. Delitos imputables al médico

Finalmente, se examinará brevemente aquellos delitos que pueden imputarse al médico, ya sean dolosos o imprudentes y, se procurará clasificar las conductas penalmente relevantes en función del bien jurídico protegido.

Primero, tratemos el bien jurídico vida, que valorado negativamente deriva en la prohibición de matar y, a su vez, en el delito de homicidio (COIP, 2014, art. 144), que por regla general será doloso y por excepción, culposo. La norma que tradicionalmente se ha

utilizado para imputar al galeno en el ejercicio de un determinado acto médico, se traduce en homicidio inintencional (ex Código Penal), no obstante, con el actual COIP, se ha preferido un delito autónomo nominado homicidio culposo por mala práctica profesional (COIP, 2014, art. 146).

La forma dolosa del homicidio imputable al médico se observa en una norma distinta, que permite el reproche ante una manifiesta omisión en la prestación del servicio sanitario en una situación de emergencia y que, sanciona la muerte del desatendido (COIP, 2014, art. 218, inc. 2).

En orden descendente, en función del perjuicio causado, encontramos el bien jurídico integridad física, que se manifiesta en la prohibición de dañar o herir a otra persona, y se materializa en el delito de lesiones, que de igual forma, permite su imputación culposa (COIP, 2014, art.152, inc. 3 y 4). No habrá lesiones dolosas atribuibles al galeno en la ejecución de un acto médico y, de igual forma, se prevé una excusa legal absolutoria sobre las lesiones inherentes al ejercicio médico (por ejemplo, cortar tejido necesario).

Respecto al bien jurídico tutela judicial efectiva, se prevé un delito nominado omisión de denuncia en razón de una profesión, y específicamente se refiere al ámbito de la salud. En este sentido, el médico deberá denunciar cuando conozca de hechos que constituyan graves violaciones a derechos[5] o conozca sobre una muerte violenta; de no hacerlo, responderá dolosamente por omisión propia.

La fe pública, como bien jurídico en el desarrollo de la responsabilidad penal del médico, se refleja en la profesionalidad del facultativo, sancionando una conducta referida al ejercicio ilegal de la profesión. Se había enfatizado en la obligación legal de inscribir el

[5] Se aclara que el tipo también se refiere específicamente a delitos contra la integridad física, psicológica, sexual y reproductiva, sin embargo, se hacen constar dentro de “derechos “.

título universitario como habilitante para el ejercicio de la profesión, por tanto, el médico que ejerza la profesión sin título inscrito comete, en principio, un delito. Se entiende que el delito se dirige al ejercicio ilegal del profesional médico sin título de pregrado, sin perjuicio de que constituya infracción a la *lex artis* realizar un tratamiento sin los conocimientos necesarios (especialidad).

En el ejercicio profesional, el médico adquiere la obligación ética de no divulgar ni permitir que se conozca la información que directa o indirectamente obtenga durante el ejercicio profesional, sobre la salud y vida del paciente (Vélez, 1987) y que, de divulgarse, le pueda afectar al paciente de una u otra forma (por ejemplo, el paciente es VIH positivo y de conocerse, algunos inconscientes, lo marginarían). Dicha obligación, desde la esfera penal, busca garantizar el derecho a la intimidad personal o familiar del paciente y, en consecuencia, lo protege como bien jurídico. Entonces, el galeno que contravenga dicha obligación, podrá ser imputado respecto la prohibición prevista en el art. 179 del COIP, a no ser que se encuentre legitimado por una causa de justificación de las previstas normativamente (véase los arts. 66-75, Código de Ética Médica).

Por último, tratemos la prescripción injustificada de sustancias estupefacientes o psicotrópicas como delito atribuible al médico. Ciertos medicamentos contienen psicotrópicos o estupefacientes, sustancias que actúan sobre el sistema nervioso central, razón que conduce a su control y justificación por el médico tratante de acuerdo a una determinada patología. En tal sentido, si el facultativo prescribe medicamentos sin fundamentación científica por determinada patología, será susceptible de imputación penal (COIP, 2014, art. 224), aunque se considera que la prescripción injustificada de medicamentos de libre circulación no es reprochable bajo esta prohibición.

Concluyendo este apartado, se propone una clasificación del médico en cuanto a su posible responsabilidad culposa o dolosa. Por un lado, tendremos el médico que realiza una actividad curativa o de promoción de la salud en beneficio del paciente, a la cual es "*inherente una finalidad curativa*" (Romeo, 2011, p. 237), así como cuando la finalidad es satisfactiva; y, por otro, el médico que, por su calidad de profesional de la salud, se le exigen determinadas obligaciones que se materializan en prohibiciones penales autónomas. Por ejemplo, un médico que interviene quirúrgicamente y lesiona, del que omite denunciar una muerte violenta. A la par, téngase presente que el médico también es una persona despojada de su título y se le exigen deberes de ciudadano común.

De manera semejante, Cedeño (2008) propone ciertos supuestos en los que el médico puede ser sujeto activo de Derecho Penal: 1) Cuando actúa independientemente de su profesión, es decir, como sujeto activo de cualquier conducta penal; 2) En la comisión de delitos que requieren la existencia de un sujeto activo calificado, determinado por la condición de ser un sujeto autorizado a ejercer la medicina; y, 3) Comete delitos por imprudencia en el ejercicio de su profesión. (citado por Momblanc y Momblanc, 2018, p. 654-655).

La primera clasificación, de la propuesta en esta investigación, nos permite constatar que el facultativo, dentro de cualquiera de las fases del acto médico (exploración, diagnóstico, tratamiento) que persiga una finalidad curativa y/o de promoción de la salud, será susceptible de responsabilidad culposa (lesiones o muerte). Así lo ha entendido Romeo Casabona, quien sostiene que la existencia de un fin curativo impide, en principio, el dolo de lesionar o de matar (2011), pues su actuación está encaminada a curar, o por lo menos, no empeorar la situación en que se encuentra y, en otras circunstancias, a satisfacer una necesidad del paciente.

Por el contrario, en la segunda clasificación, se observa imputación dolosa por la infracción a determinada obligación del médico (obligación legal de inscribir el título de médico, obligación ética de no divulgación de información, obligación de denunciar y obligación de justificar la prescripción adecuada de medicamentos).

Por excepción, se observa responsabilidad dolosa ante la muerte de una persona en situación de emergencia por desatención en la prestación del servicio de salud. El tipo penal busca sancionar la omisión en la prestación del servicio médico (omisión simple), y, si como resultado de esa desatención, muere la persona (aún no paciente), se sanciona el homicidio. La obligación legal será la de prestar el servicio de salud en situación de emergencia. Se configura en un delito doloso, que se castiga ante la omisión de una determinada obligación, por tanto, concordante con la clasificación propuesta.

Bajo las mismas consideraciones, podrá un médico (dentro del tratamiento) excederse voluntariamente en la dosis de determinado medicamento y provocar la muerte del paciente, cometiendo homicidio. Empero, piénsese lo siguiente: el galeno que se excedió en la dosis, no actuó como médico *per se*, únicamente tomó como ventaja sus conocimientos científicos y su estatus de facultativo para conseguir un fin determinado, la muerte del paciente. En consecuencia, se considera esta conducta bajo el esquema de un ciudadano común (a pesar de ser profesional médico), por fuera de la clasificación propuesta.

Jiménez de Asúa, propone un ejemplo similar. Considera el caso de un médico en un pequeño pueblo, el galeno recibe en consulta a un amigo de la infancia a quien tiene desmesurado rencor. Concibe la idea de darle muerte dentro de la intervención quirúrgica, por lo que se dispone a operarlo. Ya en la cirugía, aparentemente siguiendo las reglas del arte, secciona una arteria, cuyo corte, era indispensable, pero en lugar de ligarla, lo deja

desangrarse. ¿Debería ser culposo o doloso? Se considera lo siguiente: el galeno se aprovechó del acto médico como medio para dar muerte a su enemigo manifiesto, por tanto, se convierte en un delito ajeno al ejercicio profesional (Altmann, 1964, p.63).

Finalmente, de acuerdo a la clasificación realizada, la presente investigación se fundamenta en la responsabilidad del facultativo que en el cumplimiento de su rol como profesional de la salud, busca satisfacer las necesidades del paciente (beneficio), observando una finalidad curativa y/o de promoción de la salud en general.

II. HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL SANITARIA

2.1. Consideraciones previas

El tipo penal sujeto a estudio en la presente investigación, se encuentra previsto en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) avocando atención, pues para la fecha de su entrada en vigencia, seguramente algunos ciudadanos (y políticos) aclamaban su tipificación, cuando de todas formas, dicha conducta ya era punible.

Es un hecho evidente que tiempo antes de la tipificación del delito de homicidio por mala práctica médica, se pretendió promulgar normas que correspondieran al personal sanitario. Es así que, en el año 2010, se presentó el proyecto de Ley Orgánica de Responsabilidad y Mala Práctica Médica[6]. De igual forma, se intentó un proyecto de Ley Reformatoria al Código Penal, mismo que tendría un capítulo nominado “De la mala práctica médica”, donde se recogerían algunas gradaciones de pena de acuerdo al comportamiento del facultativo, ya para homicidio o lesiones.

---

[6] Oficio No. 014-GPP-AG, suscrito por Gabriela Pazmiño, de fecha 13 de enero del 2010.

Se apunta a que dichos proyectos correspondieron al reconocimiento por parte del Estado ecuatoriano, de la inobservancia de su deber de adoptar disposiciones del derecho interno, contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, al no incorporar un tipo penal más adecuado para sancionar a los médicos (y profesionales de la salud) que incurren en indebida práctica (Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, Serie C No. 171, 2007, párrafo 159).

A pesar de ello, la misma CIDH señala que la mala práctica suele recogerse dentro de los tipos penales de homicidio y lesiones; en consecuencia, no parece indispensable su tipificación (autónoma) si basta con las figuras generales y las reglas pertinentes (Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, Serie C No. 171, 2007, párrafo 136).

Lo cierto es que el antiguo Código Penal preveía y sancionaba el homicidio inintencional en sus artículos 459 y 460, y no pocas veces fueron utilizados para imputar la infracción a los profesionales de la salud. Lo seguro es que no contemplaba en su redacción demasiados elementos objetivos (como el actual), sino la previsión o precaución, pues lo demás debía ser precisado por los tribunales penales.

¿Resultaba insuficiente el homicidio inintencional para imputar la responsabilidad profesional del médico?

En países como España, Argentina o Colombia, se observan descripciones del tipo de homicidio imprudente semejantes a la prevista en el antiguo Código Penal, es decir, sancionan en general a quien “cause la muerte por imprudencia” (con sus matices). Esto quiere decir que se sirven de criterios aceptados por la dogmática penal internacional y, en armonía con las líneas jurisprudenciales nacionales, constituyen su forma de imputación. No es menos cierto que dado el desarrollo incesante de la doctrina, se han observado diferentes formas de

imputación, las mismas que constantemente son acogidas por los tribunales y cortes penales, renovando sus criterios jurisprudenciales o, a su vez, unificándolos.

La doctrina mayoritaria que admite la imputación penal sanitaria (en general imputación imprudente) fue ampliamente desarrollada durante el siglo pasado. En tal sentido, los jueces debieron ser los encargados de interpretar el homicidio inintencional, aplicando la principal fuente de imputación, esto es, la infracción de la *lex artis*; siendo las leyes especiales, reglamentos, resoluciones, etc., los criterios que configuran una parte del deber de cuidado (desvalor de acción), y no lo previsto necesariamente en el tipo penal.

Si bien es cierto que el actual tipo de homicidio imprudente profesional recoge los criterios delimitantes de la infracción del deber objetivo de cuidado (se deduce que busca limitar la interpretación del juez), se considera que convenía la implementación de una norma en la parte general del COIP que indique como interpretar la infracción del deber objetivo de cuidado para todos los casos de imprudencia. Pues, en definitiva, el tipo penal autónomo no aporta mayores elementos, por cuanto se limita a calificar el sujeto activo, imponer una agravación inconstitucional e inaplicable y atribuir al profesional una inhabilitación imposible (2.4.1.1., lit. f), 3.1.4. y 3.2. *infra*). No aporta, en realidad, lo que supuso su implementación.

Ahora bien, la necesidad de normas secundarias al COIP (Ley Orgánica de Salud o los protocolos emitidos por el Ministerio de Salud Pública), indudablemente son necesarias para una efectiva imputación del médico. De igual forma, es imprescindible una norma procesal que permita hacer efectivo el camino hacia la imputación.

Finalmente, cabe preguntarse, ¿cuál es la justificación para su tipificación? Posiblemente se buscó dotar de presupuestos concurrentes al tipo para restringir, de alguna forma, su imputación (si bien son los mismos requisitos exigidos por la doctrina mayoritaria); o, quizá responde únicamente al denominado Derecho Penal Simbólico.

Matar a otra persona por precio o recompensa ya era una conducta penalmente relevante, pero suena mejor “sicariato” ¿No? El Derecho Penal Simbólico tiene la finalidad de actuar como placebo social o marketing de ideologías o de seguridad, es más político que jurídico y crea una ilusión de protección y confianza en las instituciones (Rodríguez, 2018, pp. 331-334).

Es posible que dicha alarma de impunidad generada por los medios de comunicación, no pocas veces, pudo corresponder a casos en que lícitamente no se permitía imputación al médico, y que ahora, aunque con un delito autónomo, seguirán siendo impunes.

¿Reducirán las muertes por encargo? ¿Reducirán las imprudencias médicas? Indudablemente no, pero seguramente habrá quienes se sientan más “seguros” en las calles y quirófanos.

2.2. La culpa como presupuesto del tipo penal

2.2.1. Clasificación interna

La clasificación de la culpa o, dicho de otra forma, las causas que dan lugar a la culpa, son 3: imprudencia, negligencia e impericia.

La falta de cautelas, menciona Altavilla, puede manifestarse extrínsecamente, en actitudes positivas, como la imprudencia; o negativas, como la negligencia (1987, p. 4). La imprudencia es conducta positiva y consiste en una acción de la cual había deber de abstenerse; la negligencia, por el contrario, se la asocia con “dejar de hacer algo” y “obrar de forma distinta a como se debería” (Altavilla, 1987, pp. 5-6).

Por imprudente, entendemos la conducta peligrosa (quien actúa sin sensatez o cordura), la violación de normas de cuidado y cautela. La negligencia, en contraste, se entiende por la omisión de la debida diligencia y se la considera como forma pasiva de la imprudencia, por

tanto, comprende el olvido de las precauciones impuestas por la prudencia. Será imprudente el médico que mutile con diagnóstico de cáncer el pene del paciente basándose en un examen ocular; y será negligente el galeno que olvide los instrumentos quirúrgicos en el cuerpo del paciente (Castro, 2001, pp. 425-427).

Por último, la impericia refleja ignorancia; falta o insuficiencia de aptitudes para el ejercicio de la profesión, con un desconocimiento de los procedimientos más elementales (Castro, 2011, p. 427), refleja un error o un juicio inexacto (Altavilla, 1987, p. 7). El médico que realice un diagnostico incorrecto por ignorancia o materialice errores notorios en intervenciones quirúrgicas, será imperito.

Habrá ocasiones en que dichas causas confluyan en el comportamiento de un facultativo. Así, cuando el cirujano yerra en el diagnóstico por desconocimiento, que lo lleva a la indicación de una intervención quirúrgica y, por inadecuada aplicación de la *lex artis* corta una porción de hígado, que lleva al paciente a desangrarse; se entiende que es imperito respecto a la primera conducta e imprudente respecto la posterior. La conducta penalmente relevante para el homicidio culposo no interesa en este momento.

La clasificación propuesta responde más a una sistematización interna de la conducta desplegada, importante teóricamente, pero que en la práctica actual de nuestra norma penal no tiene mayores consecuencias.

2.2.2. Culpa consciente e inconsciente

La culpa, dogmáticamente, se divide en consciente e inconsciente. El COIP no distingue consecuencias jurídicas a la persona que cometa un delito por imprudencia consciente o inconsciente, en consecuencia, el médico que cometa homicidio imprudente profesional, siempre será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años (tipo base) y, en determinadas circunstancias, de tres a cinco años (tipo agravado o calificado) (COIP, 2014, art.

146). Sin perjuicio de que el tribunal penal determine que, en el caso concreto, se observa culpa consciente o inconsciente.

Parte de la doctrina suele atribuir mayor lesividad a la culpa consciente; mientras que otro sector, sostiene que la culpa inconsciente podría ser incluso más lesiva. Empero, por su extensión, descarto la posibilidad de ahondar sobre dicho debate.

Sobre este aspecto, coexisten dos razones que fundamentan esta bipartición. La primera, responde a la discusión entre dolo eventual y culpa consciente y la segunda, respecto a la punibilidad de la culpa inconsciente, que además puede tener efectos sobre la aceptación del tipo subjetivo en la estructura del tipo imprudente, pues como bien manifiesta Zaffaroni et al. (2002) "*la existencia de un tipo culposo subjetivo, por regla general lo afirman quienes solo admiten la culpa consciente y lo niegan quienes mantienen la culpa inconsciente*" (p. 553). Si bien no se van a tratar dichas razones por ser ajenas a esta investigación, es necesario, por lo menos, comprender a qué nos referimos por culpa consciente e inconsciente.

La culpa consciente exige un conocimiento del peligro abstracto, pero que, aunque el sujeto haya podido, no llegó a conocer el peligro concreto (López Barja De Quiroga) (citado por Rodríguez, 2019, p. 210). El reproche, según Jescheck y Weigend, reside en una actuación descuidada a pesar de haber previsto la realización del tipo como posible. En este tipo de culpa, el sujeto se da cuenta de la existencia del peligro concreto para el objeto protegido y confía en que no se realizará en el tipo (2002, pp. 610-611).

Gössel y Maurach, entienden que la culpa consciente es un defecto del querer, el autor opera pese a haber previsto la posibilidad de realización del tipo. En contraposición, la culpa inconsciente deviene en un defecto de representación y voluntad, y el sujeto actúa porque no pudo prever la realización del tipo (citado por Donna, 2012, p. 282).

Zaffaroni et al. (2002), entienden a la culpa inconsciente como aquella en la cual el agente dispone de los conocimientos necesarios para representarse la probabilidad del resultado y, al final, no se la representa. En contraste, la consciente, al disponer de esos conocimientos, se la representa. Concluye su explicación acudiendo a Corcoy Bidasolo, quien diferencia la culpa consciente en la medida en que la persona tiene el conocimiento actualizado del aumento de peligro, a diferencia de la inconsciente, en la cual presenta un conocimiento actualizable (p. 554).

A fin de cuentas, podríamos decir que en la culpa consciente el sujeto tuvo conocimiento del peligro sobre el bien jurídico protegido, es decir, pudo prever el resultado lesivo. En la culpa inconsciente, por el contrario, el sujeto no tuvo el conocimiento actual del peligro, aunque sí tuvo el conocimiento necesario (individual) para representarse el peligro, hecho que le exigía advertirlo.

Por último, sin ánimo de ahondar en la punibilidad o no de la culpa inconsciente, la siguiente cita, extensa pero necesaria, nos permitirá dilucidar la pertinencia de la culpa inconsciente en el ámbito sanitario:

> No parece justificado entender que el principio de responsabilidad subjetiva suponga la renuncia a intervenir en ámbitos en los que no se adopten las medidas adecuadas para neutralizar el riesgo debido a que el actor no desplegó la capacidad de previsión (de conocimiento) que el ordenamiento supone en quien interviene en determinados sectores de tráfico jurídico. Si el sujeto tiene la capacidad de previsión que es objeto de determinación normativa, exigirle su ejercicio a efectos de salvaguardar los bienes jurídicos de terceros no contraría sus garantías penales fundamentales. Lo contrario, supondría el fomento de la incuria y de la despreocupación absoluta en la ejecución de actuaciones peligrosas, frente a sujetos en condiciones de advertir la situación y de adoptar los correctivos suficientes para evitar la afectación del bien jurídico. (Cadavid, 2013, pp. 297-298)

2.3. Tipo de injusto del delito imprudente

2.3.1. Tipo objetivo

La comisión de un delito imprudente exige, en general, los siguientes elementos: una acción u omisión; la creación de una situación de riesgo previsible y evitable; la infracción de

una norma de cuidado; y, por último, la producción de un resultado derivado de aquella conducta descuidada, de forma que entre ésta y el daño exista una adecuada relación de causalidad (Mediuris, 2011, p. 458).

La doctrina, sin embargo, ha clasificado dichos elementos en dos desvalores, presentando la siguiente estructura: a) desvalor de la acción, que se materializa en la infracción de la norma de cuidado; y, b) desvalor del resultado, como una determinada lesión o puesta en peligro del bien jurídico y su conexión objetiva con la infracción de la norma de cuidado (Roxin, 1997; Muñoz y García, 2010; Cadavid, 2013; Mir, 2015; Zavala, 2015; Matellanes, 2016; Arroyo, 2016).

2.3.1.1. Desvalor de la acción

A este propósito, Jescheck y Weigend distinguen dos aspectos en la infracción de la norma de cuidado: deber de cuidado interno (subjetivo) y deber de cuidado externo (objetivo).

El deber de cuidado interno consiste en la observación de las condiciones bajo las cuales tiene lugar la acción, que obliga a advertir (o prever) la presencia del peligro en su gravedad aproximada (Jescheck y Weigend, 2002, p. 622).

Mir Puig sostiene que en base a este deber de advertir el peligro, es posible castigar la culpa inconsciente (2015, p. 299), y lo que se reprocha es haber actuado sin tomar en cuenta el peligro (Arroyo, 2016, p. 662).

En consonancia con el criterio previamente expuesto, cierta jurisprudencia se refiere al deber subjetivo de cuidado, como la exigencia de advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad (Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 751/2018, 2019, p. 8).

El concepto de previsibilidad (deber de advertir), para efectos del cuidado interno, debe entenderse, según García Falconí, como aquello que es exigible al sujeto conocer *ex ante* en razón de su arte, profesión, etc. (2014, p. 270).

Por último, determinada línea jurisprudencial considera que la gravedad de la imprudencia tiene relación directa con el grado de previsibilidad o cognoscibilidad de la situación de riesgo en el caso concreto; a mayor previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor exigencia del deber de cuidado interno y más grave su vulneración (STS, 1089/2009) (citada por STS, Sala de lo Penal, 751/2018, 2019, p. 9).

Ahora bien, el criterio a tener en cuenta sobre la atención exigible para la identificación del peligro será la de un hombre diligente en la posición concreta del autor, a partir de un juicio *ex ante*, tomando en cuenta los conocimientos especiales y la situación concreta del autor (Romero, 2001; Jescheck y Weigend, 2002; García, 2014; Arroyo, 2016).

No obstante, no se deben plantear exigencias desmesuradas, pues la vida en comunidad exige acciones peligrosas que para cualquiera encierran un riesgo previsible (Mir, 2015, p. 301). Solamente es contrario al cuidado exigible la superación del riesgo permitido (Jescheck y Weigend, 2002, p. 624).

Por su parte, el deber de cuidado externo (objetivo) exige comportarse conforme a la norma previamente advertida y se refleja en tres deberes: 1. Deber de omitir acciones peligrosas; 2. Deber de preparación e información previa; y, 3. Deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas (Jescheck y Weigend, 2002; Arroyo, 2016).

Así, cuando el médico carece de los conocimientos o capacidades para ejecutar una intervención quirúrgica, debe omitirla. Si el galeno emprende dicha cirugía, incurre en lo que la doctrina denomina “culpa por emprendimiento o asunción” (Jakobs, 1997; Roxin, 1997; Jescheck y Weigend, 2002; Zaffaroni et al., 2002; Kindhäuser, 2008; Donna, 2012).

De igual forma, cuando determinado tratamiento agrave el cuadro clínico del paciente, el galeno deberá abstenerse de seguir realizando el procedimiento peligroso para la salud y vida del paciente.

En la misma línea, el facultativo tiene el deber de informarse de las patologías previas, capacidad de resistencia del paciente, etc., acudiendo a la historia clínica, por ejemplo. Asimismo, debe actualizarse respecto a los avances y tratamientos de vanguardia, tomando en consideración un baremo medio de conocimiento; ya para un médico general como para el especialista, pues resulta imposible exigir excelencia a todos los médicos. Sin perjuicio de que al médico que posea conocimientos por encima del baremo, le corresponda aplicarlos.

Por último, el deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas tiene incidencia en el criterio de riesgo permitido.

El riesgo permitido, desde la perspectiva médica, tiene dos componentes: primero, uno ontológico o naturalístico, que se traduce en que todo acto médico conlleva implícitamente un riesgo, pero dicho peligro está acompañado del contenido de permisibilidad del riesgo, que es un elemento axiológico o valorativo, que se refiere hasta dónde la ciencia médica permite dicho tratamiento (recuérdese que se observó en breves líneas este concepto con anterioridad) (Lombana, 2010, p. 233).

El nivel de permisión se determina por el grado de utilidad social de la conducta desarrollada; a mayor utilidad, mayor nivel de permisión. De igual manera, se considera el valor del bien jurídico amenazado; a mayor valor del bien jurídico amenazado, menor nivel de riesgo permitido y mayor exigencia de cuidado (Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 751/2018, 2018, p. 9).

No es posible, en este sentido, la interacción del médico sin la constante puesta en peligro de bienes protegidos, tales como la vida o la integridad física. La sociedad no es un mecanismo de protección de bienes, sino que es un contexto de interacción (Ferrante, 1998, p. 25). Se requiere el desarrollo necesario de ciertas actividades que comportan riesgos inherentes, pues de otra forma, se condenaría nuestro propio perfeccionamiento.

La justificación que deviene del obrar dentro del riesgo permitido responde a la unidad que debe existir en el ordenamiento jurídico, en tanto que, como conjunto armónico, no podría tolerar una actividad, y penalizar los resultados realizados lícitamente por la misma actividad (Bernate, 2010, p. 92).

En este orden de ideas, dicho deber exige emplear las medidas necesarias de precaución, control y supervisión para eliminar el riesgo o, a su vez, mantenerlo en el límite de lo normativo-social permitido (Jescheck y Weigend, 2002, p. 625).

Sintetizando lo expuesto hasta el momento, se observan dos momentos íntimamente relacionados que podrían determinar la inobservancia o infracción de la norma de cuidado (desvalor de la acción): a) la exigencia de que el sujeto advierta la presencia del riesgo (aunque a veces la imprudencia se fundamente únicamente en el deber de advertir); y, b) una vez previsto el peligro, el cumplimiento de los deberes dirigidos a evitar, conducir o controlar de manera eficaz las fuentes de peligro, *so pena* de infringir la norma.

La inobservancia del cuidado debido, desde este punto de vista, se refleja en el "*manejo de las fuentes de peligro que la persona ha puesto en marcha o que tiene el deber jurídico de controlar, factores que pudieran conducir a calificar el riesgo como jurídicamente desaprobado*" (Cadavid, 2013, p. 88).

Por último, el deber de cuidado se deriva, en general, de la regla de que cualquier sujeto debe comportarse de forma que evite la lesión del bien jurídico (Jescheck y Weigend, 2002, p. 626).

En determinados ámbitos de la vida social, las normas de cuidado han sido determinadas. Es así que las encontramos desarrolladas en normas jurídicas o normas de tráfico (reguladas).

Normas jurídicas que pretenden evitar inadecuados tratamientos médicos podemos encontrarlas en el ámbito internacional (instrumentos internacionales); la Ley Orgánica de Salud; Código de Ética Médica; y, las normas, manuales, protocolos, guías y normativas a fines desarrolladas por el Ministerio de Salud Pública. Por regla general, para el desvalor de la acción, se aceptará como creación de un riesgo suficiente la infracción de esta clase de normas (Roxin, 1997, p. 1002).

Las normas de tráfico, son aquellos reglamentos expedidos por privados (asociaciones o consorcios) para regular normas de cuidado (normas escritas), por ejemplo, reglamentos deportivos. En este sentido, no se observan dichas normas respecto el ámbito médico.

Finalmente, además de las normas manifestadas, se considera un criterio correctivo conocido como “figura baremo”.

De acuerdo a la figura baremo, la norma objetiva de cuidado depende de lo exigible a un hombre diligente en la situación concreta a partir de un juicio *ex ante*, que tome en cuenta los conocimientos especiales de la situación (Muñoz y García, 2010; Mir, 2015; y, de manera similar, Roxin, 1997; Jescheck y Weigend, 2002).

En este marco, Roxin manifiesta que, en vista de que se acude a este criterio respecto el ejercicio adecuado de profesiones, se podrá utilizar como criterio las normas que son conocidas en los respectivos sectores del tráfico, aun cuando no se encuentren codificadas. Dentro de este campo, se encuentra la *lex artis* médica (1997, p. 1009).

No obstante, se advierte que actualmente el criterio sobre el cual se imputa al médico, es un juicio general denominado *lex artis.* En este sentido, Bernate entiende que el concepto de *lex artis* contempla los siguientes componentes: 1. Leyes; 2. Guías y protocolos de manejo; 3. Literatura científica; y, 4. Baremo. (2010, p. 95).

En consecuencia, se entiende que cuando los tribunales se refieren a la infracción de la *lex artis*, sugieren, de hecho, la infracción de la norma de cuidado médico (o en su defecto, profesionales de la salud) en líneas generales, ya por infringir las normas legales, protocolos, literatura científica y, en última instancia, respecto a una figura baremo, cuando los anteriores criterios resulten ineficaces.

Por esta razón, se concibe que, solo cuando no sea posible determinar la infracción mediante las normas que pretendían evitar la realización del riesgo, podremos acudir al baremo del médico, es decir, lo que hubiera desarrollado "*otro profesional con las mismas cualidades, experiencia y conocimientos que quien efectivamente desarrolló la conducta que se enjuicia*" (Bernate, 2010, p. 100).

Respecto a los conocimientos especiales previstos en la figura baremo, Kindhäuser precisa que "*las exigencias del cuidado esperado, en todo caso habiendo conocimientos especiales, tienen que determinarse según cuales sean los conocimientos acerca del estado de las cosas que tiene el autor individual*" (2008, p. 21). Solo podrá ser determinante aquel saber disponible en la situación de decisión respectiva (Kindhäuser, 2008, p. 22).

> Empero, dicho saber o aptitud especial será imputable al sujeto solamente cuando le competa el deber de aplicarlo; como aquel cirujano que ha desarrollado un método de intervención conocido exclusivamente por él (Piña, 2002, p. 498).

> Esta individualización, según Jakobs, se corresponde con la función (del Derecho Penal) que no garantiza la expectativa de que todos estén capacitados por igual, sino una de motivación fiel al Derecho (1997, pp. 388-389).

> Por último, se precisa que las facultades personales sobresalientes, en posibilidad de emplearlas, deberán ser utilizadas por el sujeto y se observarán en el juicio *ex ante*, pues debería estar obligado a su empleo para evitar el daño al bien jurídico. En sentido contrario, aquella capacidad inferior, solo será tratada en la imputación personal del mismo, ya excluyendo o atenuándola (culpabilidad) (Mir, 2015, p. 303).

- **Principio de confianza**

Se advirtió previamente la necesidad de la creación de riesgo como presupuesto de la imputación en los delitos imprudentes; razón por la cual, se observó las situaciones en las que se excluye dicha creación, ya por tratarse de riesgos permitidos o, a su vez, por concurrir una disminución de riesgo para evitar un resultado más perjudicial.

Según lo anterior, no se observó la exclusión por el principio de confianza, reservándola para este apartado.

La aplicación de la teoría de los roles propuesta por Jakobs (misma que ya fue observada en el primer capítulo), resulta necesaria para la explicación de este criterio. Desde este punto de vista, existen un sinnúmero de roles dentro de la vida en comunidad: profesores, esposos, hijas, militares, médicos, etc., y estos exigen a las personas que desempeñan un determinado rol, comportarse de acuerdo al mismo y a las exigencias impuestas para su efectivo desarrollo.

Así, podemos esperar que, ante un inesperado conflicto armado, el personal militar defienda la soberanía y la integridad territorial (Art. 158 inc. 2, CRE); y, exigimos, de igual manera, al facultativo que emprende un tratamiento médico, la adopción de las medidas necesarias para el control de riesgos en el marco de una adecuada *lex artis*.

En este contexto, la persona que ejerce la profesión médica adquiere un rol especial, puesto que se le exige determinadas obligaciones inherentes a la actividad sanitaria, individualizándolo del resto de personas, e incluso del mismo médico que ejerce un rol común de ciudadano.

Como puede observarse, esto resulta todavía muy general y lo pertinente es concretarla en el desempeño de la actividad médica, que actualmente se caracteriza por el desarrollo y el sinnúmero de especialidades y subespecialidades que la atañen (roles), y con ello, la necesidad de implementar la división de trabajo.

En este orden de ideas, no cabe imputación (creación de riesgo) en el marco de una cooperación con división de trabajo, en el ejercicio de cualquier actividad especializada, cuando el sujeto espera que los demás se comporten de acuerdo a los mandatos legales, dentro de su competencia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 33920, 2012, p. 32).

Cabe la exclusión, en la medida en que cada uno de los intervinientes tiene determinado rol en la intervención médica y funciones específicas, de manera que, de generarse un determinado resultado (lesión o muerte), el perjuicio deberá imputarse al encargado de la evitación del resultado de acuerdo con la distribución de tareas (Feijóo Sánchez, 2002) (citado por Bernate, 2008, p. 69).

Dentro del equipo médico se pueden diferenciar aquellos que desempeñan roles trascendentales e independientes, como son los médicos especialistas y los anestesiólogos, por

ser su actuación necesaria para la realización del acto médico y no depender de ningún otro profesional (división horizontal); y, quienes desempeñan roles secundarios, como los auxiliares, enfermeras/os y los instrumentadores quirúrgicos, quienes, a la inversa, se encuentran subordinados a los demás profesionales de la salud (división vertical) (Bernate, 2008, p. 70).

La división horizontal exige confiar en las tareas de cuidado efectuadas por cada especialista, operando la esfera de competencia como presupuesto para determinar la responsabilidad; por ejemplo, los cuidados preoperatorios exigen al anestesiólogo el deber de constatar la capacidad de resistencia del paciente a la anestesia, dentro la cual no actúa el médico cirujano; en la fase intraoperatoria, que corresponde a la intervención quirúrgica, los riesgos derivados conciernen al médico, y el anestesista, por su parte, tendrá el deber de vigilar y mantener las funciones vitales del paciente (Contreras, 2019, p. 37).

La división vertical presenta ciertas diferencias. Por un lado, el médico tiene la posibilidad de delegación de funciones (no de aquellas que únicamente pueden realizarse por ellos) con el fin de optimizar el cuidado del paciente y, por supuesto, tendrá deberes de vigilancia sobre la actuación del delegado, que no obligan a una atención personal, a no ser que, por su dificultad, se requiera. Asimismo, además de las funciones que eventualmente se otorguen a los auxiliares, enfermeras, etc., estos tendrán funciones específicas propias de su actividad, que podrán imputarse personalmente en caso de infracción de la norma de cuidado (Contreras, 2019, pp. 38-41).

Así también, para la aplicación en líneas generales del principio de confianza, el sujeto que observa indicios de suponer la incompetencia del otro sujeto, como sucede cuando se advierte que el médico especialista, o un enfermero, se encuentran en estado etílico, y aún se pretende acudir al principio de confianza (Roxin, 1997, p. 1004).

Finalmente, es necesario entender que sólo se le podrán imponer tantos deberes de vigilancia en relación con otros, como pueda cumplir sin peligro de descuidar su parte personal de trabajo (Roxin, 1997, p. 1006).

2.3.1.2. Desvalor de resultado

El homicidio en su esfera general requiere de un resultado (muerte), en relación de causalidad con una conducta -acción u omisión- que haya creado o aumentado el riesgo por encima de lo permitido. La conexión entre la conducta y el daño deberá ser normativa u objetiva, dejando de lado, lo natural e indeterminado.

La responsabilidad penal sanitaria derivada del homicidio imprudente, en este sentido, no es diferente. La constatación de la infracción del deber (creación o incremento de un riesgo no permitido) no es suficiente para imputar un resultado siempre que la conducta médica no tenga repercusión en la muerte del paciente, considerando que puede sobrevenir por causa de su propio cuerpo y no del tratamiento médico empleado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP9308-2017, 2017, p. 18).

En este marco, se analizará dicha conexión normativa como elemento indispensable para la imputación del homicidio culposo por mala práctica del médico.

La realización del riesgo en el resultado requiere una relación de causalidad, que se debe determinar de acuerdo a la teoría de la equivalencia de condiciones, según la cual, es causa toda condición de un resultado concreto que, suprimida mentalmente, daría lugar a que ese resultado no se produjese (Jescheck y Weigend, 2002; Muñoz y García, 2010; Bernate, 2010; Mir, 2015).

En los supuestos de omisiones impropias, el planteamiento es distinto, al tener que averiguar si la inactividad de la persona que se encontraba en la posición de garante, no evitó que se produjera el resultado (Luzón, 2009, p. 24).

En este sentido, Luzón Peña entiende que la evitabilidad o inevitabilidad del resultado, es el criterio para imputar objetivamente el resultado producido, y que, por lo tanto, constituya un delito consumado. En sentido contrario, de ser inevitable, no habría imputación del resultado y al encontrarnos ante delitos imprudentes, la conducta sería impune (2016, p. 609). En esta línea de interpretación, no se analiza la causalidad natural (por no existir, evidentemente) y se observa directamente la causalidad normativa.

Ulterior a la determinación de la relación causal natural, el resultado solo podrá ser imputado al sujeto cuando aquel ha tenido precisamente como presupuesto específico el carácter descuidado del comportamiento de éste (Jescheck, 2002); o, dicho de otra forma, que el resultado sea realización del riesgo previamente creado por la infracción de la norma de cuidado.

Según Zaffaroni et al. (2002) la averiguación de la relación (previamente advertida) obedece a un nexo de determinación o, como lo llama Jescheck, relación de antijuridicidad, que obliga a dos juicios hipotéticos: en concreto y en abstracto. En concreto, se imagina la conducta del autor dentro del marco normativo, es decir, sin violar el deber de cuidado y, por tanto, sin crear ningún peligro (p. 560).

Así las cosas, no habrá imputación cuando la acción hipotética hubiese producido igualmente el resultado (Zaffaroni et al., 2002) o, en otras palabras, no cabe imputación cuando el resultado causado por una conducta imprudente, se hubiese producido, de todas formas, con una conducta adecuada.

Es sobre la base de este análisis, que se observa sucintamente los denominados casos de “comportamiento alternativo correcto o conforme a derecho”.

Se suele acudir al ejemplo clásico del anestesista que aplica al paciente cocaína en lugar de novocaína, aunque con posterioridad, se logra determinar que el paciente hubiera muerto a pesar de haberle suministrado novocaína, por hipersensibilidad a todo narcótico.

En principio, la solución la encontramos en el juicio hipotético en concreto propuesto por Zaffaroni y, de forma similar, por Jescheck. El problema, en realidad, radica en que habrá ocasiones en que no podamos acudir a esta exclusión por falta de realización del riesgo prohibido, en razón de que la conducta alternativa hubiese evitado solo "probablemente" (y no a ciencia cierta) el resultado. No habría identidad en el resultado, sino a lo mucho, analogía.

La doctrina dominante entiende que la solución a dichos casos, en general, se encuentra en la exigencia de que hubiese sido seguro, mediante una probabilidad rayana en la seguridad, que si la acción no hubiese sido imprudente, no se hubiera producido el resultado.

Esta línea interpretativa se materializa en un criterio hipotético centrado en dilucidar si la conducta adecuada habría evitado, con una probabilidad rayana en la seguridad, la lesión o el menoscabo del bien jurídico protegido (Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 805/2017, 2017, p. 51).

Sin embargo, otro sector de la doctrina y en ocasiones la jurisprudencia, suelen aceptar la teoría del incremento del riesgo, que podría justificar la imputación en estos casos.

Roxin afirma que, si existe certeza de que obrando adecuadamente el sujeto, el resultado se hubiera producido igualmente, cabe la exclusión; empero, cuando no exista dicha certeza (como es el caso del presente planteamiento), todo incremento de riesgo hace recaer las consecuencias sobre el autor (1997, p. 378).

Sostiene, en este orden de ideas, que se debe insistir en el cumplimiento de la norma de cuidado donde su observancia aumenta la posibilidad de proteger un bien jurídico, pero no la garantiza con absoluta seguridad (1997, pp. 380-381).

Finalmente, señala que es necesario juzgar el incremento de riesgo desde una perspectiva *ex post* considerando las circunstancias posteriormente conocidas. Asimismo, se deberá analizar si la observancia adecuada habría disminuido el peligro o, a la inversa, aumentado la posibilidad de proteger el bien jurídico (Roxin, 1997, pp. 381-382).

La aplicación de la teoría del incremento del riesgo en la actividad médica se justifica en el amplio cúmulo de circunstancias que condicionan el resultado dentro del desarrollo médico, en especial las relativas a la propia constitución orgánica del sujeto, que hacen prácticamente inviable sostener, en la mayoría de los casos, que si el médico hubiera actuado de forma acertada, habría desaparecido el resultado, y ello abocaría en un ámbito de impunidad (Gómez, 2008, p. 363).

Finalmente, Jescheck y Weigend toman una posición intermedia y sostienen que, la imputación del resultado es posible cuando la infracción a la norma de cuidado representa un considerable incremento de riesgo para el objeto de la acción y ello porque también deben ser observados los deberes destinados a la evitación del resultado, aun cuando no sea segura su eficacia. Entienden que el principio *in dubio pro reo* subsistirá sobre la base de la teoría del incremento de riesgo propuesta por Roxin (2002, p. 630).

No queda claro qué teoría debería prevalecer para la imputación del médico. Se suele acudir a la probabilidad rayana en la seguridad y, en consecuencia, prevalecería el *indubio pro reo*; no obstante, el problema ya se advirtió previamente, y es la imposibilidad de conocer que la conducta prudente hubiera evitado el resultado. Entonces, la consecuencia directa, según parte de la doctrina y jurisprudencia, acaecería en la impunidad

de médicos que decidan no actuar en determinada situación, amparándose en la falta de certeza de que su adecuada acción, habría evitado probablemente el resultado (salvado la vida del paciente).

La solución a la impunidad en estos casos, se refleja en la adopción de la teoría del incremento de riesgo que, a la inversa, según autores, infringiría el principio *in dubio pro reo* (Zaffaroni, 2002; Bernate, 2010) en vista de que no existe certeza de que el incremento de riesgo se realice en el resultado, generando incertidumbre de si efectivamente la conducta del médico llevó al desenlace fatal del paciente.

Finalmente, contrario al criterio de Roxin, Bernate indica que, en definitiva, lo importante será determinar si la conducta del facultativo determinó el resultado para imputar la muerte del paciente (2010, p. 218). Es decir, si la acción u omisión del galeno, entendida desde la imputación objetiva (criterio del autor), creó un riesgo desaprobado y este se realizó en el resultado. Con esto, el aumento de riesgo es insuficiente.

En la misma línea, Mir Puig entiende que no bastará la elevación del riesgo (*ex ante*) por la infracción al deber de cuidado, si no se confirma *ex post*, que se ha realizado en el resultado. Considera que la aplicación de la teoría del incremento de riesgo no constituye un verdadero concepto de riesgo efectivo, sino de una probabilidad estadística que podría fallar en el caso concreto; por lo tanto, para castigar al sujeto no bastará una estimación estadística, sino una razonable seguridad de que se ha realizado el riesgo típico (2015, p. 309).

Se debe tener presente que las teorías sugeridas son propuestas por las diferentes líneas doctrinarias y en última instancia, serán los tribunales quienes se decanten por una u otra teoría para imputar responsabilidad a los facultativos.

De igual forma, encontrar una solución aplicable para la esfera sanitaria resulta muy compleja, por este motivo, esta investigación únicamente se remite a plantear algunas de las posibles soluciones que parecen ser las utilizadas por los tribunales penales, mas no a proponer una solución apresurada.

Continuando el análisis de la relación de determinación propuesta por Zaffaroni et al., falta observar el juicio en abstracto como correctivo del primero (juicio en concreto) (2002, p. 561). Según este juicio, cabe preguntarnos si la norma de cuidado tiene por fin la evitación del peligro para ese resultado (Roxin, 1997; Arroyo, 2016).

Para Romero, la finalidad de la norma de cuidado:

> Se encontrará entre los fines que condujeron a la determinación del deber objetivo de cuidado, y si conforme a éstos el resultado causado (en el sentido de causalidad naturalística) no es uno de los que se querían evitar al establecer el deber, la acción será atípica, y en consecuencia, el autor será penalmente irresponsable. Ese resultado sólo será imputable al tipo penal cuando en él se realice un peligro, pero no cualquiera, sino el que pretendía y perseguía prevenir el deber de diligencia conculcado. (2001, p. 271)

En este contexto, Montealegre Lynett sostiene que, si un médico asiste embriagado a una cirugía y ocasiona la muerte del paciente por una infección ocasionada por el bisturí sobre el cual no se realizó la asepsia correspondiente, no cabría imputación, porque el estar sobrio busca evitar consecuencias derivadas de la condición del médico (Bernate, 2010, p. 199).

Existe un debate en relación a la utilidad misma de este criterio de imputación, pues se suelen advertir problemas en la determinación de la finalidad del deber y de su utilidad. En todo caso, para las normas de cuidado médico resulta mucho más evidente su propósito. Así, el deber de esterilización de instrumentos tendrá la finalidad de evitar que mediante los mismos se cause una infección en el paciente que, derive en lesiones permanentes o muerte; el deber de realizar exámenes previos, tendrá la finalidad de evitar diagnósticos errados y, en consecuencia, intervenciones innecesarias o tratamientos contraindicados y

perjudiciales; el deber de información, tendrá la finalidad de evitar que el médico realice un tratamiento médico sin las capacidades necesarias; el deber de remitir el paciente al médico especialista, tendrá la finalidad de evitar un manejo inadecuado de la patología del paciente que se encuentra por fuera de la esfera de conocimiento del médico general remitente; y así, sucesivamente.

2.3.2. Tipo subjetivo

Existen posturas diferentes en la delimitación de la existencia o no de un tipo subjetivo dentro del injusto imprudente, y esto, a su vez, se encuentra íntimamente ligado con la aceptación o no de la imputación de la culpa inconsciente.

Piña (2002) entiende al tipo subjetivo como el "*conocimiento y voluntad de realización de una parte típicamente relevante (conducir a excesiva velocidad) de las condiciones del resultado de las que, según la valoración del ordenamiento jurídico, surge un peligro intolerable. Se incluye conocimientos especiales*" (p. 505).

Por su parte, Donna, sostiene que el tipo subjetivo, responde al conocimiento (reconocimiento) de la posibilidad de realización del tipo. En este aspecto, si tiene la posibilidad de conocer la realización del tipo, puede evitarlo (p. 280).

De los dos conceptos, se observa una predisposición al rechazo de la imputación de la culpa inconsciente, debido a que, para la configuración del tipo subjetivo, la persona debe haber conocido la posibilidad de realización del tipo, situación que no ocurre en la culpa inconsciente, pues la imputación se fundamenta en el deber de conocer.

En su lugar, Mir Puig presenta una definición dentro la cual acepta la culpa inconsciente, siendo elementos del tipo subjetivo, el haber querido la conducta descuidada, ya con conocimiento del peligro que en general entraña o sin él y no haber querido el resultado (Mir, 2015, p. 298). Misma que podría aceptarse desde el punto de vista de la presente

investigación, pues resulta evidente que el médico debe advertir la realización del tipo en determinadas situaciones. Por ejemplo, el paciente que muere a causa de la incisión sobre una arteria no advertida por el cirujano, pero que, de haber observado los antecedentes del paciente, hubiera sido prevista, es completamente imputable. El médico decidió no tomar en cuenta los antecedentes (clínicos) como peligro relevante y, por esta razón, se ocasionó un resultado lesivo.

De cualquier forma, Zaffaroni et al. entienden que, en la medida en que los conocimientos no actualizados o no advertidos se tomen en cuenta para decidir la imputación objetiva, se descarta la elaboración de un tipo subjetivo, por innecesario (2002, p. 554).

2.4. Análisis del "homicidio culposo por mala práctica profesional"

2.4.1. Consideraciones previas

Gran parte de la doctrina sostiene que el tipo imprudente se configura como un tipo abierto, dado que el contenido del mismo no aparece precisado por la ley y, en consecuencia, serán los tribunales los encargados de valorar, en el caso concreto, la infracción de la norma de cuidado (Roxin, 1997; Zaffaroni, 2002; Welzel, 2004; Muñoz y García, 2010; Bernate, 2010; Donna, 2012). En este orden de ideas, Zaffaroni et al. (2002) consideran que es imposible prever las infinitas formas de realización de una conducta que viole la norma de cuidado y esto hace necesaria su estructura abierta (p. 550).

Al contrario, Jakobs (1997), seguido por Calderón (2019), sostienen que no son abiertos ni están menos determinados que los dolosos; tanto en los delitos dolosos como en los delitos imprudentes, el autor debe deducir la prohibición del comportamiento causante (en concreto), a partir de la prohibición de causar. Es decir que habrá tantas modalidades de actuar imprudente como actuar doloso (p. 388).

De igual manera, se suele insinuar una posible vulneración de los principios de legalidad y seguridad jurídica, considerando que no se encuentra previsto el contenido de la prohibición. Empero, se objeta esta crítica en virtud de que los tribunales valoran el contenido del comportamiento en base a normas preexistentes; ya sea leyes, reglamentos o las mismas normas médicas. Por tanto, no se podría sostener un posible arbitrio en la determinación del deber de cuidado (Román, 2015, pp. 156).

Lo cierto es que, de cualquier forma, los tribunales deberán acudir a las normas de cuidado extrapenales y al caso en concreto, para interpretar y fundamentar la infracción del deber de cuidado (creación del riesgo). Es evidente, en tales circunstancias, que no corresponde a un tipo penal cerrado, pues de ser así, "*encontraríamos todos los elementos requeridos para su configuración en el mismo tipo*" (Rodríguez, 2018, p. 329). Se advierte que los requisitos de la configuración del del deber objetivo de cuidado (COIP, 2014, art. 146, núm. 1,2,3,4), son únicamente criterios del cómo interpretar la norma de cuidado para su imputación, pero no completan el tipo, ni permiten su configuración *per se*.

Desde otro punto de vista, el homicidio imprudente requiere, además de la realización de la acción, la producción de un resultado material. En este marco, nos encontramos ante un delito de resultado material, que demanda una "*modificación sensorialmente perceptible producida sobre un ente animado o inanimado*" (Rodríguez, 2019, p. 296). El resultado material será, evidentemente, la muerte del paciente. Si faltase la muerte, no puede configurarse el delito.

Asimismo, es un delito de propia mano, pues el tipo penal exige la realización de una conducta determinada, que únicamente se encuentra en posición de ejecutar inmediata y corporalmente, el facultativo respecto su paciente (Muñoz Conde, 1999, p. 38).

2.4.2. Tipicidad

Las normas penales, a través de hipótesis abstractas, prevén las características que una conducta debe reunir para ser calificada como infracción penal. La tipicidad, en esta medida, corresponde a la identificación plena de la conducta humana con la hipótesis prevista y descrita en la ley (Albán, 2011, p. 155).

Al mismo tiempo, la tipicidad establece la subsumibilidad de la conducta a un tipo penal, pero para que dicha conducta llegue a considerarse típica, ha de ser ejecutada de forma idéntica a la que el tipo penal describe y sanciona (Rodríguez, 2019, pp. 155-156). Esto significa que, si faltase alguno de los elementos del tipo, la conducta será atípica y, en consecuencia, no cabría su imputación (aunque podría haber otro tipo de responsabilidad).

Por último, el tipo cumple en Derecho Penal una triple función: a) una seleccionadora de los comportamientos penalmente relevantes; b) una de garantía, de que solo los comportamientos subsumibles serán sancionados penalmente; y, c) una motivadora, por cuanto, con la descripción del tipo penal se indica a los ciudadanos qué comportamientos se encuentran prohibidos, y mediante la sanción, se espera que se abstengan de realizar la conducta prohibida (Muñoz Conde, 1999, p. 32).

2.4.2.1. Elementos del tipo

La conducta sujeta a examen se encuentra prevista en el artículo 146 del COIP y señala lo siguiente:

> 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.

a) Núcleo del tipo: bien jurídico protegido y verbo rector

- Bien jurídico protegido u objeto jurídico:

Los bienes jurídicos son aquellos valores ideales del orden social sobre los cuales descansa el bienestar y la seguridad de la vida en sociedad y nos permiten convivir y desarrollar nuestras expectativas al máximo como ciudadanos (Crespo, 2016, p. 440).

Por su parte, Polaino Navarrete concibe al bien jurídico como "*todo valor normativamente evaluado y estimado como digno, merecedor y necesitado de la máxima protección jurídica*" (citado por Rodríguez, 2019, p. 160).

Ahora bien, el Derecho Penal moderno ha desarrollado la idea de protección de bienes jurídicos, donde la vida, la propiedad, etc., son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador busca proteger amenazando a quienes los ataquen; así, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento legal, en bienes jurídicos (Bacigalupo, 1999, pp. 43-44).

Concordante con este razonamiento, Muñoz Conde señala que el bien jurídico no es otra cosa que el valor que la ley busca proteger de los comportamientos que puedan lesionarlo (o ponerlo en peligro). Este valor es una cualidad positiva que el legislador atribuye a determinados intereses (1999, p. 39).

Sin embargo, esto no quiere decir que todos los bienes jurídicos deben ser protegidos por el Derecho Penal. En aplicación del principio de fragmentariedad, se limita el castigo únicamente a las acciones más graves en contra de bienes jurídicos más importantes; y, en aplicación del principio de *ultima ratio,* solo deberían ser protegidos los bienes jurídicos que no puedan ser amparados por otras ramas del Derecho.

De acuerdo al tipo penal sujeto a examen, el bien jurídico protegido por el Derecho Penal es la vida (inviolabilidad de la vida), que se traduce en la prohibición de causar la muerte dirigida al médico, para que administre sus medios adecuadamente, es decir, mantenga el peligro dentro de lo permitido, de modo que no se produzca la muerte del paciente.

La protección a la vida se encuentra prevista en nuestra Constitución (2008, art. 66, núm. 1), por lo que resulta indiscutible su reconocimiento como valor, interés o finalidad merecedora de amparo por el ordenamiento jurídico, y al mismo tiempo, tomando en cuenta la concepción de la vida como altamente valiosa para el ser humano y la sociedad, es incuestionable su calificación como bien jurídico digno de ser protegido por el Derecho Penal.

El problema, en realidad, radica en la tutela del bien jurídico protegido, esto es, desde qué momento se reconoce el derecho a la vida para efectos de imputación.

Nuestro ordenamiento jurídico entiende que el nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. Respecto al feto (o criatura como lo llama el mismo Código Civil), señala que, si muere en el vientre materno o no es separado completamente del vientre de su madre, se deberá entender que no existió jamás (CC, 2005, art. 60).

Si bien se protege la vida del que está por nacer (CC, 2005, art. 61) desde la concepción (CONA, 2003, art. 2; CONA, 2003, art. 20), la tutela respecto al bien jurídico protegido debe prestarse desde el momento en que concurran los indicadores que la hacen reconocible (jurídicamente) como vida humana, cualquiera sea su utilidad o el valor social que en concreto se le atribuya (González, 2005, p. 70).

En consecuencia, se entiende que el Derecho Penal mediante la tipificación del delito de homicidio imprudente (o en general homicidio) busca proteger la vida desde el nacimiento de la persona, de acuerdo a lo previsto en el Código Civil, que determinará su existencia jurídica, hasta su muerte (CC, 2005, art. 64).

Sobre esta apreciación, es evidente que no podríamos matar a quien no existe; empero, en atención a la protección del derecho a la vida desde la concepción, en el ámbito penal, se protege el derecho a llegar a existir mediante la prohibición del aborto.

¿Podría responder por homicidio imprudente el médico que ocasiona la muerte del feto que no ha sido separado completamente de la madre, por infracción de la norma de cuidado? O gráficamente: Mario, médico general, prescribe un medicamento a Roberta sin verificar las contraindicaciones del fármaco sobre mujeres en estado de gestación, por lo cual, Roberta pierde el bebé a los 8 meses de embarazo.

Es indiscutible la infracción del deber de cuidado (deber de informarse), en atención a las cualidades del caso concreto, pero observemos qué nos señala la norma penal al respecto. El derecho a llegar a existir se materializa en el aborto, no en el homicidio, por lo que, en principio, lo único que podría imputarse al médico sería el delito de aborto. No obstante, de acuerdo a nuestra norma penal, no cabe la imputación imprudente del aborto, razón por la cual, el médico será impune.

De morir la madre y el feto, como consecuencia de la infracción, podría imputarse el homicidio imprudente respecto de la madre, no así del feto (aborto). Se considera, de todas formas, que se podría imputar lesiones al médico que, por la transgresión de la norma de cuidado, ha causado un perjuicio sobre la madre como resultado de la pérdida del feto (remoción de algún órgano, incapacidad física temporal, incapacidad de procreación, etc.). En cualquier caso, el feto no se tomaría en consideración para efectos de responsabilidad penal por homicidio imprudente.

Por último, si bien el Código Civil dispone que la existencia de la persona se produce cuando es separado completamente de la madre, cierta línea doctrinaria concibe al nacimiento como todo un proceso, en miras de potencializar la protección del bien jurídico.

Roxin afirma que el nacimiento comenzaría con las contracciones uterinas (dilatantes), seguidas por la del parto en vía de expulsión; de igual manera, Osorio concibe que la vida humana empieza desde que se inicia el proceso de parto con los dolores uterinos (citados por Gómez y Urbano, 2011, pp. 1320-1322). El nacimiento, en los casos de cesárea, se los diferencia únicamente si la misma ha sido planificada con antelación (y se considera, desde su apertura), pues de otra forma, ya iniciarían las contracciones dilatantes (Gómez y Urbano, 2011).

Ahora bien, paralelamente al reconocimiento de estos criterios, deberá determinarse que la formación del feto tenga la indispensable madurez biológica que le permita, con los cuidados requeridos del caso, sobrevivir sin dependencia fisiológica de la madre (Gómez y Urbano, pp. 1322-1323).

Así las cosas, en aplicación de estos criterios cabría la imputación al facultativo por los tratamientos curativos y quirúrgicos ejecutados durante espacios de tiempo

específicos. El médico que se aparte de las normas de la *lex artis* en la ejecución del acto médico (después de las contracciones uterinas) y, como resultado, ocasione la muerte del feto, podría ser imputado por homicidio imprudente.

Finalmente, la muerte será indiscutible cuando se advierta en el paciente:

> [C]ese permanente de la función del organismo como un todo. Esta definición implica que el mantenimiento por medios artificiales de la función cardiovascular y ventilatoria se reduce al funcionamiento de "subsistemas" independientes y que la función del organismo "como un todo" se ha perdido; teniendo en cuenta que el encéfalo es el responsable de la función del organismo como un todo" se considera que la "muerte encefálica" es equivalente a muerte. (Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, 2011, Definiciones, inc. 24)

Por su parte, entenderemos por "muerte encefálica" el cese irreversible de las funciones encefálicas, aun cuando el paciente presente funcionamiento cardiovascular y ventilatorio artificial (Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, 2011, Definiciones, inc. 25).

- **Verbo rector:**

La conducta típica viene determinada por un verbo rector. En el tipo penal analizado, el verbo rector es matar; aunque de la redacción del tipo encontremos "causarle la muerte", frase que para Albán Gómez anticipa un carácter culposo o de aplicación en caso de omisión impropia (2010, p. 285).

La conducta puede tener como modalidad la acción o la omisión (COIP, 2014, art. 23). Las normas prohibitivas vedan una acción determinada, y la infracción consiste en la realización de dicha norma; en sentido contrario, las normas preceptivas ordenan una acción concreta, y su infracción consiste en la omisión de ese hacer (Jescheck y Weigend, 2002, p. 648).

Si bien las normas suelen redactarse como prohibiciones de acciones[7]que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico, dichas infracciones podrán cometerse en omisión, cuando el sujeto asuma un deber jurídico de realizar una acción determinada y dolosa o culposamente, no la efectúe.

En cuanto a la conducta omisiva, esta se clasifica en: omisión simple y comisión por omisión. La omisión que interesa para el análisis del tipo es la comisión por omisión, pues será la única que equivalga a su causación; esto quiere decir que podrá imputarse la misma pena que el delito en su forma activa, a diferencia de los delitos de omisión simple, que al encontrarse como delitos autónomos, su pena también es independiente.

La comisión por omisión se imputa al médico cuando deja de hacer aquello que le era exigido y resultaba necesario para precautelar el bien jurídico vida (Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 2392/2001, 2001, p. 5). Por ejemplo, el médico que omite realizar controles al paciente que sufre de severos problemas cardiacos y, como consecuencia, se produce su muerte.

En estas circunstancias, los requisitos que exige la comisión por omisión son: a) existencia de un deber jurídico de actuación y la no realización de la misma; b) capacidad individual de realizar la acción requerida; c) producción mediante la conducta omisiva de un resultado distinto de la propia conducta, igual que en los delitos de resultado en comisión activa; d) deber especial de evitar el resultado (deber de garantía); y, por último, e) la concurrencia de las circunstancias que permiten

[7] Dentro de la norma penal podemos encontrar delitos redactados en omisión. Por ejemplo, omisión de denuncia, omisión de socorro, etc.

fundamentar el criterio de equivalencia material con la comisión activa (Luzón Peña, 2016, pp. 589-590).

Los tribunales penales deberán establecer si en el caso concreto se cumplen con los requisitos concurrentes de imputación a título de comisión por omisión, caso contrario, no cabe la imputación del tipo.

En relación a la imputación en modalidad omisiva (comisión por omisión), es necesario señalar que los tribunales penales suelen aplicarla en la mayoría de las ocasiones, pues entienden que la inobservancia del deber de cuidado, es igual a una conducta omisiva (el médico no realiza la acción debida de acuerdo a la *lex artis*, ergo, la omite).

Lo cierto es que, si una acción es valorada como imprudente, es justamente porque se omite las pautas de conductas que imponen las reglas de cuidado; por esta razón, en todo comportamiento activo imprudente ocurre un momento omisivo, que no es más que el soporte de su adjetivación como negligente (Gómez, 2008, pp. 349-350), pero eso no quiere decir que todos los comportamientos deberán ser calificados como omisivos y obligatoriamente recurrir a la comisión por omisión.

La imputación bajo esta modalidad (omisiva), es posible considerando que la asunción del riesgo voluntario por parte del médico, determina la posición de garante y le obliga a evitar un desenlace fatal; aunque también puedan adquirir la posición de garante por injerencia (cuando el médico interviene quirúrgicamente, ha provocado un riesgo por conducta precedente, y le compete controlar ese foco de peligro) u obligación legal o contractual de cuidado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP1315-2019, 2019; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP8759-2016, 2016; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP9308-2017, 2017; Corte

Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 33920, 2012; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 32606, 2012; Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 547/2002, 2002; Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 2392/2001, 2001; Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 805/2017, 2017).

Nuestra norma penal determina que el médico adquiere una posición de garantía cuando tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud y/o integridad física del paciente y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo determinante para la realización del tipo (COIP, 2014, art. 28). Se observa, en esta medida, que el legislador ha introducido una conjunción copulativa entre dos conjuntos ("y"), por lo tanto, además de una obligación legal o contractual de cuidado, deberá haber provocado o incrementado un riesgo precedentemente (injerencia).

Retomando el análisis de la omisión como fundamento de imputación por parte de los tribunales penales, es verdad que en el ámbito médico suelen presentarse casos en los que resulta difícil distinguir entre una conducta activa u omisiva.

Mir Puig manifiesta que cierta doctrina ha propuesto un criterio para resolver la presencia de una acción u omisión en delitos imprudentes. Primero, debemos preguntarnos si el resultado se ha causado por una acción positiva que constituya delito y, cuando la respuesta sea positiva, deberá afirmarse la presencia de un delito de acción (2015, p. 320).

Asimismo, si alguien ha causado el resultado mediante la realización de un hecho positivo (adecuado al tipo), este será el punto de vinculación para el Derecho Penal (Jescheck) (citado por Bacigalupo, 1999, p. 535).

En tales circunstancias, los tribunales suelen confundir, por ejemplo, la acción de prescribir un medicamento, con la omisión del deber de informarse. Es evidente que

la acción positiva que ha causado el resultado fue la prescripción del medicamento; de otra forma, si eliminamos la prescripción del fármaco, a pesar de haber infringido la norma de cuidado, no habría una causa que produzca el resultado. La omisión del deber de informarse es penalmente irrelevante sin un hecho positivo realizado por el médico (en este caso).

Diferente resulta, si modificamos el ejemplo y consideramos que, por la omisión del deber de informarse, no se atendió al paciente cuando lo requería, omitiendo una acción requerida para evitar el fatal desenlace del paciente.

De manera similar, cuando un médico omite suministrar un medicamento requerido por el paciente para sobrevivir, y muere, su conducta será omisiva. Pero si perfora el corazón y mata al paciente, su conducta será positiva, sin necesidad de comprobar la posición de garante (Meini, 2014, pp. 219-220).

Finalmente, Cadavid diferencia las acciones y omisiones en el ámbito médico, considerando que el facultativo puede omitir las medidas científicamente aconsejadas para una adecuada prestación, y otras veces, practicar medidas contraproducentes que afecten la salud o incluso la vida del paciente. En estas circunstancias, el autor señala que, ante la dificultad de diferenciarlas, siempre que pueden confluir, la modalidad omisiva facilitaría su imputación, ya que el galeno ostenta siempre una posición de garante frente a sus pacientes (2013, p. 67).

Bacigalupo manifiesta que, para que tenga lugar una conducta omisiva, deberá: a) establecerse si el autor ha dado impulso a la cadena causal que llevó al resultado; b) habrá que verificar si este impulso es típico, antijurídico y culpable; y, c) siempre y cuando no se trate de un hecho activo (típico, antijurídico y culpable), cabe preguntarse si haciendo lo debido, el autor hubiera evitado el resultado (omisión) (1999, p. 536).

En este orden de ideas, Bacigalupo atribuye un papel secundario a la omisión, lo que podría sugerir una superposición de la comisión activa sobre la omisión, por lo que debería preferirse la acción sobre la omisión, en sentido contrario a lo que propone Cadavid.

En la misma línea, Gómez Rivero advierte que, solo cuando a partir de una contemplación objetiva, pueda considerarse la autonomía de la omisión frente a la conducta activa y situarse en un momento secuencialmente distinto del inicial comportamiento activo, cabe la aplicación de la omisión como fundamento de la conducta. Por ejemplo, la desatención del médico de guardia que termina su turno y omite poner en conocimiento de los médicos, la situación patológica de una paciente que se encuentra con señales de sufrimiento fetal (2008, pp. 351-357).

Finalmente, debe aclararse que tanto el médico que prescriba un medicamento que ocasione la muerte del paciente, como el que omita el traslado de un paciente que requiere la supervisión en una unidad de cuidados intensivos, cometen el delito de homicidio imprudente profesional. El primero, realiza la conducta prohibida mediante una acción; el segundo, a pesar de no haber realizado acción alguna que determine la causación del resultado, mediante su omisión (que no significa no hacer nada, sino "no hacer lo debido"), provocó la muerte del paciente.

b) Elemento objetivo

- **Elementos descriptivos y normativos**

Los elementos descriptivos son aquellos que el autor puede conocer y comprender predominantemente a través de los sentidos; puede verlos, tocarlos, etc., por ejemplo, "cosa mueble" (Bacigalupo, 1999, p. 226). De manera similar, Crespo los

concibe como aquellos que expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos (2016, p. 466).

Roxin, por su parte, los define como aquellos que "*reproducen determinados procesos corporales o anímicos y son verificados de modo cognoscitivo por el juez, como sustraer o edificio*" (1997, p. 305).

Los elementos normativos son aquellas expresiones que requieren, para su adecuada comprensión, de un juicio de valoración en referencia a determinado contexto sociocultural, técnico o de otras normas del ordenamiento jurídico (Barbosa, 2011, p. 259).

En este contexto, la doctrina distingue los elementos normativos que contienen una valoración y los que requieren una valoración (del juez): los primeros, se determinan mediante una aplicación de normas en forma silogística, por ejemplo, "ajena" o "documento"; por el contrario, los segundos se valoran "más o menos" subjetivamente por parte del juez y, por supuesto, deberán contener criterios de motivación, que se refieran a norma sociales (no jurídicas) y estándares de comportamientos con reconocimiento social (Bacigalupo, 1999, pp. 226-229).

Sin embargo, algunos autores sostienen que no importaría dicha separación. Roxin, por ejemplo, señala que la mayoría son una mezcla de elementos normativos y descriptivos (1997, p. 35); Meini, por su lado, indica que los elementos descriptivos son en realidad normativos, pues los elementos del tipo se refieren a una realidad que se aprehende mediante valoraciones socio-normativas (2014, pp. 75-76); asimismo, Bacigalupo manifiesta que no faltan casos en los que el componente descriptivo requiera alguna referencia normativa y viceversa (1999, p. 226).

Por último, se entiende que, en líneas generales, el elemento objetivo (sean elementos descriptivos y/o normativos) describe, expresa o tácitamente, como se ha de ejecutar el verbo rector para que sea típico (Rodríguez, 2019, p. 178).

En este sentido, de la lectura del tipo penal, se observan los siguientes elementos objetivos normativos: a) "**infracción del deber de cuidado**", que corresponde a un elemento de valoración normativo, que de acuerdo al mismo tipo penal, se deberá evaluar en base a los criterios expuestos en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo pertinente (COIP, 2014, art. 146); y, b) "**en el ejercicio o práctica de su profesión**", que correspondería examinar la profesionalidad del acto (de acuerdo a las definiciones expuestas en la Ley Orgánica de Salud) y su efectiva ejecución en el caso concreto, pues quien imprudentemente mata y de su conducta no se refleja el desempeño de su profesión (a pesar de serlo), no cumple con el requisito de tipicidad. El médico que efectúa un tratamiento curativo o quirúrgico, se encuentra en ejecución de su profesión; no así el médico que conduce por fuera del límite de velocidad y atropella a un peatón.

Es así que, el actuar del médico debe producir la lesión en el ejercicio de la profesión propia del agente, o con ocasión de ella y debe existir una trasgresión de los deberes de cuidado que le competen por el desarrollo de su profesión (González, 2005, p. 90).

Por último, **"ocasionar la muerte de otra (persona)"** es el elemento objetivo descriptivo presente en el tipo penal.

c) Elemento subjetivo

El elemento subjetivo se refiere a la intención del sujeto, es decir, si actuó queriendo la realización de la conducta o, en su lugar, previó (o debió advertir) la realización del tipo, pero no quiso su realización.

De la redacción del tipo, se puede constatar la siguiente frase: "*la persona que infringe el deber objetivo de cuidado*". Si no tuviéramos una titulación del delito que nos direccione por la calificación subjetiva del mismo (homicidio culposo por mala práctica profesional), deberíamos interpretar la composición del tipo, en concordancia con la disposición de la norma penal (COIP, 2014, art. 27), que define a la culpa como la infracción del deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde a una persona, produciendo un resultado lesivo. Así, tendríamos que el elemento subjetivo en el delito sujeto a análisis, es la culpa.

d) Objeto material

El objeto material es aquel sobre el cual recae físicamente la acción típica. En el caso del homicidio imprudente, será el cuerpo materia del homicidio (Barbosa, 2011, p. 259).

e) Sujetos

- **Sujeto activo**

El delito requiere siempre un autor, aquel que realiza la acción prohibida u omite la acción deseada. El COIP concibe distintas formas de autoría; diferenciando la autoría directa, autoría mediata y coautoría (2014, art. 42). Asimismo, prevé la complicidad como una forma de participación (COIP, 2014, art. 43).

A pesar de ello, los delitos imprudentes solo conocen una forma de comisión, esto es, la autoría, y se habla de un autor unitario (Kindhäuser, 2011, p. 42). De forma semejante se encuentra recogido en nuestra norma penal (COIP, 2014, art. 43, inc. 2)

En cuanto a los sujetos, podemos diferenciar los delitos comunes y los especiales. Los primeros no requieren una calidad específica, es decir, están dirigidos a

cualquier persona (capaz), como la violación; los segundos, se refieren a una condición especial desempeñada por el sujeto, como el peculado (funcionario público).

Los delitos especiales admiten, a su vez, una distinción interna: propios e impropios.

Roxin precisa que en los delitos especiales propios el elemento especial de la autoría opera fundamentando la pena. En los delitos especiales impropios, el elemento del autor solo opera agravando la pena (1997, p. 338).

De manera análoga, Meini entiende que la subclasificación depende de si "*la cualidad que requiere el tipo para responder como autor es el fundamento de la punibilidad (propio) o una agravante de un tipo común (impropio)*" (2014, p. 89).

Finalmente, Muñoz y García sostienen que los delitos especiales propios no tienen correspondencia con uno común, a diferencia de los impropios, que tienen correspondencia con uno común, pero la realización por determinadas personas hace que se convierta en un delito penal autónomo, con un régimen de punición más severo (2010, p. 258).

En este orden de ideas, se concluye que el homicidio culposo por mala práctica profesional es un delito especial impropio (requiere ser profesional), que depende del homicidio culposo (base) y se constituye en una modalidad autónoma, que debería agravar la pena respecto el delito base (Román, 2015, p. 150).

El homicidio culposo en el COIP prevé una pena de 3 a 5 años, mientras que el homicidio culposo profesional incorpora una pena base de 1 a 3 años, que agravada podrá ser de 3 a 5 años. Desde este punto de vista, se observa un error en la construcción del tipo, pues de acuerdo con los criterios doctrinarios, la esencia del tipo especial

impropio responde a una agravación en la pena respecto al delito base. Ni aun con la agravación del delito calificado se logra cumplir con los criterios doctrinarios.

Se observa que nuestro ordenamiento concibe a la imprudencia médica como menos lesiva (en pena privativa de libertad) que la imprudencia corriente y, en determinadas circunstancias, la hace semejante, mas no la agrava en ningún supuesto.

En este contexto, si el legislador concibe a la imprudencia médica, como menos lesiva (o equiparable, en determinados casos), no se considera pertinente la tipificación de un delito autónomo dirigido a los profesionales.

Finalmente, cabe preguntarnos si la imprudencia profesional o, precisamente, el profesional médico, debería responder con una pena agravada respecto al ciudadano imprudente.

El Tribunal Supremo español ha entendido que la imprudencia profesional:

> Supone un plus de antijuridicidad consecutivo a la infracción de la *lex artis* y de las precauciones y cautelas más elementales imperdonables e indisculpables a personas que deben tener unos conocimientos propios de una actividad profesional. De manera que su diferencia con la imprudencia que podríamos llamar común es puramente cuantitativa. (Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 805/2017, 2017, p. 54).

De manera similar, el mismo Tribunal, sostuvo que el profesional que se aparte de las normas específicas que rigen su actividad, que le obligan a un especial cuidado, merece un mayor reproche en forma de sanción punitiva, pues se le demanda un plus de atención y cuidado que no es exigible a quien no es profesional (Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 547/2002, 2002, p. 8).

Muñoz y García opinan que la agravación de la imprudencia cuando se trata de profesionales solo tendría sentido si se tiene en cuenta la mayor capacitación del profesional en el ejercicio de su actividad frente al que no lo es. Sin embargo, citando a García Rivas, llegan a coincidir que no hay razón para considerar siempre más grave

la imprudencia profesional, pues la actividad profesional cumplirá el objetivo de configurar el deber de cuidado, pero no el de castigar con una mayor pena (2010, pp. 286-287).

De todas formas, lo cierto es que la agravación de la imprudencia profesional se reflejaría (en España y Argentina) en la pena de inhabilitación del ejercicio profesional, en concurrencia con la pena privativa de libertad; y no, si merece una pena privativa de libertad más severa que el ciudadano común. O, dicho de otra forma, la gravedad se manifiesta en la imposición de dos penas (privativa de libertad e inhabilitación profesional).

Por el contrario, para la determinación de la pena (privativa de libertad), cierta línea jurisprudencial vincula el deber subjetivo de cuidado (es decir, el deber de advertir) con la gravedad de la imprudencia; pues a mayor grado de previsibilidad de la situación de riesgo, mayor deber de cuidado. Respecto a la agravación de la culpa inconsciente, debería considerarse de acuerdo al grado del deber de advertibilidad.

El quantum de pena privativa de libertad se podría determinar de acuerdo al criterio previamente expuesto, y servirá para el homicidio imprudente simple e imprudente profesional, dentro de sus independientes esferas punitivas.

En estas condiciones, la crítica a la inadecuada tipificación del delito especial impropio no apunta a considerar penas más severas, sino a la innecesariedad de concebir un delito autónomo (de acuerdo a los criterios dogmáticos, debería agravar la pena), cuando se pudo prever la imprudencia profesional dentro de la misma infracción (como se observa en Argentina o España), conminar una pena especial de inhabilitación del ejercicio de la profesión, establecer los requisitos de la infracción del deber de cuidado

(para todos los delitos culposos) y determinar el quantum de la pena de acuerdo a los criterios de la previsibilidad o deber de advertibilidad.

Evidentemente, este criterio requiere que el ordenamiento jurídico se encuentre en la capacidad de permitir una adecuada administración de justicia, mediante la efectiva regulación de normas especiales y, por su puesto, normas procesales (penales), que permitan materializar la imputación.

- **Sujeto pasivo**

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido, en este caso, del bien jurídico vida, que se encuentra reconocido constitucionalmente (Art. 66 núm. 1), y se materializa en la inviolabilidad de la vida.

Existe una diferencia entre el sujeto pasivo y el perjudicado por el delito, que también puede llamarse víctima. Crespo (2016) precisa que los perjudicados por el delito serán todas aquellas personas que han soportado de manera directa o indirecta las consecuencias del delito (p. 440).

Por otra parte, en el delito de homicidio imprudente por mala práctica profesional del médico, habrá una correspondencia entre el sujeto pasivo y el sujeto sobre el cual recae la acción típica, puesto que, el titular del bien jurídico vida, solo puede ser el paciente sobre el cual se ha infringido el deber de cuidado que constituyó su muerte. No obstante, habrá, en muchos casos, víctimas tales como: padres, madres, hermanos, esposas, etc.

En particular, de la descripción del tipo penal, se alude que puede ser cualquier persona, desde que nace (límite mínimo) hasta que muere (límite máximo) (González, 2005, p. 74).

f) Otros elementos presentes en el tipo penal

- **Habilitación**

El tipo penal describe: "*el proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley*" (COIP, 2014, art. 146, inc. 3). Pero, ¿qué pena? Y, si es que se refiere a la pena de inhabilitación, ¿cuál es la pena? Pues en el tipo penal nada dice de aquello.

De la lectura del art. 65 inc. 1 del COIP (2014), se advierte que el tiempo de inhabilitación de la profesión se encontrará previsto en el tipo penal y se efectuará una vez cumplida la pena; hecho que, evidentemente, no sucede en el tipo penal sujeto a examen.

De la redacción del tipo encontramos necesaria la "*habilitación posterior al cumplimiento de la pena*", descripción que sugiere una pena de inhabilitación profesional, pero que, al mismo tiempo, al no encontrarse prevista en el tipo penal, es inaplicable.

De manera distinta se recoge la inhabilitación en el Código Penal español, pues la imprudencia conmina una pena privativa de libertad de 1 a 4 años, y en el caso que corresponda a imprudencia profesional, se impone la inhabilitación del ejercicio profesional por un periodo de 3 a 6 años (Código Penal, 1995, art. 142).

En su art. 57 se expresa que, si el condenado fuere a prisión, por delito de homicidio (también se prevé para otros delitos) y se le impusiera una inhabilitación de las previstas en la norma, deberá ser siempre mayor a la pena privativa de libertad impuesta (de 1 a 10 en graves y 1 a 5 en menos graves); es decir, si la pena de prisión es de 3 años, la pena de inhabilitación deberá ser, siempre, de 4 años en adelante. De

igual manera, si concurrieran las penas de prisión e inhabilitación, deberán ser satisfechas simultáneamente (Código Penal, 1995, art. 57).

De acuerdo con este análisis, la pena privativa de libertad por homicidio imprudente profesional y la respectiva inhabilitación, deberán cumplirse de forma concurrente y, además, la pena de inhabilitación deberá ser mayor a la misma pena privativa de libertad. Es decir, si el médico es condenado a 4 años de prisión, la inhabilitación, aun cuando pueda ser de tres años, deberá ser de 5 años.

De forma semejante, el Código Penal argentino, prevé una pena privativa de libertad de 1 a 5 años por homicidio imprudente y, cuando corresponda, inhabilitación especial profesional de 5 a 10 años (Código Penal de la Nación Argentina, 1984, art. 84).

Según la norma penal argentina, se entiende que "*en los plazos de inhabilitación no se computará el tiempo en que el inhabilitado haya estado prófugo, internado o privado de su libertad"* (Código Penal de la Nación Argentina, 1984, art. 20 ter, inc. 4). En consecuencia, la inhabilitación opera después de haber cumplido el confinamiento en un centro de rehabilitación social y no simultáneamente.

En síntesis, se observa la tipificación del homicidio imprudente profesional dentro del homicidio culposo base, con la salvedad de la imposición de una inhabilitación del ejercicio profesional. Paralelamente, se enfatiza en que la inhabilitación profesional deberá ser mayor a la pena impuesta y se cumplirá simultáneamente, en el caso español; y, en el argentino, siempre será mayor y será satisfecha después del cumplimiento de la pena.

Nuestra norma coincide con la redacción de la norma penal argentina, pues la inhabilitación será posterior al cumplimiento de la pena (COIP, 2014, art. 65, inc. 1),

aunque las penas de inhabilitación, deberán preverse en el tipo, con la excepción de los delitos en contra de la integridad sexual y reproductiva en contra de niños, niñas y adolescentes, que permite la imposición de una pena de inhabilitación por el mismo tiempo de la pena privativa de libertad (COIP, 2014, art. 65, inc. 2).

Finalmente, cabe destacar la imprecisión de la norma penal ecuatoriana, pues en definitiva, no prevé la pena de inhabilitación del homicidio imprudente profesional, que sería lo más sensato y, además, aplicable de acuerdo al contenido del art. 65 (COIP, 2014) y de la propia redacción del art. 146 del COIP. Por último, al determinar un proceso de habilitación posterior al cumplimiento de una pena inexistente en el tipo penal, hace inaplicable dicha disposición.

- **Deber "objetivo" de cuidado**

De la redacción de la norma, podemos constatar que se prevén los requisitos sobre los cuales se interpretará la infracción del deber objetivo de cuidado; esto es, el elemento sobre el cual se fundamenta la culpa en nuestra norma penal (COIP, 2014, art. 27).

Primero, la mera producción del resultado no configura la infracción del deber de cuidado. Este criterio tiene relación directa con el riesgo permitido de la práctica médica, pues si no elevamos el riesgo por encima de lo autorizado, no cabe la creación del riesgo y, en consecuencia, falta el desvalor de la acción. Si no podemos atribuirle una acción desaprobada al resultado, no cabe imputación.

En esta medida, habrá ocasiones en que la muerte sobrevenga por causas naturales y biológicas del paciente, que no pueden atribuirse al facultativo, pues se consideran riesgos necesarios del ejercicio profesional de la medicina.

Segundo, la inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis. Se precisó en su momento que, para efectos de imputar la infracción del deber de cuidado en el ámbito médico, entenderíamos *lex artis* como un criterio general, que se compone de todas las normas, jurídicas o no, que buscan evitar la producción de resultados lesivos.

La infracción de la *lex artis*, en este contexto, determinará el desvalor de acción (2.3.1.1. *ut supra*) que, al mismo tiempo, establecerá el incremento de riesgo por encima de lo permitido.

Tercero, el resultado lesivo debe provenir directamente de la infracción al deber de cuidado y no de otras circunstancias independiente o conexas. O, dicho de otra manera, el riesgo creado (infracción de la norma de cuidado) debe ser verificado positivamente en el resultado, cumpliéndose, valga la redundancia, el desvalor de resultado (tómese en cuenta los criterios expuestos en 2.3.1.2. *ut* supra).

Por último, se deberá analizar la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

Se considera que la diligencia, el grado de formación profesional y las condiciones objetivas, se determinarán dentro de la infracción del deber de cuidado, es decir, la *lex artis*. Si observamos los criterios expuestos en 1.2.1.1. y 1.2.1.2. *ut supra*, la transgresión de la *lex artis* depende de varios criterios, dentro de los cuales, observamos los manifestados por el tipo penal; esto sin perjuicio de que, para el caso concreto, se deban observar todos los criterios propuestos en esta investigación (de ser necesarios).

Finalmente, en el concepto de previsibilidad se considera lo planteado en el deber subjetivo de cuidado (1.3.1.1. *ut supra*) y en el concepto de evitabilidad, deberá

verificarse si una conducta adecuada (prudente), hubiera evitado el resultado lesivo, aplicando lo previsto por las teorías del incremento de riesgo, evitabilidad, sus correctivos y demás posturas (observar 1.3.1.2. *ut supra*).

III. HOMICIDIO CALIFICADO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL SANITARIA

3.1. Elementos accidentales del tipo penal

Los elementos esenciales del tipo son aquellos de los cuales depende la configuración del tipo penal, es decir, los que observamos en el aparatado anterior; y sin los cuales, no cabría la imputación del tipo al sujeto procesado. A pesar de ello, algunos tipos penales prevén elementos cuya concurrencia determina la agravación o la atenuación del delito base, y son llamados, elementos accidentales del tipo (Meini, 2014; Mir, 2015). Los delitos que agraven la pena, serán "calificados" o "agravados"; y, los que la atenúen, serán "privilegiados" o "atenuados".

Considerando que describen circunstancias objetivas y subjetivas, los elementos accidentales están regidos por las mismas reglas de la tipicidad (Bacigalupo, 1999, p. 241), pero únicamente respecto a la agravación o atenuación de la conducta, pues de no cumplirse los elementos que agravan determinado delito, pero sí los que le son esenciales, cabe imputar por el delito base.

En este orden de ideas, es necesario que se cumplan los requisitos esenciales que configuran el tipo, para luego, poder determinar si se cumplen los accidentales. En otras palabras, los elementos accidentales dependen de los esenciales para concurrir. Esta característica será esencial en el análisis posterior sobre los elementos accidentales presentes en el tipo penal examinado.

El homicidio imprudente profesional, como se ha podido verificar, se configura como un delito autónomo. Aquellos elementos observados hasta el momento, configuran el tipo básico (pena de 1 a 3 años), con lo cual, restaría observar aquellos elementos que agravan la pena, conminando una de 3 a 5 años.

Ahora bien, los elementos que agravan la pena se configuran cuando, además de la infracción del deber de cuidado, el médico ha producido la muerte mediante acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

Empiezo manifestando que no existe norma legal, reglamento, resolución u otro acto del poder público, que establezca cómo entender dichos enunciados. Lo único que podemos rescatar es una Resolución emitida por la Corte Nacional de Justicia, que exige la concurrencia de los tres enunciados para la configuración del tipo calificado (R-01, 2014, art. 3).

Previo a introducirnos en el desarrollo conceptual de estos términos, cabe mencionar que son elementos normativos que requieren de valoración puramente subjetiva del tribunal penal, razón por la cual, en su momento se determinará si vulneran o no el derecho a la seguridad jurídica.

3.1.1. Lo ilegítimo

Como punto de partida, cabe referirnos a la ilegitimidad como criterio de agravación de la pena. En este sentido, legitimar se aprecia como habilitar a alguien, para un oficio o empleo (RAE, s/f, definición 4); y habilitar, por su parte, se refiere a convertir a alguien en apto para una cosa determinada (RAE, s/f, definición 1). Por último, se entiende lícito como sinónimo de legítimo. (RAE, s/f, definición 2).

Desde este punto de vista, parecería ser que la acción legítima apunta a la habilitación del galeno para ejecutar una determinada intervención. Pues bien, veamos cómo se legitima un acto médico.

Cadavid precisa que, la licitud de la actuación del médico, se manifiesta una vez otorgada la información necesaria (procedimientos aplicables, riesgos, beneficios, etc.), y que el paciente haya aceptado someterse al tratamiento curativo (2013, pp. 187-188). Hecho que nos lleva a considerar, a primera vista, el consentimiento informado como elemento legitimador de la actuación médica.

En esta medida, Romeo Casabona considera que actualmente, el consentimiento informado se concibe como un derecho subjetivo, que confiere la legitimidad al acto médico dentro de las variadas proyecciones jurídicas (2002, p. 65).

Bajo la misma línea, Monsalve y Navarro manifiestan que, uno de los objetivos del consentimiento informado es legitimar el proceder médico, bajo el asentimiento libre y consciente del paciente. Por lo tanto, para que el médico pueda actuar, deberá contar con dicha legitimación (2014, pp. 153-157).

El consentimiento, por consiguiente, es una expresión libre de aceptación del paciente para realizarse una intervención médica, por lo que, solo dicha autorización convierte la actuación médica en lícita (Agón, 2017).

La Corte Constitucional colombiana ratifica este sentido de legitimidad, cuando expresamente estableció que: "*No cualquier autorización del paciente es suficiente para legitimar una intervención médica: es necesario (…) que reúna ciertas características y, en especial, que sea libre e informado"*. (Corte Constitucional, SU-337, 1999, enumerado 14). En concordancia con este criterio, se puntualiza que el consentimiento debe ser expreso para efectivizar la legitimidad (Aguiar, 2011).

Bajo estas premisas, la legitimidad del acto médico presupone una perspectiva *ex ante* de autorización del paciente, para que el facultativo ejecute determinada intervención

clínica; en consecuencia, de faltar consentimiento, ya por no existir, encontrarse incompleto o viciado, el acto médico es ilegítimo.

Ahora, en qué casos podemos hablar de un acto ilegítimo penalmente relevante o, en otras palabras, cuándo cabe la falta de consentimiento como agravante del tipo penal analizado.

Partamos de las siguientes premisas: a) de haber consentimiento válido, se excluye la ilegitimidad del acto, a pesar de haber infracción posterior a la *lex* artis que fundamente el tipo base; y, b) no toda falta de consentimiento, se apreciará como agravante del tipo.

Primero, es necesario evaluar la relevancia penal del consentimiento en el delito de homicidio imprudente profesional. Para ese efecto, Gómez Rivero precisa que, si un tratamiento médico se realiza en concordancia con la *lex artis*, debe excluirse la posibilidad de reconducir la actividad del médico al desvalor de acción, a pesar de que falte ya el consentimiento (2008, p. 122).

Araque, de manera similar, entiende que si no existe consentimiento o el consentimiento es inválido, y existe de por medio una infracción de la *lex artis* dentro de la intervención, el médico debe responder por el daño finalmente causado (2014, p. 145).

La discusión se ha desarrollado respecto a la falta de consentimiento que pueda ocasionar una lesión o la muerte del paciente. A este respecto, encontramos algunas similitudes que pueden adecuarse al caso concreto.

El homicidio imprudente sanitario, como se ha precisado, protege el bien jurídico vida, no otro, sino la vida del paciente sometido a un tratamiento médico. Cuando falta el consentimiento, el bien jurídico lesionado es otro, que apunta al atentado sobre la voluntad, trasladando el problema a los delitos contra la libertad (Gómez, 2008, p. 125).

La imprudencia por lesiones (y en nuestro caso, el homicidio) existe en función de la forma en que se realiza el acto médico, sin que influya que el mismo estuviera o no consentido (Gómez, 2008, p. 123).

En concordancia con este criterio, Grispigni advierte que el error (omisión) del consentimiento, tendrá importancia jurídica respecto la afectación del bien jurídico de libertad individual, mas no podría fundamentar un delito culposo de homicidio o lesiones (citado por Donna, 2012, p. 386).

En este contexto, la relevancia penal del homicidio imprudente, se refleja en la ejecución (u omisión) de la conducta (acto médico) que puede ocasionar un resultado lesivo en el paciente (muerte); de modo que, el consentimiento no adquiere relevancia, sino en la medida en que se impute por lesión a otros bienes jurídicos, o se pretenda, mediante una agravante, sancionar la falta de consentimiento, como en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, para la determinación de la falta de consentimiento, los tribunales penales deberán recurrir a los criterios del consentimiento informado, pues no toda falta fundamentará lo ilegítimo como criterio de agravación de la pena.

Para este efecto, se deben analizar sucintamente los requisitos del consentimiento informado, que se dividen en tres: información, libertad y capacidad para consentir.

La información, se refiere a todo aquello que el médico debe hacer conocer al paciente, de modo que tenga a su alcance todos los elementos para efectuar su decisión. Para determinar cuándo se contraviene este requisito, debemos preguntarnos cuál y cuánta información es necesaria.

El médico deberá informar todo aquello que pueda incidir en la decisión del paciente, en donde se incluirá: el diagnóstico, pronóstico, finalidad del tratamiento

propuesto y alternativas terapéuticas, con sus respectivos riesgos y beneficios esperados (Rodríguez, 2017, p. 25).

Sobre la misma línea, Torres señala que se deberá precisar la información al paciente de la siguiente manera: a) carácter invasivo del tratado, pues a mayor invasión, mayor información; b) dificultad en la realización y probabilidades de éxito; c) urgencia del tratamiento, pues habrá ocasiones en que se encuentre en riesgo la vida del paciente, aunque en ocasiones se tendrá que intervenir sin el consentimiento del mismo; y, d) existencia de otros tratamientos que produzcan resultados iguales o comparables y sus características (2012, p. 165).

Por último, la información debe otorgarse en un lenguaje que el paciente pueda entender, a través de un lenguaje claro y comprensible; teniendo en cuenta su nivel de cultura, situación personal, familiar, social, profesión, etc. (Lombana, 2010, p. 80).

Sin perjuicio de lo manifestado, respecto la medicina satisfactiva o voluntaria[8], cierta información deberá ser mucho más precisa.

En este marco, al no existir necesidad, la contraposición entre los riesgo-beneficios es lo único que permite al sujeto discernir sobre la conveniencia de someterse a la intervención (Vicandi, 2017, p. 35). En consecuencia, este tipo de información, se convierte en un aspecto esencial que ayuda al sujeto a decidir, en vista de que no existe enfermedad que lo aqueje (Vicandi, 2017, p. 55).

A diferencia de la información otorgada en medicina curativa, que podrá ser únicamente la necesaria respecto el caso concreto; la información en la medicina

[8] Aquella que se realiza a petición del sujeto, y que no comporta necesidad, sino que busca un cambio en algún aspecto de la vida del solicitante.

satisfactiva debe ser mucho más específica (en riesgos-beneficios), considerando que el sujeto acude con una expectativa, y la única información que podría hacerlo resignar, serán los riesgos y beneficios que le comporten *ex ante* y *ex post*.

De igual manera, dicha información deberá proporcionarse con la anticipación suficiente para que el sujeto pueda reflexionar y tomar una decisión consciente y razonada en beneficio de sus expectativas (Arbesú, 2016, p. 278).

Ahora bien, respecto a la libertad, se debe asegurar la no concurrencia de coacción o amenaza, engaño o error, violencia o intimidación que pueda influir en la decisión del paciente.

En lo que no sea engaño o error, se atenderá a lo previsto en el Código Civil respecto el vicio del consentimiento por fuerza. Así, la fuerza vicia el consentimiento, cuando produzca una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, condición, etc. (CC, 2005, art. 1472).

Respecto el error del paciente, Gómez (2002) (citado por Lombana, 2012, pp. 75-77) presenta ciertos criterios que, a mi parecer, son los más acertados, y que determinan la relevancia penal de la falta del consentimiento.

Primero, si el paciente desconoce la entidad del acto (no conoce la incidencia sobre su cuerpo), su consentimiento estará viciado (Gómez, 2002) (citado por Lombana, 2012).

Segundo, si el paciente tiene un error que afecta sus posibilidades de elección, pero no afecta el sentido ni la entidad del acto (por ejemplo, las circunstancias que lo rodean o sobre los pro o contras del mismo), deberá distinguirse:

> Puede decirse que habrá que concederse relevancia penal a los casos en los que el engaño recaiga sobre las posibilidades de optar por un método alternativo que comporte un riesgo inferior al que elige el paciente, ventilándose por el contrario por la vía civil el resto de los

> supuestos en los que el engaño se refiere exclusivamente a las posibilidades de éxito de la alternativa que ha elegido. (Gómez, 2002) (Citado por Lombana, pp. 76-77)

Tercero, si el paciente tiene un error que afecta la circunstancia del cómo de la realización del tratamiento médico (creencia de intervención por un médico concreto, aplicación de un tratamiento distinto o existencia de técnica alternativa), se debe acudir a un juicio *ex* ante, que determinará el error relevante, cuando se haya incrementado objetivamente el riesgo entre acto consentido y el realizado (Gómez, 2002) (citado por Lombana, 2012).

Y, cuarto, el error sobre la finalidad del tratamiento, también invalidará el consentimiento (Gómez, 2002) (citado por Lombana, 2012).

Por último, de acuerdo con la capacidad, solo será válido el consentimiento prestado por una persona competente para realizarlo (Rodríguez, 2017, p. 26). En este sentido, no solo la persona mayor de edad podrá prestar consentimiento, sino que en determinadas circunstancias (depende del caso concreto), el menor de edad podrá prestarlo (aceptar o rechazar) de acuerdo a su grado de madurez.

De igual manera, brindar el consentimiento le corresponde al representante legal en los siguientes casos: cuando la persona sea totalmente incapaz y cuando el menor de edad no pueda prestarlo, dependiendo del caso concreto. En ocasiones, podrá prestarlo su cónyuge (Código de Ética Médica, 1992, art. 103, núm. a)) y, en otras, los cónyuges requerirán prestarlo en conjunto (Código de Ética Médica, 1992, art. 107).

El art. 7 de la Ley Orgánica de Salud (2016) expresamente dispone en su literal h) y l), que los pacientes tendrán derecho a:

> h) Ejercer la autonomía de su voluntad a través del consentimiento por escrito y tomar decisiones respecto a su estado de salud y procedimientos de diagnóstico y tratamiento, salvo en los casos de urgencia, emergencia o riesgo para la vida de las personas y para la salud pública;

> l) No ser objeto de pruebas, ensayos clínicos, de laboratorio o investigaciones, sin su conocimiento y consentimiento previo por escrito; ni ser sometida a pruebas o exámenes diagnósticos, excepto cuando la ley expresamente lo determine o en caso de emergencia o urgencia en que peligre su vida.

Por consiguiente, si bien se garantiza el derecho a la autonomía del paciente, cuando ocurran casos de emergencia o urgencia en que peligre la vida del paciente o de las personas en general (sujeto que ponga en riesgo a los demás) o la salud pública (enfermedades transmisibles), cabe una exclusión en la prestación del consentimiento.

De igual manera, se advierte que el mandato legal exige consentimiento informado por escrito, tornando el consentimiento verbal, ineficaz. No obstante, se considera que la falta de consentimiento por escrito, no configura la agravante prevista en el tipo penal, siempre que se haya otorgado la información necesaria al paciente.

Respecto al consentimiento escrito, se apunta que el documento firmado sin ser leído, resulta válido siempre y cuando el profesional haya aportado verbalmente la información necesaria (Sanz, Del Valle, Fernández, y Ferreira, 2016, p. 76).

Finalmente, se puede concluir que la ilegitimidad como agravante conduce a la interpretación de que, toda vez que el consentimiento no adquiere relevancia en la imputación del tipo penal base, resulta necesario o, al menos, razonable (de acuerdo al legislador), prever la falta de consentimiento como agravante del tipo, ratificando así la importancia de la autonomía de la voluntad, en concordancia con la Constitución.

3.1.2. Lo innecesario

Partimos de conceptos elementales para determinar qué entender por innecesario en el ámbito sanitario. El diccionario de la RAE no prevé un significado de innecesario, por lo cual, en su defecto, se recurre a lo necesario. Por necesario, se entiende aquello que hace falta indispensablemente para algo y/o aquello que forzosa o inevitablemente ha de suceder (RAE, s/f, definición 1 y 2).

En la misma línea, son sinónimos de innecesario: lo prescindible, injustificado, excesivo e inadecuado (WordReference, s/f; Reverso Diccionario, s/f).

Prescindible se entiende como aquello de lo que se puede prescindir (RAE, s/f, definición 1). Prescindir, por su parte, es igual a evitar, abstenerse o privarse de algo (RAE, s/f, definición 2). Lo prescindible, en esta medida, se entiende como lo accesorio, que no es requerido esencialmente respecto una situación concreta.

Lo justificado significa lo probado con razones convincentes (RAE, s/f, significado 1). Excesivo, por su parte, se entiende como propasarse, ir más allá de lo razonable (RAE, s/f, definición 2).

Por último, lo adecuado es igual a lo apropiado para alguien o algo. Lo apropiado, a su vez, se entiende como lo ajustado y conforme a las condiciones o necesidades de alguien o algo (RAE, s/f, definición 1).

Desde una perspectiva general, lo innecesario se concebiría como aquello que no se encuentra conforme a las condiciones patológicas del paciente y, en consecuencia, no es requerido esencialmente por el mismo.

Asimismo, se insinúa que lo necesario parece tener correspondencia con la justificación de la indicación clínica; es decir, un diagnóstico adecuado, que corresponda a las circunstancias patológicas del paciente. De igual forma, lo innecesario se podría entender como aquello que contraviene las razones adecuadas para indicar determinado tratamiento curativo.

Por ahora, parecería sensato determinar que un acto médico es innecesario cuando el paciente, por sus condiciones patológicas y anatómicas, no requiere determinado tratamiento médico; o que no justificar un tratamiento curativo lo convierte *de facto* en

innecesario. Aun así, se advierte que son conceptos todavía generales, y se requieren correctivos que determinen la pertinencia y aplicación del Derecho Penal.

A continuación, se buscará abordar la mayor cantidad de criterios que permitan establecer la innecesariedad en el caso concreto.

Un primer acercamiento señala que los tratamientos quirúrgicos que se realizan a pesar de no poseer un razonamiento científico que sustente la necesidad del procedimiento, se reputan innecesarios (Ochoa, 2017, p. 21). De igual manera, como regla general, deberá evitarse la prescripción de estudios y tratamientos curativos y quirúrgicos que puedan calificarse como un exceso; siendo lo excesivo, innecesario (Torres, 2006).

Desde un punto de vista ético, un acto puede ser considerado como innecesario cuando (Torres, 2002) (citado por Arroyo, 2012, p. 356):

- Se demuestra que el acto no se fundamentó en las indicaciones médicas;
- Se efectúa una valoración incompleta de las condiciones clínicas del paciente;
- Se actúa con falsedad y malicia para inducir la aceptación de la intervención;
- Se induce a la aceptación de una tecnología moderna; o,
- Se engaña con ánimo de lucro.

En este contexto, los principios éticos que se quebrantan con una acción innecesaria son: el principio de beneficencia, que comporta su ejecución sin beneficio del paciente; el principio de no-maleficencia, que corresponde a “no causar daño”; el principio de justicia, relacionado con el dispendio inadecuado de recursos; el principio de autonomía, pues no pocas veces, se contraviene el consentimiento informado y la veracidad del tratamiento (Arroyo, 2012, p. 355); el principio de razonable seguridad, pues se expone al paciente a sufrir riesgos que no se compensan el beneficio esperado; y, por último, el principio de

sustentabilidad clínica, ya que, se ejecuta una intervención sin fundamento en condiciones clínicas y evidencias científicas que la justifiquen (Ochoa, 2017, p. 22).

Históricamente no han sido ajenas las intervenciones innecesarias. Sin embargo, si actualmente somos capaces de diagnosticar de forma eficaz y eficiente las patologías que aquejan a los pacientes ¿por qué se siguen realizando operaciones innecesarias?

Primero, se habla de un plan lucrativo (Guarner, 2001; Torres, 2006; Ochoa, 2017), pues el médico busca beneficio pecuniario a costa de, por ejemplo, solicitar exámenes diagnósticos innecesarios o inclusive, la propaganda de intervenciones modernas que podrían tener, incluso, más costo que beneficio.

Segundo, se atribuye la causa a los equipos modernos adquiridos por las instituciones, que requieren recuperación de inversión. En la práctica, pueden ser intervenciones innecesarias, siempre y cuando no correspondan a las condiciones patológicas del paciente (Guarner, 2001; Torres, 2006; Arroyo, 2008).

Tercero, la cirugía defensiva o medicina defensiva (Guarner, 2001; Torres, 2006, Ochoa, 2017), según la cual, los médicos prefieren realizar determinadas intervenciones evitando posibles complicaciones legales posteriores.

Se observa, en este sentido, la atención de parto por cesárea; así como la extirpación de ciertos órganos para prevenir trastornos (Ochoa, 2017, p. 22). Igualmente, la solicitud de exámenes innecesarios, para prevenir posibles responsabilidades jurídicas.

Cuarto, la falta de diagnósticos precisos (Ochoa, 2017), que obedece a la falta de conocimientos, error o incluso, a la inexperiencia del médico (Guarner, 2001).

Quinto, las cirugías mínimas aceptadas como mal menor. Y, por último, encontramos otros factores que se derivan de la exigencia de los pacientes, aquellos ejecutados por moda o costumbre (Torres, 2006).

Se podría realizar una lista extensa de tratamientos quirúrgicos innecesarios actualmente, siendo algunos de los más importantes: la circuncisión, como acto médico quirúrgico convencional social; las apendicetomías, como tratamientos diagnósticos o extractivos; las cesáreas, a solicitud del paciente; y, las amigdalectomías, como cirugías preventivas (Torres, 2006; Ochoa, 2017). Difiero, en este punto, de presentar porcentajes, pues la investigación no tiene por objeto establecer la cantidad o el aumento de los tratamientos médicos innecesarios en determinado espacio y lugar.

Ahora bien, a un sinnúmero de intervenciones médicas puede calificarse como innecesarias desde el punto de vista ético-médico, empero, ¿cuál debería ser el alcance del Derecho Penal? Es evidente que no toda acción innecesaria debería ser penalmente relevante o, al menos, eso esperaríamos.

En este orden de ideas, me referiré a la falta de diagnósticos precisos, como presupuesto de la agravante por acciones innecesarias, que dan lugar a la ejecución de un acto médico sin fundamento clínico que lo justifique, por ocurrir: carencia de conocimientos, error o inexperiencia del médico.

Cierta línea jurisprudencial entiende que, para determinar la responsabilidad por inadecuado diagnóstico, se debe observar lo siguiente:

Primero, la obligación del médico de realizar las pruebas diagnósticas necesarias (*lex artis)* y, una vez realizadas las comprobaciones, solo el diagnóstico que presente **un error de notoria gravedad o conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para una posible responsabilidad**, al igual que en el supuesto de que no se hubieran

practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles. Segundo, no se puede cuestionar un diagnóstico inicial por la evolución posterior, dada la dificultad que entraña acertar, pues el margen de error se encuentra siempre manifiesto (STS 15 de febrero de 2006; STS 19 de octubre de 2007; 10 de diciembre de 2010) (citado por STS, Sala de lo Civil, 33/2015, 2015, p. 4).

Desde este punto de vista, es innegable que un diagnóstico equivocado (de magnitud) es una infracción a la *lex artis*, y fundamenta la imprudencia (desvalor de acción). Ahora, si el diagnóstico impreciso, que no proviene de un error de notoria gravedad o de conclusiones absolutamente erróneas, no es imputable, no resulta sensato que todo diagnóstico errado que devenga en un tratamiento innecesario, sea considerado como agravante del tipo, pues a lo mucho, será un tratamiento innecesario a la luz de lo ético-médico.

De aceptarse (incorrectamente) lo manifestado, el médico que yerra en el diagnóstico (sin errores de gravedad) y, como resultado, indica una intervención quirúrgica innecesaria, dentro la cual, infringe la *lex artis* y el paciente muere (por consecuencia ajena al diagnóstico), cometería el delito de homicidio imprudente más una circunstancia agravante (por ahora).

En ese contexto, se tomaría en cuenta la infracción del deber de cuidado en la cirugía como fundamento del delito imprudente y, además, mediante la premisa de que todo inadecuado diagnóstico fundamenta una intervención innecesaria, cabría uno de los presupuestos de agravación. En todo caso, no parece prudente que, si a la luz del Derecho, el diagnóstico errado no siempre es jurídicamente relevante, pueda, en todos los casos, justificar la agravación de la pena.

En suma, el diagnóstico errado (de magnitud), siempre fundamenta el desvalor de acción (creación del riesgo) y, de provocar un resultado (desvalor de resultado) será subsumible en el tipo penal base.

El error diagnóstico jurídicamente irrelevante, no debe considerarse como criterio de agravación, aunque pueda considerarse innecesario de acuerdo a los criterios ético-médicos observados.

Una vez comprendido el diagnóstico jurídicamente relevante, se analiza el inadecuado diagnóstico como presupuesto del acto innecesario. Recordemos lo previsto en el subcapítulo 2.3.1.1. *ut* supra, respecto el deber externo de cuidado, según el cual, se exige al médico el cumplimiento del deber de actualización de conocimientos *so pena* de infringir su deber de cuidado y crear un riesgo no permitido por el Derecho.

Si la innecesariedad del tratamiento médico responde a la transgresión de la norma de cuidado [carencia de conocimientos (deber de actualización) para realizar un adecuado diagnóstico]; la violación de la norma de cuidado fundamentaría la infracción del deber de cuidado y, al mismo tiempo, uno de los requisitos de agravación de pena, confundiéndose los elementos esenciales con los accidentales, lo que produciría que, siempre que ocurra un error diagnóstico (como desvalor de acción), acaezca también, un acto innecesario.

Lo mismo sucede con el deber de recabar información del paciente, para un adecuado diagnóstico (deber de información) y el error médico penalmente relevante (infracción de normas de cuidado que buscan la evitación del resultado).

En tales circunstancias, la innecesariedad de la intervención sanitaria es consecuencia directa del diagnóstico errado, puesto que, si no ocurre el error diagnóstico, tampoco habrá tratamiento médico inadecuado que pueda considerarse innecesario. La

dependencia de la innecesariedad hace que la agravante no sea independiente de la misma trasgresión del deber de cuidado (desvalor de acción del tipo base).

Es como si el tipo penal de violación contemplara como una de sus agravantes, que la víctima sea menor de 14 años, considerando que uno de los elementos objetivos que configura el tipo base, es que la víctima sea menor de 14 años (COIP, 2014, art. 171).

Observemos, a continuación, un claro ejemplo de un diagnóstico errado que deviene en un acto innecesario.

Un médico se encuentra ante un miembro infectado, que no requiere (de acuerdo a la *lex artis)* mutilación, pero de todas formas, el miembro es amputado innecesariamente por inexperiencia del galeno (Romeo, 2010, p. 179).

En esas condiciones, se puede realizar el siguiente análisis: nos encontramos ante un diagnóstico errado por parte del médico, pues por inexperiencia amputó el miembro del paciente que, evidentemente, hace que la acción resulte innecesaria. No obstante, ocurre una infracción de la norma de cuidado (error diagnóstico y posterior amputación innecesaria) que deviene, irremediablemente, en un acto prescindible, provocando que se involucren los elementos esenciales y los accidentales.

De las consideraciones acotadas, ciertamente surge la siguiente pregunta: ¿por qué es un problema la concurrencia de los elementos esenciales y accidentales?

La Constitución (2008, art. 76, lit. i), en concordancia con nuestra norma penal (2014, art. 5, núm. 9), prevén el principio *non bis in ídem*, según el cual, nadie podrá ser juzgado y/o penado, más de una vez por los mismos hechos.

La perspectiva sustancial del principio *non bis in ídem*, plantea la problemática respecto a la posibilidad de sancionar dos veces el mismo elemento de una figura delictiva (Sotomayor y Toro, 2017; López Barja de Quiroga; 2014).

Para el efecto, es necesario, que se cumplan ciertos requisitos, en ausencia de los cuales, no cabe la aplicación del principio en mención (Sotomayor y Toro, 2017, pp. 126-128):

a. Identidad del sujeto, que requiere que la persona sea la misma.
b. Identidad de hecho, pues el hecho que da lugar a las sanciones debe ser el mismo.
c. Identidad de fundamento, que puede entenderse como identidad en el bien jurídico protegido o, a su vez, como la identidad en el desvalor (hechos que se entiendan desvalorados jurídicamente).

La violación de este principio se configura cuando en los elementos del tipo básico, se encuentran los mismo fundamentos fácticos o jurídicos de la circunstancia agravante. Situación dentro la cual, se debe desconocer dicha circunstancia agravante, en atención al principio *non bis in ídem* (Tamayo, 2012, p. 48).

En este aspecto, partamos de las siguientes premisas: el diagnóstico errado provoca la indicación inadecuada de un tratamiento médico; un tratamiento médico indebidamente indicado, es igual a un tratamiento innecesario (no corresponde a las condiciones patológicas del paciente); un diagnóstico errado (jurídicamente relevante), siempre será una infracción de la norma de cuidado.

La conclusión lógica que se adquiere es: todo diagnóstico errado, ocasiona un tratamiento innecesario y, a su vez, fundamenta el desvalor de acción del delito de homicidio imprudente profesional.

Dicho de otra forma, siempre que exista un diagnóstico errado, concurrirá también un tratamiento innecesario, y esto permitirá apreciarlos como elementos constitutivos de la transgresión de la norma de cuidado (tipo base).

Es evidente que no podríamos eliminar el tratamiento innecesario, sin tener que eliminar el diagnóstico erróneo, y eliminando el diagnóstico erróneo, eliminaríamos el tratamiento innecesario. Es en esta medida que se observa la coincidencia entre los elementos esenciales y un accidental, advertida con anterioridad.

Culminando este análisis, habrá siempre identidad del sujeto, pues el acto médico es individual e intransferible; habrá identidad de hecho, pues se origina en un mismo acto médico; y, habrá identidad de fundamento, pues las sanciones están orientadas a proteger el bien jurídico vida y son desvaloradas por el ordenamiento jurídico (antijurídicas).

Por último, de acuerdo a los argumentos planteados, es innegable que la agravante del tipo penal examinado, en este supuesto, se sanciona ya en el tipo penal base; en consecuencia, tratarla como agravante, infringiría el principio *non bis in ídem*, razón por lo cual, podrá sobrevenir en la fundamentación del tipo base, mas no en su agravación.

Para ratificar la apreciación realizada, Montealegre Lynett, en el marco del ordenamiento jurídico que analiza en su artículo, advierte que un tratamiento innecesario es aquel que no corresponde a la situación patológica del paciente o a los prescritos sin un examen general previo (deber de información). Respecto a dichas definiciones, se prevé una norma que prohíbe realizar tratamientos innecesarios (1987, p. 275), por lo tanto, se

entiende que, la ejecución de un tratamiento innecesario (bajo esas condiciones), provoca la infracción del deber de cuidado.

Sucede lo mismo para la imputación del delito base según nuestra norma penal, aunque, la innecesariedad (como fundamento, no agravante) deberá valorarse en base a los criterios generales de la *lex artis* (1.2.1.1. *ut supra*). Aquí algunos específicos:

1) Lo innecesario no significa que no haya beneficio sobre el paciente, por tan mínimo que sea;
2) Lo innecesario no comporta siempre un daño;
3) Lo innecesario para unos médicos, puede no serlo para otros;
4) Lo innecesario en determinado momento, pudo ser necesario en otro;
5) Lo innecesario de un tipo de cirugía, puede ser indispensable en otra; y,
6) Lo innecesario debe tener correspondencia con criterios culturales médicos (Torres, 2006, p. 175).

Continuando con el análisis, se considera ahora la falta de consentimiento como criterio para la determinación de un acto innecesario penalmente relevante.

En esta línea de interpretación, debemos retrotraernos a los principios que rigen a las acciones innecesarias, dentro de los cuales se hacía alusión a la autonomía, puesto que, en ocasiones, falta el consentimiento o la veracidad del mismo. Asimismo, se observó que un acto médico innecesario (éticamente) podía ser aquel que provenga de: falsedad y malicia para inducir a la aceptación del tratamiento; inducción a la aceptación de un tratamiento moderno; y, engaño con ánimo de lucro.

En este contexto, debemos acudir al consentimiento informado, según el cual, se suministra al paciente de forma suficiente, clara, completa y entendible, los riesgos y

beneficios que devienen de una intervención y, en base a dicha información, el paciente decide de forma pausada, reflexiva y **autónoma**, si se somete o no al tratamiento **recomendado** (Monsalve y Navarro, 2014, p. 146).

Se extraen dos elementos relevantes para el estudio subsiguiente: la autonomía y lo recomendado (indicado). La autonomía del paciente, prevista en nuestra Constitución (2008, art. 66, núm. 9 y 10), implica el derecho de toda persona a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su vida y salud.

Entonces, la primera conclusión que se alcanza es: ante un consentimiento válido, oportuno, eficaz y veraz, mediante el cual se exprese la voluntad consciente del paciente, no cabe hablar de innecesariedad en el acto médico penalmente relevante. Ahora, si éticamente se reprocha innecesario todo acto médico prescindible, a pesar de concurrir consentimiento válido, es un tema al margen de lo analizado.

Por otro lado, respecto a la recomendación por parte del médico. De ocurrir un error de diagnóstico anterior a la recomendación, cabe remitirnos a lo expuesto sobre el inadecuado diagnóstico como infracción del deber de cuidado. En sentido contrario, si la recomendación inadecuada sobreviene, a pesar de un diagnóstico razonablemente correcto (*lex artis*), y obedece a la falta de consentimiento por engaño o inducción, cabe preguntarnos si resulta penalmente relevante.

De acuerdo con el análisis realizado sobre las intervenciones innecesarias, se logra percibir que, en ciertos casos, influye en su realización la voluntad por parte del médico. No es una voluntad de lesionar el bien jurídico protegido (vida en nuestro caso), sino de beneficiarse (de distintas formas) de la intervención innecesaria, por ejemplo, obteniendo beneficios económicos, profesionales o institucionales. Es decir, el médico no busca

lesionar al paciente, sino sacar provecho de la intervención (atentando otros derechos, tales como la autonomía o el patrimonio).

Sobre este punto, en general, si el consentimiento se encuentra viciado, es decir, el médico ha engañado o inducido a error al paciente, con el ánimo de beneficiarse de una determinada intervención, que no corresponda a las condiciones y circunstancias patológicas del paciente, cabe referirnos a un acto innecesario como agravante del tipo.

Si se observa lo expuesto en el apartado sobre la ilegitimidad del acto médico, se podrá advertir que la innecesariedad, en este contexto, depende del requisito de "libertad" para determinar un consentimiento válido, hecho que nos lleva a una segunda precisión: la ilegitimidad y la innecesariedad podrán concurrir en este supuesto. No siempre concurrirán, pues el acto médico ilegítimo requiere una valoración de relevancia penal, a diferencia del acto innecesario, en el cual la falta de consentimiento opera en conjunto con otros requisitos, siendo suficiente su relevancia jurídica.

En este orden de ideas, podemos realizar las siguientes precisiones:

1. Si el consentimiento es inválido por engaño o inducción (beneficio); la intervención no es médicamente indicada, a pesar de concurrir un diagnóstico apropiado y el paciente muere, por infracción posterior de la *lex artis*, entonces nos encontramos frente a un homicidio imprudente profesional, un acto innecesario y, probablemente, un acto ilegítimo.
2. Si el consentimiento es inválido por engaño o inducción (beneficio); la intervención no es medicamente indicada, a pesar de concurrir un diagnóstico apropiado y el paciente muere, a pesar de realizar una adecuada intervención (de acuerdo a la *lex artis*), no cabría imputar el tipo base y, por exclusión, tampoco el acto innecesario.

> Algunos autores aceptan la imputación del homicidio imprudente considerando a la falta de consentimiento como creación del riesgo (Bernate, 2010); no obstante, en la medida en que fundamentaría el deber de cuidado (tipo base), correspondería aplicar el principio *non bis in ídem*.

La fórmula que se utilizaría para determinar un acto médico innecesario (en medicina curativa) como agravante del tipo sería: diagnóstico razonable de acuerdo a la *lex artis* (que entenderemos como apropiado) + consentimiento viciado por inducción o engaño + indicación de tratamiento curativo ajeno a las condiciones patológico-clínicas del paciente + beneficio propio o de tercero.

No está por demás reiterar que, en el caso de un tratamiento clínicamente adecuado (indicado), no cabe apreciar la innecesariedad del acto médico. Podría ocurrir que el médico, mediante engaño, persuada al paciente de realizarse la intervención médicamente indicada, mediante un método más peligroso (y costoso, por supuesto); sin embargo, este supuesto de ninguna forma sería innecesario, pues la intervención es clínicamente necesaria y la existencia de tratamientos menos lesivos, podrá fundamentar un acto ilegítimo (detalladamente, 3.1.1. *ut supra*).

La excepción que se advierte podría desarrollarse sobre la base de un diagnóstico errado (jurídicamente irrelevante, pues de otra forma, infringe el deber de cuidado), pero apreciado como adecuado por el médico y, posteriormente, se deberían cumplir los mismos requisitos de la fórmula.

Desde otro punto de vista, se considera adecuado el requisito del beneficio propio o de tercero, por cuanto, indicar una operación que ocasiona proximidad de lesión sin causa (patrimonial, profesional, etc.), podría rebasar la línea entre la culpa consciente y el dolo.

En este contexto, se podría pensar que el facultativo actúa con dolo eventual, porque parecería que acepta la realización del tipo, a pesar de no quererla; empero, se debe tomar en cuenta que, si bien se asume un ánimo de beneficio (que afecta a otros derechos), no acepta la realización del tipo, pues ha de utilizar todos los medios a su alcance, para controlar y/o mantener el peligro dentro de lo permitido, *so pena* de infringir la norma de cuidado. No tendría sentido aceptar el resultado, sacrificando los beneficios planteados *ex ante*.

Finalmente, sobre las intervenciones menores y, a su vez, las preventivas. Respecto a las primeras, cabe la misma distinción: de haber consentimiento válido, no cabe catalogar como penalmente relevante la innecesariedad. De inducir a error o engaño, para un beneficio particular (o de tercero), bajo la fórmula antes precisada, cabe referirnos a un acto innecesario, siempre que haya una infracción posterior que determine el tipo penal base.

En el caso de las cirugías preventivas sobre órganos sanos, un consentimiento válido que otorgue la información necesaria para decidir sobre los beneficios y riesgos que comporta al paciente la extirpación de un órgano, no es penalmente relevante. Al contrario, mediando un consentimiento invalido generado por el médico, en beneficio propio (o tercero), bajo la fórmula antes precisada, cabe catalogarlo como acto innecesario en el ámbito penal, siempre que haya una infracción posterior que determine el tipo penal base.

Respecto a este tipo de cirugías, Montealegre advierte que, no se considera tratamiento injustificado el que busca evitar riesgos futuros, pues el hecho de no ser inminentes, no significa que no correspondan a la situación patológica del paciente (1987, p. 275). A pesar de lo señalado, no pocas veces se indicarán cirugías preventivas mediando engaño o inducción, que en realidad no corresponderán a la situación patológica del paciente, y por ello, será necesario acudir a la fórmula expuesta en este apartado.

- **Medicina satisfactiva**

El desarrollo conceptual previamente observado, se efectuó en relación a la medicina curativa, por lo cual, en este apartado se realizan algunas precisiones sobre la medicina satisfactiva. En este punto, es necesario diferenciar la medicina satisfactiva de la curativa.

Si la intervención se fundamenta en motivos de salud, de sanación o de mejora, se estará ante la medicina curativa. En sentido contrario, si dicha intervención se funda en la esfera de la personalidad del sujeto, en el derecho a la libertad personal a decidir y, en consecuencia, la auto-disposición del cuerpo, sin fines de mejoría de la salud, se estará ante la medicina satisfactiva (Vicandi, 2017, p. 14).

De manera similar, el Tribunal Supremo español entiende que la medicina curativa-asistencial actúa sobre una determinada patología o enfermedad, y pretende reparar una situación *ex ante* ostentada por el paciente. De acuerdo al efecto pretendido, esta medicina actúa como regeneradora del estado habitual del enfermo. En contraste, la medicina voluntaria-satisfactiva se ejerce a petición del interesado, con una finalidad distinta a la curación, como la estética; de esta forma, busca constituir una situación que el peticionario no poseía con anterioridad. Respecto al efecto pretendido, es el resultado en sí mismo (STS, 29 de junio de 2007) (citada por Arbesú, 2016, pp. 80-84).

En la misma línea, el Tribunal Supremo español ha precisado que a la medicina satisfactiva se acude voluntariamente para lograr una trasformación satisfactoria en el cuerpo, entendiendo que no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino el deseo de conseguir un beneficio estético o funcional (Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, 7038/2000, 2000, p. 8). Coincidente con este criterio, Vicandi advierte que en la medicina

satisfactiva, no es la necesidad lo que mueve al paciente a acudir, sino su intención de mejorar algún aspecto de su vida (2017, p. 35).

A fin de cuentas, se podría decir que los elementos inherentes a la medicina satisfactiva-voluntaria son: 1. Voluntariedad; 2. Finalidad satisfactiva de un aspecto físico o de la vida del sujeto; e, 3. Innecesariedad. Por su parte, son elementos esenciales de la medicina curativa: 1. Necesidad y 2. Finalidad curativa.

Pues bien, en virtud de que el sujeto acude voluntariamente al médico con una expectativa modificatoria predefinida, no se realiza un diagnóstico de acuerdo a sus circunstancias patológicas; razón por la cual, no se advierte la posibilidad de catalogarla dentro de los actos innecesarios (como infracción de deber de cuidado).

Al mismo tiempo, no podrán ser innecesarios (como agravante del tipo), pues al no ocurrir un diagnóstico adecuado (ni errado), no se podrá indicar un tratamiento inadecuado que fundamente la innecesariedad del acto médico. De igual forma, toda vez que la medicina satisfactiva se caracteriza por no estar indicada de acuerdo a las condiciones del sujeto (en general) y, por lo tanto, el paciente no requiere, bajo ningún supuesto, la intervención satisfactiva, todas las intervenciones serían (en líneas generales) innecesarias.

No obstante, se advierte que no debería entenderse que la medicina satisfactiva (por su naturaleza prescindible) fundamenta el acto innecesario (como agravante), pues la medicina voluntaria se convertiría en antijurídica *ex ante*, y no se observa una norma que prohíba ejercer la profesión médica en dicha esfera; por el contrario, al constituirse como un ámbito de la medicina en general, le caracteriza la aplicación del riesgo permitido, ergo, su permisión social y jurídica.

No resulta lógico, por ejemplo, que los médicos se especialicen 4 años en cirugía plástica, para que el ordenamiento jurídico califique su ejercicio profesional lícito, como

penalmente relevante, por considerar que sus intervenciones no corresponden a las condiciones patológicas del paciente. En la misma medida, no se debe perder de vista su justificación en el derecho a la autonomía de la voluntad, que permite adoptar decisiones (a riesgo propio) en beneficio de las expectativas personales y sociales de los sujetos, permitiendo la auto-disposición de sus cuerpos.

Asimismo, considerar la innecesariedad de la medicina satisfactiva como uno de los fundamentos del delito agravado, supondría una manifiesta discrepancia del ordenamiento jurídico, entre lo que permite como libre desarrollo de la profesión y ejercicio permitido de la medicina y, paralelamente, lo que prohíbe, como intervenciones innecesarias en el ámbito médico.

Desde otro punto de vista, si partimos de la idea de que la finalidad de la medicina curativa es la reparación de una situación que el paciente ostentaba *ex ante*, es evidente la necesidad de observar las condiciones patológicas previas del paciente, que permitan la indicación de un tratamiento adecuado (necesario) que cumpla con dicha finalidad, pues de indicarse un tratamiento incorrecto, nos encontraríamos ante un procedimiento innecesario.

A la inversa, en vista de que la medicina satisfactiva no busca la regeneración del estado habitual, sino constituir una situación concreta que el sujeto no ostentaba anteriormente (aumento de glúteos, mamas, etc.), se vuelven irrelevantes las circunstancias patológicas previas del paciente, que son las condiciones que permiten establecer si determinada intervención es indicada o no (necesaria), siendo importantes únicamente las acciones posteriores que puedan satisfacer la finalidad modificatoria del sujeto y la intervención en sí mismo.

Una de las características de la medicina curativa es su necesidad, por cuanto el paciente requiere esencialmente determinado tratamiento para velar por su salud. Por el

contrario, la medicina satisfactiva se interpreta como innecesaria, en virtud de que el sujeto acude sin una patología previa que lo aqueje y, por lo tanto, no necesita la aplicación de métodos curativos. Según lo anterior, lo innecesario para la medicina en general, y específicamente la medicina curativa, no puede trasladar sus efectos a la medicina satisfactiva, puesto que cumplen finalidades diversas; por consiguiente, el tratamiento necesario (indicado), es decir, el que se encuentre de acuerdo a las condiciones clínicas del paciente (medicina curativa), será equivalente al tratamiento querido y solicitado por el sujeto (medicina satisfactiva), considerando que, subjetivamente, es necesario o adecuado respecto las expectativas individuales y/o socio-culturales del sujeto.

En pocas palabras, si consideramos la indicación correcta como necesaria, después de haber concurrido un diagnóstico razonable, que determine la pertinencia del tratamiento; debemos considerar adecuada (subjetivamente) la solicitud de una intervención, que se encuentra de acuerdo con las condiciones y circunstancias (expectativas) individuales y/o socio-culturales del sujeto, que se materializan en la esfera del derecho a la libertad de decisión (aquello que es razonablemente apropiado para el sujeto).

En consecuencia, siempre que el sujeto decide lo que es, subjetivamente, necesario para su cuerpo, y no hay criterios objetivos *ex ante*, que puedan determinar su innecesariedad, no se puede apreciar la concurrencia de un acto innecesario (como agravante).

En líneas generales, para esta investigación, se considera a la medicina voluntaria como innecesaria respecto a una finalidad curativa, pero necesaria respecto a una finalidad satisfactiva del paciente y, toda vez que el paciente decide subjetivamente lo razonablemente adecuado para su cuerpo, será siempre necesaria.

De todos modos, podrá ocurrir un vicio del consentimiento en cuanto a la forma de ejecución de la intervención, por ejemplo, la falta de información sobre los riesgos y beneficios; la ejecución por parte de otro médico; y/o, la realización mediante un método moderno, que atentarán contra el derecho del paciente a la autonomía de decisión sobre la ejecución del tratamiento que, en primer momento, consideró adecuado para sus expectativas (necesario). En consecuencia, podrá sobrevenir un acto ilegítimo, pero no un innecesario.

Finalmente, cabe reflexionar que éticamente las intervenciones realizadas por solicitud del paciente, por razones estéticas, culturales o a fines, son catalogadas como innecesarias de acuerdo al criterio general de que, aquello que no corresponde a las condiciones clínicas, es prescindible para el sujeto. Empero, como se ha manifestado, estas intervenciones son adecuadas de acuerdo a la finalidad de la medicina voluntaria y, específicamente, del paciente; al mismo tiempo, la medicina satisfactiva se encuentra permitida dentro del ordenamiento jurídico, ergo, no puede ser antijurídica en abstracto; y, por último, el criterio más relevante, será atender a la exclusión de la agravante por consentimiento válido del paciente y, en caso de que exista un vicio del mismo, podrá suceder un acto ilegítimo como agravante del tipo, pero en ningún caso un acto innecesario.

3.1.3. Lo peligroso

Por último, cabe referirnos a lo peligroso como agravante del tipo. En este sentido, se entiende por peligroso, lo que tiene riesgo o puede ocasionar daño (RAE, s/f, definición 1); y riesgo, por su parte, como una contingencia o proximidad de daño (RAE, s/f, definición 1).

Se ha insistido a lo largo de esta investigación sobre el riesgo permitido y su concordancia evidente con el desarrollo médico, que comporta por esencia, aleatoriedad y peligro manifiesto (véase detalladamente 1.2.4. y 2.3.1.1. *ut supra*).

En este sentido, Romeo Casabona manifiesta que, el concepto de tratamiento médico lleva consigo la idea de riesgo; aun los que puedan aparentar lo contrario (cirugías menores, extracción de molares, etc.), implican aleatoriedad (2010, p. 185).

De manera similar, Cadavid indica que las actuaciones médicas, en general, comportan procedimientos riesgosos, que pueden producir efectos adversos en la salud y vida del paciente (2013, p. 187).

La peligrosidad exige "riesgo de daño" o "proximidad de riesgo". Si toda intervención, por mínima que resulte, genera un riesgo, si bien permitido (todavía). ¿Cuándo se entendería que concurre el acto peligroso como agravante del tipo?

Para este fin, es necesario realizar ciertas precisiones. La Corte Suprema de Justicia colombiana ha concluido que en los delitos imprudentes (en general) se sancionan comportamientos peligrosos realizados por encima del riesgo permitido, determinados, en su medida, por la *lex artis* (Sala de Casación Penal, Radicación No. 46766, 2019, p. 18).

Paralelamente, Castro entiende que la imprudencia, se encuentra determinada por una conducta peligrosa, que se manifiesta en la infracción de la norma de cuidado (2001, p. 426).

En este orden de ideas, se puede interpretar la acción peligrosa de dos formas:

Primero, toda intervención médica comporta un riesgo inherente al desarrollo de la actividad sanitaria; así las cosas, todo médico, aunque no infrinja la norma de cuidado, ejecuta un acto médico que puede "ocasionar daño", ergo, es peligroso.

Segundo, toda imprudencia exige que el sujeto cree un riesgo no permitido, es decir, aumente la proximidad del daño al bien jurídico que, en principio, fue permitido (pese a que siempre hubo peligro).

Entonces, la acción peligrosa penalmente relevante no es aquella que, a pesar de presentar cierto grado de peligro, se encuentra dentro de lo permitido jurídico-socialmente. En sentido contrario, toda conducta por encima de lo permitido, además de crear un riesgo de proximidad de lesividad, tiene un componente ilícito, que configura una acción peligrosa penalmente relevante (que no siempre será imputable).

Ahora bien, si la acción peligrosa (penalmente relevante) es aquella que crea un riesgo no permitido para el bien jurídico y fundamenta la infracción del deber de cuidado (desvalor de acción), no podría, al mismo tiempo, determinar uno de los elementos accidentales, confundiéndose nuevamente, con los esenciales.

En esta medida, cabe la misma precisión respecto a la vulneración del principio *non bis in ídem*, pues el elemento previsto como agravante, fundamenta ya, la infracción del deber objetivo de cuidado, permitiendo valorar la peligrosidad, únicamente, en la imputación del tipo básico.

El médico que corta una arteria por error (infracción de la *lex artis*) y, como resultado, el paciente muere desangrado, será imputable por el delito imprudente básico, pues el facultativo ha realizado un improcedente manejo del riesgo inherente a la actividad médica, ha creado un riesgo al cortar la arteria y, en consecuencia, se ha realizado ese peligro en el resultado. ¿Se advierte una acción peligrosa? Indudablemente, cortar una arteria es una acción peligrosa, que aumenta la proximidad del daño real, que se materializó en la muerte del paciente.

En suma, la peligrosidad del acto médico fundamentará la infracción al cuidado debido y, en consecuencia, permitirá (de ser el caso) la imputación del tipo básico del homicidio imprudente profesional; mas, en ningún caso, podrá fundamentar la agravación de la pena, en coincidencia con la infracción de la norma de cuidado.

Evidentemente habrá acciones más peligrosas que otras. El médico que observa televisión mientras opera, seguro que su acción se encuentra mucho más próxima a ocasionar un daño sobre el paciente; que el facultativo que, por mínimo descuido, corta una porción del intestino, cuando se disponía a culminar la cirugía.

De cualquier forma, los dos médicos han cometido una infracción del deber de cuidado, y de acuerdo al criterio propuesto en 2.3.1.1 y 2.4.2.1, lit. e. *ut supra*, será el grado de previsibilidad del riesgo (y deber de advertibilidad) lo que fundamentará la gravedad de la imprudencia y, en consecuencia, la pena.

3.1.4. Consideraciones finales

Los párrafos precedentes únicamente responden a una concepción teórica de qué podríamos entender, bajo los presupuestos de nuestro ordenamiento jurídico, por innecesario, peligroso e ilegítimo. Se realiza esta apreciación puesto que, en otros ordenamientos jurídicos, lo innecesario resulta ser una infracción del deber de cuidado; lo peligroso, ni siquiera se presenta, porque todo lo no permitido es igual a riesgo de proximidad de lesión; y, lo ilegítimo, entendido como consentimiento, suele considerarse, para algunos autores, como creación de riesgo, por tanto, desvalor de acción (infracción del deber de cuidado) o, incluso, se pretende la imputación de la falta de consentimiento por medio de un delito autónomo.

Hecha la observación anterior, se han expuesto los criterios que deberían observarse para no abusar de la aplicación del Derecho Penal o, a su vez, vulnerar principios básicos

del debido proceso; comprendiendo que la norma se encuentra vigente y, de una u otra forma, los operadores de justicia aplicarán la norma cuando lo crean pertinente.

No obstante, el deseo de un desarrollo aplicativo a la realidad ecuatoriana, se ha perdido en razón de que, a falta de uno de los criterios que configuran la agravante, no cabe la imputación del delito agravado. Y, de acuerdo al desarrollo conceptual, el criterio de acto peligroso (como agravante), solo deberá ser aplicado respecto al tipo penal base, *so pena* de infringir el principio *non bis in ídem*, haciendo totalmente inaplicable el delito agravado, en todos los supuestos.

3.2. ¿Vulneración a la seguridad jurídica?

Culminando el análisis de las circunstancias agravantes del tipo, se analiza brevemente una posible vulneración de la seguridad jurídica.

Previo a referirme a la seguridad jurídica, es necesario abordar el principio de legalidad como límite al poder punitivo del Estado, mismo que se refleja en el postulado latino *nullu crime, nulla poena sine lege*, observado brevemente en su momento.

En concordancia con dicho principio, se imponen ciertos requisitos a la norma jurídica, clasificados en una triple exigencia: *lex praevia, lex scripta* y *lex stricta* (Mir, 2015).

La exigencia que interesa, para este análisis, es la de *lex stricta,* la cual se puede derivar en el mandato de *lex certa*, aunque, se suele hablar de mandato de determinación o principio de taxatividad. Según esta última exigencia (*lex certa*), se demanda al órgano legislativo, la exhaustividad en las descripciones de las prohibiciones y sanciones (Bacigalupo, 1999, p. 126).

En este sentido, Muñoz y García (2010), precisan que las conductas deberán establecerse de forma clara y concreta, sin acudir a términos excesivamente vagos, que puedan dejar en la indefensión a los ciudadanos.

Inzunza, por su parte, manifiesta que el mandato de determinación exige la obligación de que las leyes sean formuladas de modo preciso, claro, unívoco; hecho que permitirá a los ciudadanos discernir *ex ante* y de forma cierta, qué conductas se encuentran prohibidas y cuáles son sancionadas (2019, p. 111).

En este contexto, menciona Bacigalupo, la consideración exhaustiva (exigencia de determinación) podría interpretarse desde dos puntos de vista: si se trata de una enumeración expresa, o bastará, que estos sean implícitos. En todo caso, para esta segunda interpretación, la ley debería brindar los criterios que permitan deducir el elemento de la infracción (Bacigalupo, 1999, p. 126).

En conclusión, ulterior al análisis realizado, es evidente que el legislador no ha sido expreso, ni en su defecto, se observan normas que puedan determinar qué entender por innecesario, peligroso e ilegítimo, contraviniendo así, el principio de legalidad. En esta medida, el médico y, en general, los profesionales, no podrán prever cuál es la conducta prohibida por los criterios del tipo penal agravado.

El análisis previo del principio de legalidad, responde al hecho de que la vaguedad en las definiciones penales, disminuyen o eliminan la seguridad jurídica exigida por nuestra Constitución (CRE, 2008, Art. 82) (Muñoz y García, 2010, p. 105).

La seguridad jurídica, según nuestra Constitución, se refiere a la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes (CRE, 2008, art. 82).

Nuestra Corte Constitucional ha precisado que la seguridad jurídica "*garantiza la previsibilidad del derecho, en tanto permite que las personas conozcan cual será la normativa que se aplicará a un determinado caso concreto"* (CCE-EP-240-18-SEP-CC, 2018, p. 7).

De manera similar, ha manifestado que consiste en la expectativa razonable de las personas, respecto a las consecuencias derivadas de sus actos, en relación a la aplicación del Derecho. La certeza exige que las normas que compongan el ordenamiento jurídico, deben estar determinadas previamente, teniendo que ser claras y públicas. (CCE-EP-045-15-SEP-CC, 2015, p. 8).

Coincidente con estos razonamientos, Hernán Salgado afirma que, la seguridad y certeza provienen de las disposiciones dadas por las normas jurídicas. Así, los ciudadanos pueden calcular las consecuencias de sus acciones u omisiones, es decir, saben que esperar del ordenamiento jurídico, cuando libremente, deciden violar la norma. La seguridad, en este orden de ideas, surge de conocer aquello que las normas mandan, prohíben o permiten (2014, p. 18).

Según López Barja De Quiroga, es necesario que el ciudadano tenga confianza en el ordenamiento jurídico; y tal sentimiento, se obtendrá cuando el ciudadano pueda saber de antemano, cómo debe ordenar su conducta y qué se espera de los demás, donde se incluye, evidentemente, al Estado (2014, p. 160). Ahora, si el ordenamiento no le otorga al ciudadano una conducta determinada o, en su defecto, no es clara ¿Cómo podría adecuar su conducta correctamente a Derecho?

Es evidente, por lo tanto, que el mandato constitucional exige normas claras, que permitan a los ciudadanos prever las consecuencias de sus actos, conociendo aquello que

la norma penal prohíbe y, en consecuencia, tener la capacidad de ajustar su conducta de acuerdo al ordenamiento jurídico.

Si el galeno no puede prever (normativamente) qué acciones médicas serán catalogadas como innecesarias, peligrosas e ilegítimas, no podrá advertir las infracciones penales que podría cometer y tener la capacidad de actuar conforme Derecho. Al mismo tiempo, se otorgará a los tribunales penales la posibilidad de interpretar subjetivamente el contenido del delito agravado, sin fundamentos normativos ni sociales (incluso estos traerían posibles problemas), que permitan una adecuada valoración, provocando una calificación jurídica arbitraria.

Asimismo, se advierte que el problema radica en la indeterminación respecto a las profesiones en general, pues para cada profesión se debería establecer qué entender por innecesario, peligroso e ilegítimo. Por ejemplo, el acto médico innecesario puede considerarse como la indicación que no corresponde a la patología del paciente (más los requisitos observados); pero, para la ingeniería, arquitectura o las "demás profesiones indeterminadas en el tipo" ¿Qué acto es innecesario?

Con esto quiero señalar la dificultad de manejar criterios aplicables para cada profesión, porque a la final, ¿de qué profesiones cabe hablar en el tipo penal?, ¿bastaría, en caso de que hubiese tal determinación, un criterio general para todas las profesiones? Si se regula respecto a los médicos, por ejemplo, ¿qué pasa con los demás profesionales que no pueden prever las consecuencias de sus actos?

Finalmente, cabe mencionar que, en concordancia con el principio de legalidad, en el contexto del mandato de determinación o certeza y el derecho a la seguridad jurídica, el legislador no ha precisado de forma clara el contenido del homicidio imprudente

profesional agravado, contraviniendo el precepto constitucional y el principio de legalidad penal.

3.3. Análisis caso concreto: 17294-2017-00979

El análisis se realiza respecto a la sentencia condenatoria emitida por el Tribunal de Garantías Penales, con sede en la Parroquia Iñaquito, del Distrito Metropolitano de Quito y la sentencia condenatoria dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha.

1. Procesados:

   H.P.T.R., médico cirujano; W.C.H.B., médico especialista en cirugía plástica y reconstructiva; y, M.E.M.J, representante legal de la clínica San Gabriel (no se realiza análisis).

2. Hechos (Tribunal de Garantías Penales, 17294-2017-00979, 2019):

   El día 15 de julio de 2016, M.A.C.V. asiste a la clínica San Gabriel, predispuesta a realizarse una cirugía estética de microliposucción más aumento de glúteos y mamas.

   H.P.T.R. sería el médico cirujano que realizaría la intervención médica, pues gracias a su presunta experiencia y calidad médica, atrajo la mirada de M.A.C.V. No obstante, el médico que realizó la cirugía fue W.C.H.B.

   Las cirugías, por lo general, requieren de un anestesiólogo, cirujano principal, un ayudante de cirugía, un instrumentalista y un circulante, y esto variará dependiendo de la complejidad de la intervención. En la presente operación, solo se encontraba el médico cirujano, anestesista y un auxiliar.

   La intervención terminó sin ningún contratiempo, según testigos; sin embargo, después de 10 minutos (en el postoperatorio), la paciente presenta fibrilación ventricular y sufre procesos similares de altibajos de ritmo cardiaco, manejados

adecuadamente por dos anestesistas que se encontraban laborando en la clínica San Gabriel. Ante los repetidos episodios, se consideró apropiado llamar a un médico intensivista, pues se llegó a la conclusión que M.A.C.V. demandaba ser observada en una UCI (Unidad de Cuidados Intensivos).

La clínica San Gabriel no contaba con una UCI, por lo que se trasladó a M.A.C.V. a Nova clínica para los cuidados requeridos. Llegó a la clínica con un aumento considerable de glóbulos blancos (22.000-30.000 cuando lo normal es 5.000-10.000) que, según los testigos médicos, correspondía a una infección que derivó en un proceso inflamatorio, y que posiblemente, correspondía a una bacteria conocida como "come carne" o "flesh eating", sumamente agresiva.

Hubo un lapso de tiempo en que M.A.C.V. parecía haber mejorado considerablemente, pues fue extubada; empero, después de una hora, se tuvo que volver a intubarla. Durante aquella noche y madrugada del 16 de julio de 2016, M.A.C.V. sufrió constantes ataques cardiacos que resultaron en un fallo multiorgánico que produjo su muerte.

No se realizó autopsia a solicitud de su padre, a pesar de haber sido sugerido por la médico anestesista que actúo durante la operación. Meses después, se denuncia el suceso y se exhuma el cadáver de M.A.C.V., que ya se encontraba en estado de putrefacción, pero en la medida en que se encontraba formolizado, se logró resaltar ciertas características del cuerpo (en la autopsia); aunque la causa de muerte no pudo ser determinada, sino en suposiciones (se encontró un edema pulmonar, que pudo suceder por diferentes causas).

Según testimonios, el consentimiento fue firmado y completado meses después, hecho que se pudo comprobar en concordancia con una pericia que determinó que el documento fue realizado por distintas tintas esferográficas.

H.P.T.R. no tenía la especialidad en cirugía plástica, a pesar de promocionarse así en su página web.

Posteriormente, se determinó que la clínica San Gabriel no cumplía con los requisitos legales para una operación de esa especialidad. Sus "enfermeras" no tenían títulos inscritos en la SENESCYT y su instrumentalista realizaba la esterilización de los instrumentales a las 17h00 del día anterior. De igual manera, no contaban con una Unidad de Cuidados Intensivos (UCI), ni una ambulancia.

3. Hechos probados (Tribunal de Garantías Penales, 17294-2017-00979, 2019, p. 53):
    1) El médico que operó fue W.C.H.B., no H.P.T.R.
    2) El consentimiento informado fue completado posteriormente.
    3) La cirugía fue practicada únicamente en presencia del cirujano, la anestesióloga y una circulante que no era enfermera.
    4) La instrumentalista realizaba la asepsia de los instrumentos a las 17h00 del día anterior.
    5) La clínica San Gabriel no contaba con la autorización legal para ese tipo de operaciones; no tenía una UCI, ni tampoco una ambulancia.

Ahora bien, los criterios adoptados por el Tribunal Penal requieren ciertas precisiones y se realizan de acuerdo al desarrollo de la presente investigación.

Según el Tribunal Penal, en concordancia con los testimonios médicos, la posible causa de muerte se produjo por un shock séptico, originado por una bacteria, que devino en un fallo multiorgánico. A pesar de que la autopsia no determinó si la causa de muerte se

ocasionó por la falta de asepsia de los instrumentos, por una indebida desinfección del quirófano o en razón de que la bacteria se encontraba en la piel del paciente, el Tribunal consideró que, cualquiera de las razones se debió al incumplimiento del deber objetivo de cuidado (Tribunal de Garantías Penales, 17294-2017-00979, 2019).

Si la causa de la infección obedece a la falta de esterilización de los instrumentos, que le corresponde a la instrumentalista, ¿por qué debería responder el médico que se dispone a operar confiando en que los utensilios que utiliza se encuentran debidamente desinfectados?

Desde otro punto de vista, el Tribunal sostuvo que no es seguro que hubiera la asepsia necesaria, pues la instrumentalista realizó la respectiva desinfección a las 17h00 del día anterior (Tribunal de Garantías Penales, 17294-2017-00979, 2019, p. 53). Empero, dentro del proceso no se determinó cuánto es el tiempo que la asepsia puede ser efectiva desde que se la realiza (se mencionó en un testimonio, 20 días). El análisis de este indicio, podría responsabilizar a la instrumentalista por infracción del deber de cuidado bajo su competencia, debido a que, aun encontrándose en la operación quirúrgica (según lo demandado), los instrumentos ya habrían sido esterilizados horas antes.

Si la causa de la infección se debe a que, normalmente, en la piel se encuentra dicha bacteria y no se realizó la debida antisepsia[9], bien podría corresponder la responsabilidad a la persona que tenía en su competencia dicha acción. Ahora, si el médico advierte que no se realiza dicho proceso, evidentemente le corresponde, bajo sus deberes de vigilancia, corregir o cancelar la intervención.

---

9 *"Proceso de destrucción de los microorganismos patógenos de los tejidos vivos, para lo cual se requiere el uso de antisépticos"* (Marambio Correa, Berger y Rubio, 2015, p. 36).

La desinfección del quirófano le correspondía, indudablemente, a la clínica por medio de sus profesionales; el médico no puede preocuparse de que el quirófano se encuentre libre de bacterias, pues su competencia le obliga a observar la *lex artis*, antes, durante y después de la ejecución de la intervención quirúrgica.

De todos modos, esto se relativiza en vista de que, para el Tribunal, son causa del resultado todos los deberes infringidos por los sujetos, sin distinción; y, peor aún, sin considerar que el imperativo le exige observar que el resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción del deber de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas (COIP, 2014, art. 146, núm. 3).

A continuación, se realiza un análisis de los deberes transgredidos por los médicos procesados.

Se pueden advertir los siguientes deberes infringidos por H.P.T.R. (según el Tribunal): 1. Planificar una operación que requería de una especialidad de cirugía plástica; 2. Advertir que en la clínica San Gabriel no se contaba con unidad de cuidados intensivos y ambulancia y, de todas formas, planificar la operación; 3. Engaño a la paciente (Tribunal de Garantías Penales, 17294-2017-00979, 2019).

Respecto a la primera, en general, el facultativo tenía la prohibición de emprender una operación para la cual no se encontraba capacitado, la cual "cumplió"; pues quien operó a M.A.C.V. fue W.C.H.B. (desatendiéndonos por ahora de la falta de consentimiento). En esta medida ¿Se aumentó el riesgo de proximidad de realización del peligro, cuando el médico que operó a M.A.C.V., de hecho, era un médico especialista en cirugía plástica? La respuesta será: no.

De acuerdo al segundo deber, la causa de la muerte no se ha determinado en la inexistencia de una UCI y/o ambulancia en la clínica San Gabriel. De los testimonios de los

médicos se puede advertir la peligrosidad y agresividad que comporta la bacteria “flesh eating”, y en ningún testimonio médico se analiza el hecho de que la existencia de una UCI y/o ambulancia hubiera salvado o, por lo menos, aumentando considerablemente la posibilidad de vida del paciente.

Si la creación de riesgo fue considerar que la clínica San Gabriel no contaba con UCI y/o ambulancia, la causa de la muerte debió encontrarse ligada a la falta de UCI y/o ambulancia. Por el contrario, las causas de infección y posterior fallecimiento de la paciente, se encuentran vinculadas con la indebida asepsia (las únicas causas que concuerdan con los testimonios).

Por último, el engaño a la paciente se califica como una falta de consentimiento que afecta al ámbito de la libertad, pues M.A.C.V. se encontraba convencida de que H.P.T.R. operaría; sin embargo, el consentimiento válido no busca evitar la muerte del paciente, sino ratificar el derecho a la libertad de decisión del mismo, además que, el sentido del homicidio por mala práctica del médico radica en la ejecución del acto médico, no en su legitimidad o ilegitimidad.

Para W.C.H.B., las infracciones de deberes de cuidado se resumen en: 1. Exigir el personal completo; y, 2. Atender con anterioridad y programar la cirugía; 3. Dar las indicaciones previas a la realización de la cirugía (Tribunal de Garantías Penales, 17294-2017-00979, 2019).

Exigir el personal completo depende del tipo de cirugía y de su peligrosidad, según los testimonios médicos. En consecuencia, debió determinarse cuántos y qué profesionales se requerían para la ejecución de la intervención concreta y, posteriormente, establecer si la infracción de dicha norma tuvo relación con la infección.

Por otro lado, si se considera la causa de muerte por indebida asepsia de los instrumentos, debió analizarse si la presencia de la instrumentalista hubiera evitado probablemente el resultado. En este contexto, si la instrumentalista realizaba la esterilización a las 17h00 del día anterior a la operación, y acudía a la intervención quirúrgica, de cualquier forma, los instrumentos ya habrían sido esterilizados.

El hecho de que la enfermera no haya registrado su título en la SENESCYT, no tiene relación de causalidad con la exigencia de un equipo propio, pues estos profesionales trabajaban para la clínica San Gabriel, entidad que tenía el deber de observar la profesionalidad de sus empleados.

En definitiva, tendría sentido imputar como infracción de la norma de cuidado, el deber de atender con anterioridad y programar la cirugía, siempre que la causa de muerte se derive de una enfermedad no prevista con anterioridad o alguna condición derivada de dicha atención. Respecto las indicaciones previas, solo se observa posible relevancia penal, toda vez que, de las indicaciones mal ejecutadas por el paciente, por su desconocimiento, se puedan derivar resultados lesivos.

Por último, en atención a los párrafos precedentes, se concluye lo siguiente:

El Tribunal unificó todas las infracciones de deberes de cuidado para conseguir fundamentar la causalidad de la creación del riesgo y el resultado acaecido, que evidentemente es un yerro, pues las presuntas causas de la infección por la bacteria flesh eating, corresponden a deberes individualizados que, en más de una ocasión, no competen al médico en atención al principio de confianza.

El Tribunal ha olvidado que la responsabilidad del médico es individual e intransferible (LOS, 2016, art. 202); es decir que, para la imputación de los médicos, se debió realizar el análisis individual (cada galeno por separado) de la creación de riesgo y su

efectiva conexión con el resultado, y lo que se observa, es una fundamentación conjunta, ya que el resultado (muerte), para el Tribunal, se encuentra determinado por todas las infracciones de los deberes, sin distinción.

En este sentido, el Tribunal manifestó:

> [No se pudo determinar] si fue por una mala esterilización de los instrumentos, o de la piel de la víctima, o del quirófano de la clínica San Gabriel, que ocasionó la introducción de la bacteria estreptococo come carne en el torrente sanguíneo de la víctima; o fue la trombo en la circulación que encontró el médico legista; u otro motivo que no se pudo determinar a ciencia cierta, el causante del edema pulmonar; **pero para este Tribunal si se pudo establecer que cualquiera de estas razones, se debieron al incumplimiento del deber objetivo de cuidado de los procesados, a quienes les caracterizó un comportamiento imprudente, negligente y concurrente, porque son varias las situaciones que evidencian lo dicho, de quienes como profesionales obligados a velar por la salud de las personas que ponen en sus manos sus vidas, desatendieron toda la normativa referente a la salud de los pacientes, actuaron sin precaución, con exceso de confianza**, sin dar importancia a la necesidad de que se realicen los procedimientos en las casas de salud correspondientes para cada caso, con el personal suficiente, adecuado y capacitado. Incumpliendo así con el deber objetivo del cuidado con el que está obligado de actuar un profesional de la salud (Negrilla no corresponde al texto original). (Tribunal de Garantías Penales, 17294-2017-00979, 2019, p. 46)

Tampoco se advierte una fundamentación clara y precisa por parte del Tribunal, respecto los requisitos previstos en el art. 146 del COIP (2014), de acuerdo a la configuración del deber objetivo de cuidado.

En este sentido, no se observa relación de causalidad entre los deberes infringidos por H.P.T.R., pues no intervino en la operación, y la causa de muerte, supuestamente, corresponde a la contaminación dentro de la cirugía. Es decir, habrá creación de riesgo, pero no habrá imputación del resultado.

Asimismo, no se observa relación de causalidad entre los deberes infringidos por W.C.H.B., debido a que, si bien intervino en la cirugía mediando engaño, falta de programación de la cirugía, sin otorgar las indicaciones previas a la paciente y sin requerir un equipo médico completo, las causas que presuntamente corresponden a la muerte de la paciente, debidamente determinadas, responderían a la competencia de la instrumentalista

o, en su defecto, a la clínica y los profesionales encargados de la esterilización del quirófano, por la indebida asepsia. Nuevamente, habrá creación de riesgo, pero no imputación del resultado.

En caso de que se llegase a probar que la falta del equipo completo creó un riesgo desaprobado que se materializó en el resultado, cabe considerar la imputación del médico en atención al deber de requerir un equipo médico completo (de acuerdo a la intervención). Y, aun así, se debería analizar si la persona que faltó era esencial para evitar el resultado. Por ejemplo, que en ausencia de una enfermera/o, no se realizó una adecuada antisepsia del cuerpo[10], razón por la cual, la bacteria que se encontraba en la superficie de la piel, ingresó. Asimismo, cabe señalar que los argumentos de la sentencia se agotan en considerar la infracción del deber de requerir el equipo completo, como una de las causas de infección, sin determinar la relación de causalidad objetiva.

Desde otro punto de vista, el Tribunal ha olvidado acudir al principio de confianza, según el cual, a cada profesional de la salud que interviene en una operación, le corresponden competencias especiales y, en determinadas ocasiones, deberes de vigilancia. Se advierte, en esta medida, que las posibles causas de la infección de la bacteria "flesh eating", podían corresponder a la esfera de competencia de otro profesional de la salud ajeno al médico. De todas formas, ante una indebida antisepsia del médico, también se pudo provocar una infección, aunque este criterio no se tomó en cuenta para la sentencia.

De igual manera, toda vez que la autopsia no fue realizada de forma oportuna, la causa de la muerte de M.A.C.V. está determinada en base a supuestos. No obstante, se podría admitir como causa de muerte el fallo multiorgánico por la infección de la bacteria "flesh

[10] La antisepsia es necesaria en la preparación de la piel para procedimientos invasivos o preparación preoperatoria de la piel (Marambio Correa et al., 2015, p. 37).

eating" (en concordancia con los testimonios y la autopsia realizada). Pero, aun así, las causas que produjeron la contaminación son diversas e indeterminadas, situación que presenta demasiados problemas en la imputación, pues no se advierte a quién le correspondía esa competencia y, no por ello, se reprochará a todos los intervinientes.

En suma, las conclusiones realizadas llevan a considerar la atribución de responsabilidad a los profesionales de la salud encargados de la antisepsia del cuerpo de la paciente o la asepsia de los instrumentos o quirófano por principio de confianza, y que Fiscalía no actuó de forma prudente cuando tuvo la posibilidad de vincular a los demás profesionales de la salud, ensañándose en la imputación de los médicos que, si bien actuaron infringiendo normas de cuidado médico, dichas infracciones no son suficientes para determinar responsabilidad penal por homicidio imprudente profesional.

A. Corte Provincial de Justicia

Pues bien, una vez terminado el análisis de la sentencia del Tribunal de Garantías Penales, es menester observar los criterios de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, que subsumieron los hechos previamente relatados, en el tipo penal agravado previsto en el art. 146 del COIP.

La sentencia determinó lo ya advertido en el análisis precedente: "*la paciente se infectó porque no hubo cuidado adecuado con los instrumentos de operación o la clínica tenía un virus muy fuerte*" (Corte Provincial de Pichincha, Sala de lo Penal, 17294-2017-00979, 2019, p. 16).

A continuación, la Sala de lo Penal precisó que:

> Se ha demostrado y probado en la audiencia de juicio que no se cumplieron con los protocolos en cuanto al equipo de profesionales necesarios para la realización de la cirugía, que esto además de los médicos era responsabilidad de la Clínica, es decir, que ni siquiera contaban con un instrumentista, que las enfermeras o quienes fungían como tales no estaban capacitadas o no estaban calificadas para aquello, pues no contaban con el título de

> enfermería y **que todos estos hechos llevaron a una resultado ineludible que es causarle la muerte a la señorita [M.A.C.V.]** (Negrilla no corresponde al texto original). (Corte Provincial de Pichincha, Sala de lo Penal, 17294-2017-00979, 2019, p. 17)

Nuevamente confluyen todos los deberes para imputar la responsabilidad de los médicos, sin diferenciar los deberes infringidos por cada médico y su relación de causalidad respecto al resultado; además de prescindir de la aplicación del principio de confianza.

En lo que concierne a las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, se constata lo siguiente:

La acusación particular en su intervención manifestó: "*el te[a]m quirúrgico al no estar compuesto por cirujanos plásticos, producen acciones peligrosas"* (Corte Provincial de Pichincha, Sala de lo Penal, 17294-2017-00979, 2019, p. 17).

Primero, si lo peligroso responde al deber de integrar un equipo médico completo, que compete al facultativo que interviene quirúrgicamente (según la sentencia), ¿por qué debería responder por acciones peligrosas quien no infringió ese deber (H.P.T.R.)? En este contexto, se advierte la necesidad de imputación individual.

Segundo, el Tribunal Penal y la Sala de lo Penal consideran que esta infracción (equipo médico incompleto) determinó la transgresión del deber objetivo de cuidado, en consecuencia, de aceptarse, sancionaría el mismo hecho en dos ocasiones, vulnerando el principio *non bis in ídem.*

En última instancia, toda infracción de normas de cuidado genera una proximidad de peligro o riesgo para el bien jurídico, por lo tanto, todas las acciones por encima de lo permitido son peligrosas.

Al fin, en un párrafo, por lo demás corto, la Sala de lo Penal argumentó respecto a la innecesariedad, peligrosidad e ilegitimidad de los actos médicos.

Según la Sala de lo Penal, realizar una operación en una clínica que no tenía categoría suficiente para intervenciones de especialidad, es una acción peligrosa (Corte Provincial de Pichincha, Sala de lo Penal, 17294-2017-00979, 2019, p. 18). Sin embargo, la Sala de lo Penal involucra los elementos que sustentan (según su apreciación) la infracción del deber de cuidado, con uno de los elementos accidentales del tipo agravado, haciendo que el deber de operar en una clínica con categoría insuficiente, determine la infracción del deber objetivo de cuidado y, además, un elemento de la agravante, infringiendo el principio *non bis in ídem*.

De igual forma, se alude a lo expuesto en 3.1.3 *ut supra*, respecto al acto médico peligroso; según lo cual, toda infracción de deber de cuidado crea un riesgo desaprobado, que genera una proximidad de lesión del bien jurídico vida, es decir, un peligro. Por lo tanto, toda transgresión de una norma de cuidado será, en su medida, peligrosa y solo podrá fundamentar la imprudencia (tipo básico), pero no el tipo agravado, *so pena* de violar el principio *non bis in ídem*.

Ulteriormente, según la Sala de lo Penal, el hecho de que el H.P.T.R. haya ocultado que la intervención sería realizada por W.C.H.B., a pesar de que H.P.T.R. fue quien atendió y ofreció realizar la cirugía, configura una acción ilegítima (Corte Provincial de Pichincha, Sala de lo Penal, 17294-2017-00979, 2019, p. 18).

En este contexto, coincido en que la falta de consentimiento puede justificar un acto médico ilegítimo. Empero, acudiendo a los criterios delimitantes de la importancia jurídica del consentimiento, se debe atender a lo manifestado en 1.3.1 *ut supra*, pues el engaño recayó en la circunstancia del "cómo de la realización" y, para determinar la pertinencia del error, se acude a un juicio *ex ante* que establecerá el error relevante cuando se haya

incrementado objetivamente el riesgo entre acto consentido y el realizado (Gómez, 2002) (citado por Lombana, 2012).

Si la operación se realizó por un especialista en cirugía plástica (W.C.H.B), que se encontraba autorizado para realizar la intervención de especialidad (por su conocimiento), no se aumentó el riesgo entre el acto consentido y el realizado. En sentido contrario, la ejecución del acto médico por parte de H.P.T.R. (médico cirujano) hubiera supuesto un riesgo no permitido.

Si bien se atentó contra la autonomía de la paciente, de acuerdo con lo propuesto en esta investigación, no será penalmente relevante. Sin perjuicio de la responsabilidad civil o administrativa a la que hubiere lugar.

Por último, según señala la Sala de lo Penal, el haber realizado una cirugía estética determinada como planificada y no emergente, se configura como una acción innecesaria (Corte Provincial de Pichincha, Sala de lo Penal, 17294-2017-00979, 2019, p. 18).

En este sentido, es necesario reiterar que suponer la innecesariedad (en líneas generales) de la cirugía satisfactiva, la convertiría en antijurídica *ex ante*, a pesar de encontrarse permitida por el ordenamiento jurídico y asegurado por la ejecución lícita de la profesión médica y el libre desarrollo de la voluntad de las personas.

Asimismo, se precisa que las finalidades de la medicina curativa y satisfactiva son diferentes y, en consecuencia, la intervención querida y solicitada por M.A.C.V., fue adecuada conforme sus expectativas individuales y socio-culturales (detalladamente, 3.1.2 *ut supra*), a pesar de que hubo un vicio del consentimiento; toda vez que la falta de consentimiento fue respecto la ejecución de la intervención y no sobre el procedimiento en sí mismo (microliposucción más aumento de mamas y glúteos).

- **Procesada M.E.M.J.**

Respecto al representante de la clínica San Gabriel no se ha realizado análisis por ser ajeno a la presente investigación; no obstante, se pretende resaltar la deficiencia en el manejo de los criterios del delito agravado y, en consecuencia, la valoración discrecional y arbitraria por parte de los jueces.

Según la Sala de lo Penal, ocurre una acción innecesaria por el hecho de que la clínica no se encontraba autorizada para ejecutar ese tipo de operaciones (Corte Provincial de Pichincha, Sala de lo Penal, 17294-2017-00979, 2019, p. 18).

De acuerdo al desarrollo expuesto en 3.1.2. *ut supra*, las acciones innecesarias se caracterizan (en general) por la indicación de un tratamiento que no corresponda a las condiciones clínicas del paciente, más los criterios que las convierten en penalmente relevantes. En el caso concreto, el hecho de que la clínica no tenga la autorización requerida, no configura en ningún supuesto, una acción innecesaria. Este criterio es completamente absurdo, desprovisto de un análisis elemental de conceptos sociales y jurídicos.

El análisis del elemento peligroso no se realiza por innecesario (observe 3.1.3. *ut supra*). Por otro lado, sorprende la calificación de acto ilegitimo, debido a que, según la Sala de lo Penal, el desacato o contravención de la normativa vigente, configura un acto ilegítimo (Corte Provincial de Pichincha, Sala de lo Penal, 17294-2017-00979, 2019, p. 18). Sobre este punto, si toda transgresión de la normativa vigente configura un acto ilegítimo, entonces, toda infracción del deber de cuidado por transgresión de normas, reglamentos, resoluciones, etc., sustentaría al mismo tiempo, la ilegitimidad como agravante del tipo, debiéndose acudir a la aplicación del principio *non bis in ídem*.

De todas formas, se considera que el criterio de la ilegitimidad del acto médico, como agravante del tipo penal, corresponde a la falta de consentimiento del paciente (3.1.1. *ut supra*).

Finalizando el desarrollo de los presentes apartados, cabe apuntar que la Sala de lo Penal fue deficiente en su argumentación respecto el delito agravado, pues debió determinar, a falta de norma jurídica, qué entender por innecesario, peligroso e ilegitimo y, posteriormente, aplicar al caso concreto. En cambio, se observan criterios subjetivos y arbitrarios que, además, concurren con los hechos que motivan la infracción del deber objetivo de cuidado (tipo base), violando el principio *non bis in ídem*.

De igual forma, cabe manifestar que, considerando que el contenido de la agravante viola el derecho a la seguridad jurídica y el principio de legalidad penal, no sorprenden las calificaciones jurídicas arbitrarias realizadas por la Sala de lo Penal.

Conclusiones

1. La responsabilidad civil, administrativa o penal del facultativo se deriva de la ejecución de un acto médico que, contrariando las reglas de la *lex artis* ad hoc (caso concreto), genera un daño o perjuicio sobre un tercero; siempre que, entre el daño -acción u omisión- y el resultado exista una adecuada relación de causalidad.
2. La responsabilidad penal del médico se encuentra supeditada al principio de legalidad penal.
3. Se afirma la existencia de dos juicios de desvalor que sustentan el tipo imprudente: el desvalor de acción y el de resultado. La imputación del tipo depende de la creación o elevación de riesgo por encima de lo permitido, bajo el esquema de la infracción del deber objetivo de cuidado (análisis de la *lex artis*) y su efectiva realización en el

resultado. El desvalor de acción excluye al de resultado, y faltando el de resultado, es irrelevante el de acción (en delitos imprudentes).

4. No toda inobservancia de las reglas de la *lex artis* se debe considerar un riesgo desaprobado, ni toda infracción de la *lex artis* que supere el riesgo permitido es suficiente para imputar responsabilidad penal al médico, siendo necesaria su realización o materialización en el resultado lesivo.
5. De la redacción del tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional (COIP, 2014, art. 146) se observa que la forma de imputación es equivalente respecto del homicidio culposo tradicional (COIP, 2014, art. 145); es decir que, se debería atender a los mismos requisitos (previsión, infracción de normas de cuidado, realización en el resultado, evitabilidad, etc.). Razón por lo cual, se afirma que, el tipo autónomo examinado no aporta nuevos elementos de imputación, como sugiere su redacción.
6. La diferencia (entre el art. 145 y 146 del COIP) se centraliza en los elementos normativos: la calificación del sujeto activo, aunque el tipo culposo tradicional podría abarcar a los médicos (y profesionales en general); la pena de inhabilitación profesional, no obstante, inaplicable por su redacción; y su inferior quantum de pena privativa de libertad, si bien los delitos especiales impropios deberían agravar la pena privativa de libertad, no disminuirla.
7. La modalidad de comisión podrá ser activa u omisiva, sin preferirse innecesariamente la omisiva. La comisión activa se antepone a la omisiva.

8. El tipo penal de homicidio imprudente profesional es abierto, especial impropio, de resultado material y de mano propia.
9. El acto médico peligroso, como agravante del tipo, siempre fundamentará la infracción del deber objetivo de cuidado (tipo base) y, en aplicación del principio *non bis in ídem*, no podrá configurar, al mismo tiempo, la agravación del tipo. Al exigirse la concurrencia de los elementos accidentas, el tipo penal agravado es inaplicable en cualquier supuesto.
10. Sin perjuicio de lo previamente expuesto, el acto médico innecesario, en general, es aquel que no corresponde a las condiciones patológicas del paciente (con su análisis de relevancia penal específico) y, en su mayoría, fundamentará la infracción del deber de cuidado (tipo base), debiendo aplicarse el principio *non bis in ídem*. Solo excepcionalmente, podría ser agravante.
11. La autonomía del paciente (derecho a la libertad de decisión) no es penalmente relevante respecto el tipo de homicidio (derecho a la vida), hecho que podría sustentar su agravación como acto médico ilegítimo. Se considera, en principio, plenamente aplicable como agravante.
12. En esta investigación se desarrolló únicamente el contenido de los actos innecesarios, peligrosos e ilegítimos respecto el médico y, por consiguiente, no son aplicables a las demás profesiones.

13. Una real imputación del delito agravado, exige que sus elementos sean desarrollados por una norma jurídica y que, al mismo tiempo, no contraríen principios básicos del Derecho Penal y Constitucional.
14. Actualmente, el tipo penal agravado vulnera el principio de legalidad penal en su componente de *lex stricta* que, a su vez, da lugar a la vulneración de la seguridad jurídica.
15. Se observa en el Tribunal Penal y la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha un deficiente manejo de conceptos básicos respecto a la imputación de los delitos imprudentes, además de inobservar explícitamente la forma de imputación del deber objetivo de cuidado previsto en el mismo tipo penal.
16. Respecto la imputación del delito calificado por parte de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, se observan valoraciones subjetivas y arbitrarias, que no guardan correspondencia lógica con criterios sociales y normativos, afirmando así, la vulneración de la seguridad jurídica y el principio de legalidad penal.

Recomendaciones

1. Es necesaria una capacitación de los operadores de justicia respecto a la responsabilidad profesional y, específicamente, médica; así como de criterios de imputación imprudente.
2. Propongo la derogatoria del tipo penal previsto en el art. 146 del COIP. Y en su lugar, el tipo de homicidio culposo tradicional con la siguiente descripción (no se realiza una

modificación en la pena privativa de libertad por no corresponder a lo analizado en la presente investigación).

> Art. 145. – Homicidio culposo. – La persona que, por culpa mate a otra, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.
>
> En caso de infracción del deber objetivo de cuidado en el ejercicio de la profesión, arte u oficio, se impondrá, además, una pena de inhabilitación del ejercicio de la profesión, empleo u oficio de uno a tres años una vez cumplida la pena privativa de libertad.

De igual manera, se requiere una reforma del artículo 27 del COIP que prevea cómo debería determinarse la infracción del deber objetivo de cuidado. Siendo posible la siguiente redacción:

> Art. 27. - Actúa con culpa la persona 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 la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La infracción de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis*, entendiéndose éstas como normas de cuidado.
2. La mera infracción de las normas de cuidado no configura la infracción del deber objetivo de cuidado.
3. La mera producción del resultado no configura la infracción del deber objetivo de cuidado.

4. La infracción de la norma de cuidado deberá materializarse directamente en el resultado acaecido y no valdrán otras circunstancias independientes o conexas.
5. Deberán observarse los siguientes criterios: diligencia, el grado de formación profesional, la previsibilidad, la evitabilidad del hecho y las condiciones objetivas del caso concreto.

3. En la medida que una reforma o derogatoria depende, en gran medida de nuestro órgano legislativo (el 0,25 de iniciativa popular parece una barrera difícil de superar), se considera pertinente, desde nuestro espacio académico, proponer una acción de inconstitucional en contra del delito agravado de homicidio culposo por mala práctica profesional; siendo las infracciones: vulneración del principio de legalidad penal, en concordancia con el derecho a la seguridad jurídica y vulneración del principio *non bis in ídem*.

Referencias

Agón, J. (2017). *Consentimiento informado y responsabilidad médica*. Madrid, España: Wolters Kluwer, S.A.

Aguiar, R. (2001). Consentimiento legítimamente manifestado. En H. Rodríguez (ed.). *I Simpósio Iberoamericano,* IV Jornadas Uruguayas de Responsabilidad Médica (p. 41-50). Montevideo: B de F.

Albán, E. (2011). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Tomo I Parte General.* 13ra. Edición. Quito, Ecuador: Ediciones Legales, S.A.

Altavilla, E. (1987). La Culpa, El Delito Culposo, sus Repercusiones Civiles, su Análisis Sicológico. Cuarta Edición. Bogotá-Colombia: Editorial Temis.

Altmann, J. (1964). Derecho PUCP. *La responsabilidad penal del médico*, (23), (pp. 57-75) Recuperado de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6516

Araque, D. (2014). Revista Nuevo Foro Penal. *El consentimiento informado y su trascendencia en el Derecho Penal,* 10(82), (pp. 132-147). DOI: 10.17230/nfp.10.82.4

Arroyo, L. (2016). El delito imprudente. En E. Crespo y C. Rodríguez (eds.), *Curso de Derecho Penal Parte General* (pp. 654-677). Barcelona, España: Ediciones Experiencia, S.L.

Arroyo, F. (2008). Revista Chilena de Cirugía. *Reflexiones éticas en la práctica de la cirugía*, 60(4), (pp. 352-356). DOI: 10.4067/S0718-40262008000400017

Arbesú, V. (2016). *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética*. Madrid, España: Editorial Dykinson, S.L.

Barbosa, G. (2011). Teoría del delito. Tipo objetivo. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, (pp. 246-260) Recuperado de https://es.scribd.com/read/316929302/Lecciones-de-derecho-penal-Parte-general#

Bernate, F. (2010). *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica.* Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.

Bernate, F. (2008). Prolegómenos. Derechos y Valores. *Responsabilidad penal médica, trabajo en equipo y principio de confianza*¸ 21(21), (pp. 65-80). Recuperado de https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602104

Bacigalupo, E. (1999). Derecho Penal Parte General, 2da ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi SRL.

Blanco, L. (2014). Cuadernos de Derecho Transnacional, *Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿Tiene relevancia jurídica su distinción?*, volumen 6, (pp. 50-75). Recuperado de https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2257/1217

Cabanellas, G. (1993). Diccionario Jurídico Elemental. Recuperado de https://www.studocu.com/en/document/universidad-de-ciencias-empresariales-y-sociales/derecho-mercantil/other/diccionario-juridico-elemental-guillermo-cabanellas/4313164/view

Cadavid, A. (2013*). Imprudencia punible y actividad médico-quirúrgica*. (Tesis doctoral, Universidad de Salamanca). Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=44696

Calderón, L. (2019). *El delito culposo o imprudente en Derecho Penal y su regulación en el COIP*. España: Bosch Editor.

Castro, D. (2001). Mala Práxis vs, Iatrogenia. Em H. Rodríguez (ed.). *I Simpósio Iberoamericano,* IV Jornadas Uruguayas de Responsabilidad Médica, (pp. 421-435). Montevideo, Uruguay: B de F.

Contreras, L. (2019). Acta Bioethica. *El principio de confianza como criterio delimitador de la responsabilidad penal de los médicos*, 25(1), (pp. 35-43). DOI: 10.4067/S1726-569X2019000100035

Crespo, E. (2016). Tipicidad. En E. Crespo y C. Rodríguez (eds.), *Curso de Derecho Penal Parte General*, (pp. 429-469). Barcelona, España: Ediciones Experiencia, S.L.

Donna, E. (2012). *El Delito Imprudente.* Buenos Aires-Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.

Ferrante, M. (1998). Una introducción a la teoría de la imputación objetiva. *Estudios sobre la Teoría de la Imputación Objetiva* (pp. 13-36). Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc.

Fuenzalida, D., Valladares, P. y De Ferrari, F. (2012). *Tratado de cuantificación del daño, responsabilidad médica*. Santiago, Chile: Editorial Legalpublishing chile.

García, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal comentado*. Tomo I. Lima, Peru: Ara Editores

Gómez, M. (2008). *La responsabilidad penal del médico.* Valencia, España: Tirant Lo Blanch

Gómez, C y Urbano, J. (2011). Delitos contra la vida y la integridad personal. *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial* (pp. 1298-1704) Recuperado de https://es.scribd.com/read/295461472/Lecciones-de-derecho-penal-Parte-especial#

González, J. (2005). Del homicidio y sus formas. El homicidio. En M. Cobo del Rosal (ed.). *Derecho Penal Español Parte Especial* (2da ed., pp. 69-91). Madrid, España: Editorial Dykinson, S.L.

Guarner, V. (2001). Seminario "El Ejercicio Actual de la Medicina", Facultad de Medicina. Universidad Nacional Autónoma de México. *Un tema en la ética médica actual, las*

operaciones innecesarias en el ejercicio de la cirugía. Recuperado de http://www.facmed.unam.mx/eventos/seam2k1/2001/ponencia_sep_2k1.htm

Gutiérrez, M. (1992). *Responsabilidad de Médicos y Sanitarios.* Cádiz, España: Rústica Editorial.

Inzunza, E. (2009). *La exacta aplicación de la Ley Penal y el mandato de determinación*. Recuperado de http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11564

Jakobs, G. (1997). *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc.

Jescheck, H. y Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal Parte General.* 5ta. Edición. Granada, España: Editorial Comares, S.L.

Kindhäuser, U. (2008). Revista para el Análisis del Derecho. InDret. *El tipo subjetivo en la construcción del delito,* 8(4), (pp. 1-33). Recuperado de https://indret.com/el-tipo-subjetivo-en-la-construccion-del-delito/

Kindhäuser, U. (2011). Revista de Estudios de la Justicia. *Infracción de deber y autoría – Una crítica a la teoría del dominio del hecho,* (14), (pp. 41-52). DOI: 10.5354/0718-4735.2013.28552

Künsemüller, C. (1986). Revista chilena de Derecho. *Responsabilidad penal del acto médico,* 13(2), (pp. 259-269) Recuperado de https://dialnet-unirioja-es.sare.upf.edu/servlet/articulo?codigo=2649574

Lema, A. (2015). *Responsabilidad Sanitaria en Ecuador y sus Complicaciones Legales*. Recuperado de: https://www.uniandes.edu.ec/web/wp-content/uploads/2016/04/Responsabilidad-profesional-sanitaria-en-Ecuador-y-sus-complicaciones-.pdf

Lombana, J. (2010). *Derecho Penal y Responsabilidad Médica*. Rosário, Argentina: Biblioteca Jurídica Diké.

López, C. (2000). Revista de la Facultad de Derecho, *Obligaciones de medios y de resultados,* volumen 18, (pp. 97-132). Recuperado de https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/271/294

López, J. (2014). *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I*. 6ta. Edición. España: Editorial Aranzadi, S.A.

Luzón, D. (2016). *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. 3ra. Edición. Madrid, España: Editorial Tirant lo Blanch.

Luzón, J. (2009). *Compendio de Derecho Penal Parte Especial*. 16va. Edición. Madrid, España: Dykinson.

Marambio Correa, H., Berger, K. y Rubio, V. (2015). *Principales procedimientos básicos de enfermería*. Santiago, Chile: RIL Editores.

Marín, A. (2012). Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional, *Obligación de actividad versus obligación de resultado en la actividad médica curativa y/o asistencial,* (pp. 48-52). Recuperado de http://www.digitaliapublishing.com/visor/19253#

Mariñelarena, Jorge. (2011). Cirujano General, *Responsabilidad Profesional Médica*, volumen 33, (pp. 160-163). Recuperado de https://www.medigraphic.com/pdfs/cirgen/cg-2011/cgs112m.pdf

Mediuris, S.L. (2011). *Derecho para el profesional de la salud.* 2da. Edición. Madrid, España: Marcial Pons.

Mir, S. (2015). Derecho Penal Parte General. 10ma. Edición. Barcelona-España: Editorial Reppertor.

Momblanc, L. y Momblanc, Y. (2018). Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. *La Responsabilidad penal médica. Tratamiento teórico doctrinal,* 15(48), (pp. 649-675). Recuperado de https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/4962/5458

Montealegre, Eduardo. (1987). Revista chilena de Derecho. *La culpa en la actividad médica: imputación objetiva y deber de cuidado,* 14(2-3), (pp. 259-311). Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649607

Muñoz, F y García, M. (2010). *Derecho Penal Parte General*. 8va. Edición. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.

Muñoz, F. (1999). *Teoría General del Delito*. 2da. Edición. Bogotá, Colombia: Temis, S.A

Osterling, F y Castillo M. (2003). Foro Jurídico. *La responsabilidad de los profesionales,* 72452, (pp. 52-59). Recuperado de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18281/18526

Ochoa, J. (2017). Boletín CONAMED-OPS. *Las cirugías innecesarias en México,* (11), (pp. 20-23). Recuperado de http://www.conamed.gob.mx/gobmx/boletin/pdf/boletin11/cirugias_innecesarias.pdf

Piña, R. (2002). Revista de Derecho Penal. *El tipo subjetivo en el delito imprudente,* (1), (pp. 484-505) Recuperado de https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2506/24.pdf

Real Academia Española. (s/f). Riesgo. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 04 de agosto de 2020, de https://dle.rae.es/riesgo?m=form

Real Academia Española. (s/f). Peligroso. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 04 de agosto de 2020, de https://dle.rae.es/peligroso?m=form

Real Academia Española. (s/f). Necesario. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 04 de agosto de 2020, de https://dle.rae.es/necesario?m=form

Real Academia Española. (s/f). Justificar. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 04 de agosto de 2020, de https://dle.rae.es/justificar#MfEJteq

Real Academia Española. (s/f). Justificado. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 04 de agosto de 2020, de https://dle.rae.es/justificado

Real Academia Española. (s/f). Exceder. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 04 de agosto de 2020, de https://dle.rae.es/exceder?m=form

Real Academia Española. (s/f). Responsabilidad. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 04 de agosto de 2020, de https://dle.rae.es/responsabilidad?m=form

Real Academia Española. (s/f). Profesional. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 04 de agosto de 2020, de https://dle.rae.es/profesional?m=form

Real Academia Española. (s/f). Legitimar. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 04 de agosto de 2020, de https://dle.rae.es/legitimar?m=form

Real Academia Española. (s/f). Habilitar. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 04 de agosto de 2020, de https://del.rae.es/habilitar?m=form

Real Academia Española. (s/f). Lícito. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 04 de agosto de 2020, de https://dle.rae.es/l%C3%ADcito?m=form

Real Academia Española. (s/f). Prescindible. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 04 de agosto de 2020, de https://dle.rae.es/prescindible?m=form

Real Academia Española. (s/f). Adecuado. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 04 de agosto de 2020, de https://dle.rae.es/adecuado?m=form

Real Academia Española. (s/f). Apropiado. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 04 de agosto de 2020, de https://dle.rae.es/apropiado?m=form

Reverso Diccionario. (s/f). Innecesario. Recuperado en 04 de agosto de 2020, de https://synonyms.reverso.net/sinonimo/es/innecesario

Rodríguez, F. (2019). *Curso de Derecho Penal Parte General. Teoría del Delito.* Quito, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.

Rodríguez, F. (2018). *Curso de Derecho Penal Parte General. Introducción al Derecho Penal.* Quito, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.

Rodríguez, H. (2017). Anales De La Facultad De Medicina, Universidad De La República, Uruguay. *Consentimiento informado en la práctica clínica*, 4(2), (pp. 22-30). Recuperado de http://www.anfamed.edu.uy/index.php/rev/article/view/311

Romeo, C. (2011). *El Médico y el Derecho Penal*, Segunda Edición. Santa Fe, Colombia: Rubinzal-Culzoni.

Romeo, C. (2002). Problemas Prácticos del Consentimiento Informado. 5ta. Edición. *El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: aspectos jurídicos*, (pp. 63-135). Barcelona, España: Gráficas Gispert, S.A.

Román, Á. (2015). El Delito Imprudente en la Mala Práctica Profesional. *Serie Estudios Jurídicos*, (3), (pp.147-160). Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar

Romero, B. (2001). Anales de Derecho. *Imputación Objetiva en los Delitos Imprudentes*, 19, (pp. 259-278). Recuperado de https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/56651

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito.* Madrid, España: Editorial Civitas, S. A.

Salgado, H. (2014). *Introducción al Derecho. Un esbozo de Teoría General del Derecho*. 3era. Edición. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Sancinetti, M. (1998). Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva. *Estudios sobre la Teoría de la Imputación Objetiva* (pp. 37-73). Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc.

Sanz, Á., del Valle, M., Fernández, M. y Ferreira, R. (2016). Cuadernos de Bioética. *Teoría y práctica del consentimiento informado*, 27(89), (pp. 69-78). Recuperado de http://aebioetica.org/revistas/2016/27/89/69.pdf

Torres, F. (2006). Ética en la práctica quirúrgica. En O. Rivero y R. Paredes (eds.), *Ética en el Ejercicio de la Medicina* (pp. 171-184). Ciudad de México, México: Editorial Médica Panamericana S.A.

Torres, S. (2012). Revista CES Derecho. *El consentimiento informado en el ejercicio de la actividad médica,* 3(2), (pp. 154-168). DOI: 10.21615/cesder

Vélez, L. (Ed.). (1987). *Ética médica.* Medellín, Colombia: Corporación Investigaciones Biológicas.

Vicandi, A. (2017). *El error médico en la cirugía estética. La respuesta jurisprudencial del Derecho a la casuística en la Medicina voluntaria*. Madrid, España: Editorial Dykinson, S.L.

Welzel, H. (2004). *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires, Argentina: B de F Ltda.

WordReference. (s/f). Innecesario. En *Online Language Dictionary*. Recuperado en 04 de agosto de 2020, de https://www.wordreference.com/sinonimos/innecesario

Zaffaroni, E., Slokar, A. y Alagia, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. 2da. Edición. Buenos Aires, Argentina: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.

Zavala, J. (2015). La Imputación Objetiva en el Código Orgánico Integral Penal. *Serie Estudios Jurídicos,* (pp.52-62). Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.

Jurisprudencia

Ecuador

Corte Constitucional del Ecuador. (25 de febrero de 2015) 045-15-SEP-CC. [Mp. – Patricio Pazmiño Freire]. 1055-11-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. (4 de julio de 2018) 240-18-SEP-CC. [Mp. – Alfredo Ruíz Guzmán]. 1513-13-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. (27 de febrero de 2018) 001-18-SIN-CC. [Mp. – Alfredo Ruíz Guzmán]. 0011-14-IN.

España

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. (13 de diciembre de 1997) Sentencia 1108/97 [MP. - Xavier O'callaghan Muñoz]. STS 7632/1997.

Tribual Supremo, Sala de lo Contencioso. (03 de octubre del 2000) Sentencia 3905/2000 [MP. – Juan Antonio Xiol Ríos]. STS 7033/2000.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (10 de diciembre de 2001) 2392/2001. [Mp. – Carlos Granados Pérez]. STS 9623/2001.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (27 de marzo del 2002) 547/2002 [Mp. – José Antonio Martin Pallin]. STS 2243/2002.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. (24 de enero del 2007) Sentencia 17/2007 [MP. – Ignacio Sierra Gil de la Cuesta]. STS 356/2007.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. (20 de noviembre de 2009) Sentencia 778/2009. [MP. - José Antonio Seijas Quintana]. STS 6873/2009.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. (18 de febrero de 2015) Sentencia 33/2015 [Mp. – José Antonio Seijas Quintana] STS 434/2015.

Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso. (19 de mayo de 2015) No. De Recurso 4397/2010. [MP. - Jesús Cudero Blas]. STS 2494/2015.

Audiencia Provincial, Barcelona. (29 de febrero de 2016) Sentencia 67/2016. [MP. – Marta Font Marquina]. SAP B 1174/2016.

Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso. (17 de mayo de 2016) Sentencia 296/2013. [MP. – Rafael Villafañez Gallego]. STSJ M 6143/2016.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (11 de diciembre de 2017) 805/2017. [Mp. – Julián Artemio Sánchez Melgar]. STS 4867/2017.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (21 de febrero de 2019) Sentencia 751/2018. [Mp. - Ana María Ferrer García]. STS 654/2019.

Colombia

Corte Constitucional de Colombia. (12 de mayo de 1999). Sentencia SU-337/99 [Mp. – Alejandro Martínez Caballero].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (11 de abril de 2012) Radicación No. 33920. [Mp. – Augusto Ibáñez Guzmán].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (29 de junio de 2016) Radicación No. 41245 [Mp. – José Luis Barceló Camacho] SP8759-2016.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (28 de junio de 2017). Radicación No. 46438 [Mp. – Luis Guillermo Salazar Otero] SP9308-2017.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (10 de abril de 2019). Radicación No. 46766 [Mp. – José Francisco Acuña Vizcaya] SP1315-2019.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. (22 de noviembre de 2007). Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador [Mp. – Sergio García]. Serie C No. 171.

Normas jurídicas

Ecuador

Asamblea Constituyente. Constitución de la República del Ecuador. (Decreto Legislativo 0). (20 de octubre de 2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Última modificación 12 de marzo de 2020.

Asamblea Nacional del Ecuador. Código de la Niñez y Adolescencia. (Ley 100). (03 de enero de 2003). Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003. Última modificación 29 de julio de 2019.

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Civil. (Codificación 10). (24 de junio de 2005). Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Última modificación 08 de julio de 2019.

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de Salud. (Ley 67). (22 de diciembre de 2006). Registro Oficial Suplemento 423 de 22 de diciembre de 2006. Última modificación 23 de octubre de 2018.

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células. (Ley 0). (04 de marzo de 2011). Registro Oficial 398 de 04 de marzo de 2011. Última modificación 07 de julio de 2017.

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. (Ley 0). (10 de febrero de 2014). Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014. Última modificación 24 de diciembre de 2019.

Ministerio de Salud Pública. Código de Ética Médica. (Acuerdo Ministerial 4660). (17 de agosto de 1992). Registro Oficial 5 de 17 de agosto de 1992.

Legislación extranjera

Congreso de la Nación Argentina. Código Penal de la Nación Argentina. (Ley 11179). (1984).

Congreso de Colombia. Código Penal. (Ley 599). (24 de julio del 2000). Diario Oficial No. 44097 de 24 de julio del 2000. Última modificación 23 de junio de 2020.

Las Cortes Generales. Código Penal. (Ley 10/1995). (23 de noviembre de 1995). Boletín Oficial del Estado 281 de 24 de noviembre de 1995). Última modificación 2 de marzo de 2019.

Organización Médica Colegial de España. Código de Deontología Médica. (mayo de 2017). Depósito Legal C387-2015.