

INTRODUCCIÓN

No existe un sistema jurídico perfecto, y, es inexcusable que en todo ordenamiento en el que, las normas que forman parte de él, no legislan en algún momento, determinadas situaciones en las que se desarrolla la convivencia social y con una visión mucho más allá de las teorías del derecho y, sin ningún tinte de extremo positivismo y peor aún de imperialismo de la ley, nos permitimos afirmar que es necesario que la dialéctica social y la dialéctica científica estén de la mano, o al menos se propenda a su reconocimiento a través de la norma jurídica.

En el caso de la praxis médica, no existe normativa alguna que se dirija a brindar protección en el campo penal a aquellos bienes jurídicos que se ven vulnerados por los profesionales de la salud, por lo que debe plantearse el problema de ¿Cómo la mala praxis médica, siendo una conducta lesiva no se encuentra contenida en un tipo penal?

Bajo esta línea, el objetivo principal del presente trabajo, es contribuir a la constante búsqueda del desarrollo de la ciencia jurídica, adecuando su instrumento de aplicación –la Ley – a las distintas realidades y necesidades sociales, concretamente al desarrollo de la medicina y su importante contribución en la salud y vida de los pacientes. Sosteniéndose que debido a la naturaleza del derecho penal debe crearse un tipo penal que

sancione todas aquellas posibles acciones u omisiones en las que incurren los profesionales de la salud, mediante las cuales se lesionan bienes jurídicos protegidos del paciente o se los coloca en una situación de peligro que no debían soportar.

Por lo que, se debe considerar qué pasa, cuándo, a quienes, encomendamos el cuidado de bienes jurídicos tan preciados para el ser humano, como la vida y la integridad personal, no cumplen el rol al que están llamados, lo hacen en forma imprudente, o simplemente no lo hacen.

Estas situaciones plantean una serie de variables que son analizadas con detenimiento en el presente trabajo, no sin reconocer la importancia del papel que desempeñan los profesionales de la medicina junto a la preponderancia y significancia de su actividad.

Debido a la importancia del rol que ejercen los médicos y demás profesionales de la salud, se desprende la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico ecuatoriano, los elementos que aquí se desarrollan, produciendo un necesario debate alrededor de la mala praxis médica y la necesidad de establecer las sanciones pertinentes en caso de que ésta se produzca; siempre conscientes de la valiosa contribución que realizan y lejos de causar ningún tipo de provocación en el gremio de médicos, enfermeros y demás agentes de la salud.

Para ello, exploraremos en el campo de nuestro Código Penal y transitaremos en una delicada y fina línea entre el deber de cuidado, el encargo, la confianza para encomendar el cuidado de bienes jurídicos permitidos mediante aceptación del riesgo que realiza un paciente, y, el noble propósito de “curar y cuidar de los enfermos”, con todos los medios e instrumentos que estén a su alcance, por parte de los galenos, como su fin último, como consagra su juramento hipocrático.

No puede ser desconocido el gran avance de la ciencia médica, la misma que apoyada en grandes investigadores, valiosos científicos e innovaciones tecnológicas, es hoy un instrumento invaluable para propender a la salud de las personas. Los métodos que en la actualidad se usan, han sido el resultado evolutivo de un proceso constante de mejoramiento; ciertas prácticas médicas antiguas o las condiciones en las que se

desenvolvían, hoy en día serían consideradas como deliberadas negligencias en el arte de esta valiosa profesión.

Sin embargo y a pesar del avance médico, existen conductas o prácticas que no han sido consideradas por nuestros legisladores que, necesariamente deben ser consideradas desde la óptica de la ley penal, las mismas que están relacionadas con la imprudencia en el empleo de estos grandes avances y técnicas científicas, o simplemente relacionadas con la ignorancia o desconocimiento de las mismas. Es imprescindible una completa conjugación entre la ciencia médica y la situación particular de cada paciente, para que la ley les brinde la debida protección.

La discusión del presente trabajo, se limita únicamente a las cuestiones de orden jurídico penal y por ende, no entrarán en la misma, por no ser materia del análisis, aquellas de tipo civil, moral, social, ni ético.

Por ello, en el Capítulo I, referente al entorno legal de la mala praxis médica; exploraremos las connotaciones de este tipo de prácticas en el campo penal, ya que es aquí donde el Código Penal ecuatoriano debe tender a guardar esa armonía que todos los diferentes tratadistas penales promulgan y tipificar aquellas conductas, por acción u omisión, de los profesionales de la salud, que en forma imprudente vulneran los procedimientos y deberes establecidos, provocando resultados como la muerte o lesiones, en los pacientes que les han encomendado toda su confianza.

En consecuencia, es necesario que exista un tipo penal que sancione este tipo de actos, y no se limite los mismos a “indemnizaciones” de carácter económico, ya que al igual que lo hacen otros países; tales actos configuran una especie de homicidio culposo, eso si, siempre en contexto dentro de los presupuestos propios de responsabilidad que conlleva el arte de la medicina y por supuesto, diferenciándolo del homicidio inintencional, de manera que se adecúe un tipo penal independiente. Para lo cual, siguiendo esta línea, deben distinguirse los conceptos de dolo y culpa y así establecer que tipo de delito es el de la mala praxis médica.

En este sentido, estudiaremos desde el punto de vista jurídico, la posición de garante que comporta ser médico y sus implicaciones en el campo penal, con la culpa –

negligencia- como fuente productora de responsabilidades; precisamente porque los profesionales de la salud son los llamados a observar la mayor de las diligencias y esmero en el desempeño de sus funciones, durante todo el proceso de atención, diagnóstico, intervención, cuidado y tratamiento de un paciente, dentro del marco de lo que se conoce como *lex artis* o conjunto de disposiciones de orden médico.

Para ello, a lo largo del Capítulo I, se analiza la naturaleza del Derecho Penal y su relación causa y efecto, la presencia de la conciencia y voluntad del actor y la antijuridicidad de la conducta, de suerte que aquello nos permita determinar cómo tipificar este tipo de actos y sobre todo, cómo encuadrar los mismos, sin omitir nada, pero especialmente, sin obstaculizar el desarrollo de la ciencia y de la medicina.

De igual manera, analizaremos las teorías de la imputación objetiva (la conexión del sujeto y el querer) y subjetiva (el contenido de ese querer), para derivar en una discusión acerca de la responsabilidad del médico y su obligación de medio o de actividad.

El deber objetivo de cuidado al que están llamados a seguir los profesionales de la medicina, al encomendárseles bienes jurídicos como la vida y la integridad personal, tiene estrecha relación con lo anotado y el carácter culposo está directamente ligado con la responsabilidad de la que están investidos los “hombres de blanco”.

En tal virtud planteamos la tipicidad de la mala práctica médica, no solo con un efecto sancionador, bajo el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, sino sobre todo “preventivo”, fundamentalmente de los bienes jurídicos de la vida y la integridad física, sin perder de vista, los efectos que se producen con alteraciones del estado del paciente, conocida también como iatrogenia.

Ahora bien, para entender la configuración de la mala práctica médica en el campo penal, es necesario enfocarla desde la óptica del injusto imprudente, como se lo menciona a partir del Capítulo II, mala praxis médica desde la perspectiva del delito imprudente.

Considerando que la violación del deber de cuidado, es la fuente productora de la culpa/ imprudencia y en el caso que nos ocupa de responsabilidades por mala praxis médica, en los que, en su gran mayoría existe un injusto imprudente, en el sentido que, el agente está en posición de controlar su acto y al no hacerlo, produce determinados efectos

que deben ser mirado por la ley penal, siendo vital la configuración de la tipicidad de esta conducta, adecuando no solo su verbo rector, sino todos los elementos necesarios desde la imputación objetiva o la conducta per se, hasta la imputación subjetiva respecto la participación del actor, para derivar en lo que se conoce como imputación extraordinaria, dadas las características propias que conciernen a las prácticas de este tipo, relacionadas con el grado de responsabilidad del agente por su posición de garante, previsibilidad y evitabilidad del resultado, junto, al grado de exposición al que se somete el paciente.

Hasta dónde es o debe ser previsible una determinada conducta en la práctica médica y cómo mirar los efectos que ello ocasiona? ¿Estamos frente a una culpa consciente o inconsciente? ¿Es necesaria su diferenciación? O ¿el hecho de consentir el riesgo por parte del paciente es causal de justificación o exclusión de responsabilidad?, son parte de las interrogantes que nos planteamos en el Capítulo II, del presente trabajo.

La previsibilidad de las consecuencias del acto a ejecutar, en tanto en cuanto, no se observe el debido cuidado, es fundamental a la hora de referirnos a la “culpa /imprudencia por asunción”¹. Tratándose de la medicina, los factores o situaciones de riesgo deben ser cuanto más tomados en forma preventiva y diligentemente. El descuido o imprudencia en el obrar debe ser mirado también por la ley penal, tanto más en el caso de los procedimientos médicos por la relevancia de su aplicación; es por ello que, inclusive se habla de la necesidad de un “doble medida de cuidado”². Es la vulneración, por acción u omisión, de este deber de cuidado, entendido como una obligación de hacer, y la falta de causas de justificación, los elementos que configuran la responsabilidad penal de la mala práctica médica.

Es por ello que, se hace imperiosa la necesidad de tipificar la mala práctica, y por un lado, fomentar los cuidados respectivos y prevenir las consecuencias de sus actos.

De igual manera se analiza hasta dónde la imprudencia en el actuar es causal de responsabilidad para los profesionales de la salud. Por lo que desarrollamos la necesidad

¹ Cfr., M. CORDOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, Barcelona, PPU, 1989, p., 157, citado por A. CADAVID QUINTERO, *Introducción a la Teoría del Delito*, DIKE, Medellín, 1998, p. 175

² Cfr., M. CORDOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, BdeF, Buenos Aires, 2008, p. 23

de que el resultado sea evitable y lo relacionamos con el error evitable, en el sentido que el profesional de la medicina no debe incurrir en el mismo, tanto más que por la naturaleza de sus funciones, están llamados a conocer o preveer los resultados de daño o peligro.

Lo indicado nos lleva a referirnos al papel de la previsibilidad en la imprudencia, ya que en el caso de los galenos y la importancia del papel que desempeñan en la sociedad, éstos siempre tienen la obligación y responsabilidad de preveer las consecuencias de sus acciones.

Resulta por tanto que, este injusto imprudente es la violación del deber objetivo de cuidado, relacionada al comportamiento del sujeto y a la posición y conocimientos de los que está investido, poniendo más énfasis en la necesidad de adecuar y determinar el tipo penal específico para esta clase de conductas.

Es este deber objetivo de cuidado el punto cardinal alrededor del cual giran todos los elementos que se desarrollan en el presente trabajo, puesto que, el ilícito viene a estar estrechamente relacionado con la falta a las normas o reglas que rigen su actividad y que en el caso de los médicos, están revestidas de una significancia mayor, dado que la misma se desarrolla sobre el cuidado y atención de pacientes que han encomendado a sus manos, su salud o su vida; ya que a pesar de ser una actividad de medios y no de resultados, los profesionales de la salud están llamados a poner y observar el máximo de los cuidados y la mayor de las diligencias en su obrar.

Pero no solamente debe asistir a la configuración del tipo penal, la violación objetiva del cuidado, sino que el posible resultado del mismo pueda ser conocido o prevenido por el agente, es decir, el injusto imprudente subjetivo, el mismo que también se desarrolla en el Capítulo II y que está relacionado con la posición del médico y su experiencia y conocimientos técnicos y científicos de los que se halla investido.

Finalmente, en este capítulo profundizamos el riesgo que consienten los pacientes al encomendarse a las manos de los profesionales de la salud, el cual no solo que no debe significar bajo ningún concepto que los daños que le sean producidos estén exentos de responsabilidad, sino por el contrario, exigen y demandan mayor cuidado por parte de los médicos, por la posición de garantes que asumen.

Dada la naturaleza de este tipo de actividades de riesgo, la aceptación del paciente de someterse al mismo, debe estar perfectamente delimitado, a través del pleno conocimiento del consentimiento otorgado por parte del paciente, de suerte que no se preste a “abusos” por parte de este último y la adecuada delimitación de la conducta.

Siguiendo la línea de lo que hemos venido refiriendo, en el sentido que, el obrar del agente puede ser no solamente por acción sino por omisión, es decir, no hacer algo a lo que se está llamado u obligado a hacerlo o no evitar que se de determinado resultado, en consecuencia dadas las características de la actividad que ejercitan los profesionales de la salud y su investidura de garantes de una gestión a ellos encomendada, las figuras jurídicas de la omisión y la posición de garantes de los médicos, revisten especial importancia y son desarrolladas en el Capítulo III, que mira a la mala praxis médica como un delito de omisión.

Adquiere especial importancia en este punto, no solamente el hecho de la inacción frente a un mandato o imperativo legal o normativo, sino la situación o condición en la que se encuentra dicho agente, que en el caso de los médicos, son los primeros llamados a brindar auxilio a sus víctimas y emplear las mejores técnicas y los procedimientos más expeditos en el tratamiento de sus pacientes. Dentro de ello, es imperiosa la necesidad de distinguir, una vez trasladados al campo penal, aquellos casos de omisión simple o propia en donde el no hacer se encuentra previsto en la misma ley y aquellos casos de omisión impropia o comisión por omisión, los que se relacionan con el evitar un resultado en un marco de acciones positivas y teniendo como principal fuente a la posición de garante en la que se encuentra el sujeto activo, en este caso los profesionales de la salud.

Ambos casos pueden encuadrarse a las situaciones culposas de mala práctica médica, tanto por no prestar el auxilio al que están llamados los profesionales de la salud, como por no evitar un resultado lesivo y previsible, en el empleo de las técnicas de las ciencias médicas.

Por lo que a lo largo del Capítulo III, se explican, las distintas teorías respecto de los delitos por omisión, sus clases, las distinciones entre comisión (prohibición) y omisión (mandato), las explicaciones desde el punto de vista causal, o desde la estructura del delito

mismo, o desde la óptica o entendimiento de la norma, todo ello sin perder como referencia la premisa fundamental en la que se soporta el criterio de la omisión en la mala praxis médica y que tiene que ver con el deber especial de obrar de los profesionales de la salud y la previsibilidad a la que están llamados a aplicar, dada su posición de garante y la responsabilidad que ello comporta.

En los casos de delitos de omisión, aunque tienen puntos de convergencia con el injusto imprudente, deben ser diferenciados de la imprudencia propiamente dicha, ya que en la incursión de responsabilidades por omisión, no hacer, el agente tiene todo el control de la circunstancia o situación y omite realizar determinado acto, mientras que en la imprudencia, el agente simplemente no considera las más elementales normas de debido cuidado.³

Ahora bien, en este contexto de la mala práctica médica, se pueden presentar además de los delitos de resultado o de lesión, aquellos conocidos como delitos de peligro, y es por ello que, a lo largo del Capítulo IV, se toma en consideración a la mala praxis médica por sus efectos. Por lo que desarrollamos no solamente aquellas conductas que derivan en un daño evidente, al producir un detrimento del bien jurídicamente protegido por la ley, como son la vida e integridad personal, sino también aquellas conductas que ponen en peligro a estos bienes jurídicos.

En consecuencia, se analiza a la mala praxis médica tanto en los casos de delitos de daño, como desde la perspectiva de los delitos de peligro, ya que el paciente puede estar expuesto a una situación inminente de riesgo, que si bien, no llega a concretarse el daño propiamente dicho, el peligro o situación de riesgo a la que ha sido expuesta el paciente tiene relación directa con la actuación del profesional de la salud quien en este caso supera el límite de riesgo permitido, conforme los parámetros establecidos por la misma ciencia médica.

Lo anterior tiene estrecha relación dentro del ámbito de la imprudencia en la que se pueden desarrollar las conductas de mala práctica médica y entonces, los delitos de peligro son referidos en el presente trabajo con el afán de que se sancionen o se prevengan

³ Cfr., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, op. cit., 34

aquellas prácticas que imprudentes ponen en peligro determinado bien jurídico, con el objetivo de evitar que el daño se llegue a producir.

La disyuntiva que nace aquí es el encontrar, en una actividad de riesgo, el punto de equilibrio, entre los parámetros para prevenir el mismo y la asunción necesaria del riesgo. Por ello deben comprenderse con claridad las distintas clases de peligro, para entender mejor la relación entre la mala práctica médica y los delitos de peligro.

En este sentido, cobran vital importancia las reglas *ex ante* y *ex post* para medir, en su orden, la peligrosidad de la conducta y el resultado de la misma, y, el papel que juegan la posibilidad (realidad) y la probabilidad (medida) de que se presenten.⁴

Esta discusión nos lleva a concluir que la mala práctica médica es un delito de imprudente, que se puede dar tanto por una actuación comisiva como por una omisiva por parte de los profesionales de la salud, pudiendo ser un delito de peligro o de resultado, dependiendo del caso, y su sanción debe guardar relación con la naturaleza que implica la profesión de médicos y el grado de conocimiento y preparación que ésta demanda.

⁴ Cfr., T, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 43

CAPÍTULO I

ENTORNO LEGAL DE LA MALA PRAXIS MÉDICA

1.1 La mala praxis médica

Los procedimientos médicos imprudentes que configuran casos de mala praxis médica, son situaciones a las que diariamente se enfrentan miles de personas en los diferentes países del mundo. En consecuencia, la manera más común de solucionar estos problemas en el campo legal es mediante el resarcimiento de daños y perjuicios, es decir a través de una compensación pecuniaria por los daños causados. Pero ¿acaso la vida humana, las lesiones irreversibles o los daños psicológicos que se le pueden irrogar a un paciente tienen un valor monetario? ¿Acaso el tener una licencia médica exonera de sanciones penales a quienes cometen actos criminales? Debe tomarse en cuenta que la

especial responsabilidad del médico se deriva de su “obligación de medios u obligación de actividad; la cual abarca todo tipo de tratamientos, procedimientos médicos, hospitalarios y quirúrgicos”⁵. Por todo esto, cualquier tipo de conducta imprudente debe ser penalmente sancionada por ser antijurídica y contraria al derecho.

La mala práctica médica se da por una actuación culposa por parte de un profesional de la salud. En consecuencia, resulta indignante pensar que una simple indemnización compense los terribles daños que sufren las víctimas; es necesario que esta conducta se penalice, pues ésta puede exponer al paciente a un riesgo innecesario, provocarle lesiones permanentes e incluso causarle la muerte.

La mala praxis médica, podría definirse como un ejercicio errado, una omisión o una práctica sin habilidad por parte de un médico u otro profesional, causándose un daño a la salud o a la integridad física del paciente. Ésta rompe la confianza que el paciente pone en el profesional.⁶

Los supuestos de mala práctica médica puede darse principalmente por la ignorancia de médico o la institución y la irresponsabilidad. En consecuencia en el caso de la mala praxis médica podríamos señalar tres tipos de práctica; deliberada mala práctica, cuando el médico administra a propósito medicina o realiza una operación en la que se sabe que se pondrá en peligro o se causará muerte al paciente a cargo; mala práctica médica por negligencia, comprende los casos en los que no hay un objetivo criminal o deshonesto, pero sí una obvia negligencia respecto de las necesidades del paciente; y la mala práctica por ignorancia, que se configura por la inapropiada administración de medicinas, no adecuadas o en una dosis incorrecta.⁷ De ello se desprende que los más frecuentes casos de mala práctica médica sean relacionados a fallas o errores al diagnosticar oportunamente, al ordenar un tratamiento apropiado, al ordenar los tests

⁵N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, García Alonso, Buenos Aires, 2005, p. 23

⁶ Cfr., J, TAMAYO MARTÍNEZ, “La relación médico paciente y la mala praxis médica” *Novedades Jurídicas*, Ediciones Legales, febrero 2007, p. 16

⁷ Cfr., *Ibidem*, p.16

necesarios, al omitir procedimiento y cuidados necesarios, al prescribir la medicación pertinente y en operaciones quirúrgicas.⁸

En términos legales a los profesionales de la salud, sólo se les exige un nivel de cuidado ordinario y normal. Por lo que cuando un médico es encontrado culpable de negligencia, “significa que ha fallado al emplear el mismo grado de habilidad y aprendizaje, bajo circunstancias idénticas o similares, que son usadas por otros miembros de la profesión médica.”⁹

En nuestro país, no existe una disposición específica que establezca la mala práctica médica como figura jurídica independiente para el resarcimiento económico frente al acto médico, así como la responsabilidad penal de los responsables de un acto que no se adecue dentro de un tipo penal. Así, la mayor parte de las demandas de resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la mala práctica médica, se sustentan de conformidad al código civil y asimilando tipos del Código Penal que no permiten establecer una sanción adecuada.

Por lo general, la mala praxis médica suele materializarse cuando produce un resultado final como ya sea la muerte o lesiones irreversibles; más debe tomarse en cuenta que la exposición al paciente a un riesgo innecesario también configura una conducta de mala práctica médica que amerita ser penalmente sancionada, para lo que resulta necesario ubicarnos en el umbral de los delitos de peligro.

Implementos quirúrgicos y gasas olvidados en el interior de un paciente, suturas mal realizadas que no llegan a ocasionar lesiones permanentes o la muerte siguen siendo casos de mala práctica médica, en los cuales los pacientes son expuestos a un riesgo mayor, que al consentido al momento de someterse a una intervención quirúrgica. Por lo que resulta necesario que ante estos casos se cree dentro de nuestro código penal tipo penal adecuado para sancionar este tipo de conductas, que producen la muerte, lesiones o colocan en una situación de peligro a los pacientes debido al obrar imprudente de los profesionales de la salud.

⁸ Cfr., J, TAMAYO MARTÍNEZ, “La relación médico paciente y la mala praxis médica”, op. cit., p.20

⁹ *Ibidem*, p.20

Por ende un actuar serio y diligente por parte de los profesionales de la salud, es lo único que puede eximirlos de responsabilidad, ya que cualquier prueba sobre la existencia de desidia dentro de la práctica profesional debería ser considerada como un hecho ilícito; debido a que la indolencia, pereza, descuido y dejadez que el profesional de la medicina ha demostrado en los procedimientos médicos realizados configuran casos de mala praxis médica, ya que se están violando las obligaciones profesionales de los médicos.¹⁰

Sin duda los médicos deben ser responsables penal y patrimonialmente, en casos que hayan actuado con negligencia, impericia, desidia o temeridad, produciendo daños corporales o la muerte del paciente.¹¹ Esto se debe a que, dentro de la relación médico paciente, el profesional presta un servicio, el mismo que puede ser efectuado en forma defectuosa como en los casos antes mencionados causando daños al enfermo. Si a esto sumamos que el actual desarrollo de la medicina; si bien brinda mayores herramientas al médico para un óptimo tratamiento al paciente, también puede generar una serie de peligros dado que la técnica ha invadido la ciencia médica. Por ello, las personas tienen que ser amparadas contra los eventuales peligros e irregularidades en el ejercicio profesional.¹²

En relación a lo antes expuesto, se puede ver que algunos doctores causan daño incurriendo en delitos tanto de peligro como de resultado, a través de sus errores, ignorancia, negligencia, falta de pericia y diagnósticos errados. Estudios publicados por el Instituto de medicina de los Estados Unidos (Institute of Medicine IOM) muestran que alrededor de 98.000 pacientes mueren cada año como resultado de errores médicos en hospitales, se estima que más del 13% de ingresos al hospital se deben a factores adversos en el diagnóstico o en el tratamiento y se llega a demostrar que casi el 70% de las complicaciones iatrogénicas son prevenibles.¹³

¹⁰ Cfr., N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., p.128

¹¹ Cfr., (Argentina) Juzg. C.C y Minas Mendoza, n.9, 17/08/1995 Hospital Luis V. Lagomaggiore. JA 1998 III síntesis, citado por N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, Ibídem, p.129

¹² Cfr., J. TAMAYO MARTÍNEZ, “La relación médico paciente y la mala praxis médica”, op. cit., p.15

¹³ Cfr., Ibídem, p.20

En nuestro país no existen estadísticas tan claras, pero según una investigación realizada por el CONADIS en el año 2004, se puede apreciar que de los menores de 5 años con limitaciones de salud, “el 80% reportó como causa originaria [...] problemas al momento del parto, infecciones y mala práctica médica.” Estas afecciones de salud pueden verse en un 91% a nivel rural y en un 73% en el sector urbano.¹⁴ La mala práctica médica, puede configurar delitos de peligro y de resultado; los delitos de peligro consisten en la puesta en peligro de un bien jurídico protegido, que lleva la necesidad de conceptualizar el peligro como base de la identificación de un ilícito¹⁵; por otro lado los delitos de resultado o de lesión, son aquellos en los que se verifica un resultado, es decir, que la “acción vaya seguida de la causación de un resultado, separable espacio-temporalmente de la conducta”¹⁶; como se verá de manera más detenida dentro del capítulo cuarto.

1.2 Ausencia del tipo penal en el Ecuador

A pesar de que existen numerosos casos de mala praxis médica en el país, nuestro ordenamiento jurídico no prevé un tipo penal que sancione este ilícito, por lo que los responsables no son condenados a pesar de haber lesionado un bien jurídico protegido. Convirtiendo a la “impunidad en el peor mal que adolece nuestro país”.¹⁷

En consecuencia, la relación médico paciente en el Ecuador se convierte en una de tipo despenalizado, estableciéndose una simple relación contractual, mediante la cual se genera un contrato de locación de servicios inmateriales entre las partes, el mismo que se regula bajo las normas del código civil, sin que haya la posibilidad de demandar en el área penal a aquel profesional que se encuentra bajo un supuesto de mala práctica médica. Si bien nuestra constitución reconoce y tutela varios derechos que se encuentran

¹⁴ Cfr., J. TAMAYO MARTÍNEZ, “La relación médico paciente y la mala praxis médica”, op. cit., p.20

¹⁵ Cfr., G. MALO CAMACHO, *Delitos de Lesión y Delitos de Peligro*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/854/13.pdf>, p., 222, 24 de noviembre del 2010

¹⁶ Derecho Penal I, *Delitos de Peligro y de Resultado*, <http://www.marisolcollazos.es/Derecho-Penal-I/Derecho-Penal-I-14-Clases-tipos-penales.html>, 24 de noviembre del 2010

¹⁷ M. RIVADENEIRA citado por J. GARCÍA FALCONÍ, “La Responsabilidad Médica En Materia Civil Y Penal”, Revista Judicial N. 9367, Diario la Hora, Quito, 23 de septiembre 2010

íntimamente ligados a la praxis médica, como el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, psíquica y moral; y, derecho a una calidad de vida, el Estado ecuatoriano no brinda una tutela adecuada y efectiva dentro del derecho penal para aquel paciente que ha sido víctima de mala práctica médica. La ley de derechos y amparo al paciente le reconoce al paciente el derecho a una atención digna; derecho a no ser discriminado; derecho a la confidencialidad; derecho a la información; y, derecho de decisión¹⁸, más no le otorga el derecho a exigir que el ministerio fiscal inicie una acción penal en contra del profesional de la salud que haya obrado de manera culposa o dolosa irrogándole un daño.

Resulta fundamental considerar que para que una demanda penal prospere, tienen que estar presentes varios elementos como que se dirija contra el autor de un daño; es necesario que se vea la presencia de un daño objetivo; así mismo debe de mediar culpa o dolo en el accionar del demandado; finalmente debe existir un nexo causal que vincule el acto profesional y el daño ocasionado. Si no existe nexo causal o éste se justifica por la existencia de caso fortuito o fuerza mayor, no podrá atribuírsele responsabilidad al médico. Más la principal razón por la que los procesos penales por mala praxis médica no reestablecen el orden social quebrantando, no logrando administrar justicia para la víctima es debido a la ausencia de un tipo penal específico que trate a la mala práctica médica, ya que es infructuoso querer asimilar ciertos tipos penales que no describen de manera completa la conducta de la mala práctica médica ya que al hacerlo, los jueces no podrán establecer la sanción adecuada ya que se enfrentan a un delito inexistente que por lo tanto no debería ser penalmente sancionado.

Las principales sanciones que se les impone a los profesionales de la salud en casos de mala praxis médica consisten en multas cuantificadas en salarios básicos unificados; suspensión temporal o definitiva del permiso o licencia; suspensión del ejercicio profesional; decomiso; y, clausura parcial, temporal o definitiva del establecimiento correspondiente.¹⁹ Estas sanciones son dictadas a nivel administrativo, ya que dentro

¹⁸ Cfr., J. TAMAYO MARTÍNEZ, “La relación médico paciente y la mala praxis médica”, op. cit., p. 13

¹⁹ Cfr., “La Muerte De Una Mujer En 2009 Causó El Cierre De Un Centro Estético”, *Diario El Comercio*, judicial, Quito, Martes 9 de marzo de 2010, p.5

campo judicial al no existir un tipo penal que sancione al galeno que lesiona un bien jurídico protegido de su paciente, el área civil suele encargarse de establecer un monto monetario para resarcir los daños y perjuicios causados. Hecho que sin duda transgrede la finalidad del derecho penal que es sancionar aquellas conductas que menoscaben bienes jurídicos protegidos.

Por lo que se ve la extrema necesidad de que la mala práctica médica comprobada sea penalmente sancionada gracias a la aplicación de un tipo penal concreto que resguarde los derechos del paciente. Dentro del Código Penal Ecuatoriano el único tipo penal que contempla la actuación de los médicos se encuentra en el art. 436 en el que se establece que “los médicos, boticarios, o cualquier persona que por falta de precaución o cuidado recetaren, despacharen o suministren medicamentos que comprometan gravemente la salud, serán reprimidos con prisión de seis meses a un año; si hubiesen causado enfermedad que parezca o fuere incurable, la prisión será de uno a tres años; y en caso de haber producido la muerte la prisión será de tres a cinco años”²⁰. Por consiguiente para demandar casos de mala praxis médica que produzcan muerte o lesiones, suele asimilarse las conductas descritas por las figuras de homicidio inintencional y la de lesiones, las mismas que no se ajustan a la realidad de la conducta de la mala práctica médica ya que en ésta se debe tomar en especial consideración que no encontramos ante una acción u omisión relacionada por un profesional que se encuentra en posición de garante y que tiene un deber objetivo de cuidado frente al paciente. El art. 459 del Código Penal ecuatoriano señala que “es reo de homicidio inintencional el que ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra otro”²¹ en cuanto a las lesiones los artículos pertinentes art. 463- 467 hacen referencia a lesiones producidas por golpes por lo que tampoco se tiene en consideración el rol del médico como sujeto activo del ilícito. Lo mismo sucede en el art. 472 que sostiene que “es reo de heridas o lesiones inintencionales el que las ha causado por falta de previsión o de precaución, y será reprimido con prisión de ocho días a tres meses y multa de seis a doce dólares de

²⁰ *Código Penal Ecuatoriano*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, julio 2005, p. 82

²¹ *Ibídem*, p.88

Estados Unidos de Norteamérica, si el acto no estuviese más severamente castigado como delito especial.”²²

En otros países de la región sí se sanciona penalmente la mala praxis médica, ya que a pesar que la actividad médica es una obligación de medios, el Consejo de Estado Colombiano en su jurisprudencia ha señalado que falla presunta, nexos y daño son los elementos que integran la responsabilidad médica. El legislador Colombiano acertadamente señala que en el caso de falla presunta hay un traslado probatorio, ya que por regla general la carga de la prueba le corresponde a la parte actora, pero en este caso la carga de la prueba pasa al demandado, quien debe probar que hubo diligencia y cuidado en su prestación de servicios, así que si el médico prueba que ayudó al paciente con todos los medios que tenía a su alcance no tiene responsabilidad alguna.²³ La misma postura acerca de la carga probatoria es mantenida por el Tribunal Supremo de España, el mismo que considera que cuando de la actividad médica cabe un resultado dañoso, desproporcionado o anómalo por falta de diligencia se puede llegar a presumir la culpa en consecuencia se debe invertir la carga probatoria, para que el profesional de la salud demuestre la diligencia en sus actuaciones.

Por su parte Argentina, posee un tipo penal bastante acertado para los casos en los que por el ejercicio indebido de una profesión se provoca la muerte de un individuo, éste artículo ha sido utilizado en numerosos fallos para responsabilizar penalmente a los médicos y demás profesionales de la salud en caso de muerte de sus pacientes. El art. 84 del Código Penal Argentino contiene la figura del homicidio culposo y señala que “Será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte”²⁴ De la misma manera la legislación argentina delimita en el art. 94 que “se impondrá prisión de un mes a tres años o multa de mil a quince mil pesos e inhabilitación especial por uno a

²² *Código Penal Ecuatoriano*, op. cit., p. 90

²³ Cfr., J. GARCÍA FALCONÍ, “La Responsabilidad Médica En Materia Civil Y Penal”, op.cit.

²⁴ “Código Penal Argentina”, <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#15>, 24 de noviembre del 2010

cuatro años, el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud.”²⁵ Otra vez vemos que se presta consideración especial a la profesión del actor.

Lo antes expuesto no quiere decir que no hay ninguna ley que trate sobre la profesión médica, ésta ausencia sólo se da en el área penal, ya que existen varias leyes que hacen referencia a la profesión médica imponiendo obligaciones a los profesionales de la salud y otorga garantías para los pacientes; tal como se desprende del informe técnico presentado por el Dr. Ernesto Albán Gómez, en un peritaje realizado para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el alcance de las normas penales en materia de mala práctica médica y los correspondientes deberes de los jueces y autoridades estatales conforme a las normas penales. En el que se concluye que en Ecuador no existe una legislación que se refiera a la mala práctica médica, salvo en un aspecto muy específico y puntual como se ve en normas tales como: Ley de Derechos y Amparo del Paciente, Ley No. 77 de 3 de febrero de 1995; Ley Orgánica de Salud, Ley No. 67 de 22 de diciembre de 2006; Código de la Salud (1971) derogado por la Ley No. 67 de 22 de diciembre de 2006; Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, Ley No. 80 de 25 de septiembre de 2002; Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, Decreto Ejecutivo No. 3611 de 28 de enero de 2003; Ley de la Federación Médica Ecuatoriana. Decreto Supremo No. 3576-A de 17 de julio de 1979; Reglamento a la Ley de Federación Médica Ecuatoriana, Acuerdo Ministerial No. 1460 de 26 de febrero de 1980; Código de Ética Médica, Acuerdo Ministerial No. 14660-A de 17 de agosto de 1992; Reglamento de Concursos para la Provisión de Cargos Médicos a Nivel Nacional, Decreto Ejecutivo 1082 de 20 de noviembre de 1989.

Como consecuencia de la ausencia normativa jurídico penal para los supuestos de mala praxis médica, debe considerarse que a mas de la necesidad de crear un tipo penal adecuado que sancione toda conducta médica imprudente que sin justificación alguna lesione o coloque en peligro a un bien jurídico protegido; debe eliminarse el deber de

²⁵ “Código Penal Argentina”, op.cit.

“confraternidad” previsto dentro del Código de Ética Médico, ya que éste deber se da respecto del médico sometido a juicio, frente a quien sus colegas no podrán declarar en su contra aún si el médico ha cometido errores. Lo que imposibilitaría que se llegue a una sanción adecuada en los casos de mala práctica médica.

1.3 Connotación en el campo penal

Dentro de los distintos intereses que la sociedad organizada puede considerar como dignos de protección, merece destacarse de manera especial la existencia misma de los individuos. En consecuencia, debe entenderse al delito como un comportamiento que afecta a las condiciones de existencia, desarrollo o conservación de la persona. La vida es sin duda el bien jurídico que ocupa la jerarquía máxima dentro escala de valores o bienes jurídicos susceptibles de tutela desde el punto de vista penal. Por lo que debe sancionarse todos aquellos delitos que atentan contra la vida y toda acción que ponga en peligro al bien jurídico vida. Dentro de la mala praxis médica todos estos supuestos pueden darse, ya que por conductas ya sean de acción u omisión por parte de profesionales de la salud se puede provocar la muerte de personas, de un nasciturus o simplemente se puede colocar a la vida del paciente en una situación de peligro que no estaba obligado a tolerar.²⁶

De igual manera, el Estado no tiene sólo interés en la existencia misma del individuo, sino también de las condiciones necesarias para que esa existencia se desarrolle normalmente, sin alteraciones o traumatismos. Dentro de las condiciones que garantizan el desarrollo de un sujeto, se encuentra la integridad personal. Por lo que todo comportamiento médico que ataque a la integridad física del paciente, ya sea por causarle la muerte, lesiones o por colocarlo en una situación de riesgo, que se derive de una mala práctica médica, debe ser penalmente sancionada debido a la naturaleza del bien jurídico que se encuentra detrás.²⁷

²⁶ Cfr., A. GÓMEZ MÉNDEZ, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, D'Vinini, Bogotá, 1998, p. 15

²⁷ Cfr., *Ibíd.*, p. 16

Debe considerarse que la “integridad personal abarca la integridad corporal, y ésta abarca tanto el daño al cuerpo como a la salud”²⁸. Por lo que, se puede concluir que cualquier menoscabo a la salud que un paciente sufra como consecuencia de la mala praxis médica igual debe ser sancionada por la naturaleza del bien jurídico protegido que se está vulnerando, ya que se le impide alcanzar un normal desarrollo de su vida y personalidad.

Para ver y determinar como va a crearse y sancionar como delito penal a la mala práctica médica, debe tomarse en cuenta que la determinación de la responsabilidad de una persona por la realización del resultado de un determinado tipo penal surge de la interpretación de la norma prohibitiva en los delitos de resultado, que vendrían a ser los supuesto de muerte y lesiones dentro de la mala práctica médica; por lo que para que no sea penalmente responsable un profesional de la salud, éste debe buscar evitar el resultado dañoso, “lo que determina la posibilidad de la persona de eludir la realización del resultado típico.”²⁹ En consecuencia el autor es responsable por el injusto que ha cometido y debe considerarse que mientras mayor es el injusto, mayor será el reproche,³⁰ es decir mientras más grave sea la actitud negligente del profesional de la salud, mayor sea el injusto en el que está incurso, merecerá una mayor sanción.

Ya que el derecho penal no se limita a sancionar los delitos de resultado, es imprescindible actuar con anterioridad a la lesión, produciendo un adelantamiento de la intervención del derecho penal del riesgo, el mismo que siempre está presente en los servicios relacionados con la medicina. Por lo que se debería penalizar a quienes ponen en un mayor peligro al bien jurídico protegido, en el presente supuesto la vida y la integridad del paciente es lo que debe protegerse frente a una conducta que puede considerarse como peligrosa por parte del profesional de la salud. En consecuencia debe sancionarse de por sí esta conducta por más de que no se llegue a concretar el resultado dañoso en el paciente.

²⁸ A. GÓMEZ MÉNDEZ, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, op.cit., p. 16

²⁹ I. PUPPE, “La construcción del delito”, *Revista de Derecho Penal*, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 61

³⁰ Cfr., *Ibídem*, p. 65

³¹ Esto puede verse con más claridad en los numerosos casos de olvido de instrumentos quirúrgicos dentro del paciente, en los cuales no se producen lesiones permanentes o se produce la muerte del paciente, más la situación de riesgo en la que éste fue colocado es intolerable y debe acarrear sanciones civiles y penales.

En consecuencia el riesgo en el que se ve inmerso el paciente por una actuación u omisión que configuren una mala praxis médica también debe ser sancionado aunque no llegue a producirse un resultado.

La pena que se deriva del hecho ilícito, tendrá “un carácter medicinal para que el delincuente expie su culpa; un carácter retributivo, puesto que el Estado impone la disminución de ciertos derechos al sujeto activo para restablecer el orden jurídico; tendrá un fin de prevención general, para que la comunidad vea el ejemplo y no delinca; y una prevención especial, para que quien incurrió en la conducta delictiva no vuelva a recaer en ella.”³² La sanción penal de la mala praxis médica también acarrea una función preventiva a futuro, más esto no debe confundirse con que se rebase la esfera de la culpabilidad por razones meramente preventivas, puesto que se estaría penalizando al autor más allá de su responsabilidad, por lo que se estaría lesionando su dignidad como persona por convertirlo en un mero instrumento de objetivos políticos criminales del Estado.³³

El ámbito preventivo de la penalización y la respectiva condena de la conducta médica o de cualquier profesional de la salud, que sea negligente, se enfocaría en el mensaje que se envía a la sociedad y a la comunidad médica para que obren con la debida observancia de sus reglas y procedimiento, evitando producirle un daño o colocar en riesgo al paciente.

Para llegar a lo antes expuesto debe analizarse la naturaleza del derecho penal, el mismo que debe presentarse como la relación causal entre el orden jurídico y el delincuente considerado como un hombre libre que decidió violar la ley, y por ello

³¹ Cfr., P. DE LA CUESTA, Tipicidad del riesgo y delitos de peligro - Revista de Derecho Penal,, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires: 2007, pp. 134 - 135

³² MJ. MEINCKE, *La mala praxis médica- Relaciones entre derecho, ética y medicina*, AD-HOC, Buenos Aires, 2001, p. 25

³³ Cfr., E. CRESPO, “Culpa y fines de la pena- con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin”, *Revista de Derecho Penal*,, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires: 2007, p. 229

susceptible de ser culpable.³⁴ El derecho penal busca propender el bien común, por lo que nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por una ley, y a nadie podrá imponérsele una pena que no esté previamente establecida en la ley.³⁵ De lo cual se desprende la necesidad de que exista un tipo penal concreto que sancione la mala práctica profesional en el campo de la medicina para así respetar el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Para calificar un acto humano como justo, no habría que fijarse tanto en la disposición del agente, cuanto en la relación en la que se basa; ya que lo que importa es que quien se encuentra obligado a darle al otro lo suyo, lo haga sin interesar cual sea su motivación.³⁶ Debe asimismo considerarse que debido al deber objetivo de cuidado y la posición de garante en la que se encuentran los profesionales de la salud, mientras más potente y eficaz se vuelve la medicina, “más rigurosas y mejor conocidas deben ser las normas de protección del individuo a fin de protegerlo de un modo más eficiente y para evitar que los médicos olviden el deber humanístico que rodea a su profesión.”³⁷ La existencia de un tipo penal que sancione a la mala praxis médica, es una necesidad porque “la actividad del médico tiene tal influencia sobre la paz y seguridad de la vida en la comunidad política, por lo que la ausencia de estas normas o defectos de carácter coercitivo, no son compatibles con el bien común”³⁸

La penalización de la mala praxis médica, se ampara en las bases del derecho penal; ya que éste tiene como misión proteger ciertos intereses sociales reconocidos por el derecho positivo, es decir bienes jurídicos protegidos. Por consiguiente puede decirse que “el derecho establece en sus normas aquellos deberes que el hombre debe cumplir para convivir en paz.”³⁹ La finalidad del derecho penal, es servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos, en el caso de la mala práctica médica la vida y la integridad personal, de

³⁴ Cfr., MJ. MEINCKE, *La mala praxis médica- Relaciones entre derecho, ética y medicina*, op.cit., p. 25

³⁵ Cfr., L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Editar, Buenos Aires, 1950, p. 34

³⁶ Cfr., MJ. MEINCKE, *La mala praxis médica- Relaciones entre derecho, ética y medicina*, op.cit., p. 18

³⁷ *Ibidem*, p. 20

³⁸ PÍO XII, “Radiomensaje al VII Congreso Internacional de Médicos Católicos” del 11 de septiembre de 1956, citado por C. LÓPEZ MEDRANO et al, *Pío XII y las Ciencias Médicas*, Guadalupe, Buenos Aires, 1961

³⁹ MJ. MEINCKE, *La mala praxis médica- Relaciones entre derecho, ética y medicina*, op.cit., p.30

ésta manera se protege al libre desarrollo de individuo, así como se llega al mantenimiento de un orden social.⁴⁰ Por lo que tiende a evitar determinados comportamientos que se reputan indeseables recurriendo a sanciones para los casos en que dichas conductas se realicen. En consecuencia, la norma será la expresión de expectativas sociales institucionalizadas⁴¹ de los individuos de un determinado país. No existe expectativa más justa que esperar que la vida y la integridad de cada sujeto sea respetada y más aún cuando existe un nexo tan próximo como es el de médico paciente, ya que en esta relación se ve presente un depósito total de confianza hacia los conocimientos y la diligencia con la que deben actuar los profesionales de la salud.

La mala praxis médica es sin duda un acto reprochable, capaz de poseer la estructura jurídica de un delito si se lo introduce dentro de un tipo penal apropiado. Un delito es un acto típico, antijurídico, culpable capaz de ser punible. La mala práctica médica es un acto realizado por un ser humano, proveniente de una acción o una omisión, es antijurídico porque lesiona un bien jurídico penalmente protegido, es culpable porque puede ser imputado y reprochado a su autor por lo que puede ser punible, el problema surge debido a que el acto no es típico, es decir que no es una conducta previa expresamente prevista en la ley penal; en consecuencia es muy difícil responsabilizar penalmente a un profesional de la salud en casos de mala praxis médica a pesar de ser un injusto merecedor de una pena.

Siguiendo la teoría de la imputación objetiva, podemos ver que los contactos sociales se realizan en virtud de ciertas expectativas que cada sujeto supone verán satisfechas. Lo cual sucederá en la medida que cada sujeto organice de tal modo su ámbito vital como para poder cumplir con su rol básico de ciudadano y aquellos que se derivan en virtud de su profesión y las actividades que realicen para así poder satisfacer las expectativas de los demás.⁴² Mediante la imputación objetiva, se determina la conexión

⁴⁰ C. Roxin, *Derecho Penal Parte General*, Civitas, Madrid, 1997, p. 38, citado por MJ. MEINCKE, *La mala praxis médica- Relaciones entre derecho, ética y medicina*, op.cit., p. 31

⁴¹ Cfr., MJ. MEINCKE, *La mala praxis médica- Relaciones entre derecho, ética y medicina*, op.cit., p. 31

⁴² Cfr., *Ibídem*, p.54

entre el sujeto y el querer, mientras que la imputación subjetiva indagará sobre el contenido de ese querer.⁴³

De acuerdo a la imputación objetiva, debe reconocerse que cada individuo es portador de un rol y en virtud de ello tiene ciertos derechos y deberes. Los roles generan expectativas recíprocas y las correspondientes posibilidades de reacción. En el caso del médico debe responder por su rol de posición de garante frente al paciente. El límite del rol funciona a su vez como límite de la responsabilidad y la imputación objetiva determina quien es garante de qué. En consecuencia, quienes en uso de su libertad organizan su comportamiento, deben cuidar de no introducir riesgos insoportables para los demás; si el individuo cumple adecuadamente con su rol no se produce ningún curso lesivo y no responde penalmente, caso contrario se produce una defraudación.⁴⁴

Mediante esta teoría, se permite establecer lo que para el derecho penal es una conducta lesiva de los intereses sociales; su núcleo será la acción penalmente relevante, constituida por el resultado y por la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. “Podría decirse que se trata de una teoría negativa, ya que tanto en la acción como en la omisión, lo que se imputa es la no evitación de lo evitable, el autor de un delito de acción u omisión, está en posición de garante, por lo que garantiza las expectativas de la sociedad en relación a su comportamiento.”⁴⁵ La responsabilidad jurídico penal nace de la lesión de los deberes que se desprenden del rol social del individuo, lo cual guarda concordancia con el porque debe de sancionarse penalmente a la mala praxis médica; ya que el injusto estará constituido por las ya mencionadas expectativas sociales sobre los conocimientos que cada portador de roles debe poseer y los que efectivamente posee.⁴⁶

⁴³ Cfr., MJ. MEINCKE, *La mala praxis médica- Relaciones entre derecho, ética y medicina*, op.cit., p. 71

⁴⁴ Cfr., *Ibíd*em, p. 76

⁴⁵ *Ibíd*em, p. 79

⁴⁶ Cfr., *Ibíd*em, p. 87

1.4 Responsabilidad del médico

En la actualidad se sostiene que la profesión médica tiene una obligación de medios o de actividad, la misma que es aceptada para todo tipo de tratamientos o procedimientos médicos, hospitalarios y quirúrgicos. De esta obligación, se deriva la responsabilidad profesional que los profesionales de la salud tienen frente a sus pacientes, la cual consiste en el deber de reparación y resarcimiento de los daños ocasionados a otros, por una conducta antijurídica o contraria a derecho. Esta responsabilidad profesional no solo debe verse cubierta por compensaciones civiles sino que deben responder dentro del campo penal, cuando su conducta proveniente de una mala praxis médica se convierte en un delito.⁴⁷

Un profesional de la salud es responsable por toda alteración del estado del paciente producida por un acto médico, es decir aquello que se conoce como “iatrogenia”. Por consiguiente debe considerarse que los médicos son responsables por su actuar profesional, de éste modo resulta necesario definir que es un acto médico. Según el código de ética y deontología del Colegio de Médicos del Perú,

[A]cto médico es toda acción o disposición que realiza un médico en el ejercicio de su profesión, han de entenderse por tal, los actos de diagnóstico, terapéuticos y pronóstico que realiza el médico en la atención integral de sus pacientes, así como los que se deriven directamente de éstos. Los actos mencionados son de exclusivo ejercicio del profesional médico.⁴⁸

El acto médico es un acto complejo que implica no solo conocimiento científico sino saber el fin que se quiere lograr y las posibles consecuencias de una determinada acción diagnóstica y terapéutica. Por lo que el acto médico que irroque una alteración a la salud del paciente debe generar responsabilidad penal del médico.

En la legislación ecuatoriana, dentro del art. 6 del Código de Ética Médica, encontramos descritas las responsabilidades que posee un médico “El médico desde que es llamado para atender a un enfermo, se hace responsable de proporcionarle todos los

⁴⁷ Cfr., N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., p. 23

⁴⁸ *Código de Ética y Deontología del Colegio de Médicos del Perú*, Artículo 12

http://www.cmp.org.pe/doc_norm/codigo_etica_cmp.pdf, 24 de noviembre del 2010

cuidados médicos necesarios para que recupere su salud. Su responsabilidad mayor será la de conservar la vida del enfermo.”⁴⁹

La responsabilidad debe comprenderse como una consecuencia del “deber y de la obligación” del profesional de la salud. Por lo que si el profesional actúa según los deberes impuestos por el ordenamiento, no contraerá responsabilidad alguna. La responsabilidad aparecerá sólo junto a la violación de sus deberes y obligaciones, siempre que generen la afectación a un tercero que en este caso vendría a ser su paciente, debido al deber de confianza depositado por éste al profesional de la salud, considerando que va a guardar la debida observancia de las normas de cuidado durante su tratamiento.⁵⁰ Para evaluar el cumplimiento o no de los deberes de un profesional de la salud, debe de tomarse en cuenta si éstos se encuentran en cumplimiento de la *lex artis*, la misma que constituye “el conjunto de disposiciones de orden médico, técnico y aquellas costumbres no escritas que funcionan como indicadores de la conducta médica”⁵¹

De lo que se deriva que, la sola demostración por parte del paciente de uno o más perjuicios que el tratamiento le haya inferido en su cuerpo o salud, será suficiente para plantearlo ante el tribunal correspondiente.⁵² En consecuencia, debe considerarse que el resultado dañoso debe producirse a consecuencia de un error, imprudencia, impericia, negligencia, omisión o falta de observancia por parte de los profesionales de la salud.⁵³

Como ya se mencionó con anterioridad, la obligación de los médicos es de medios, por lo que a éstos se les impone solamente “diligencia y aptitudes para manejar situaciones que se dirigen a un resultado, pero sin asegurar un desenlace determinado”⁵⁴. Esto no implica que en el momento en que una actuación por parte de un profesional de la salud, configure una negligencia médica criminal, éste profesional reciba la sanción penal correspondiente.

⁴⁹ (Ecuador) *Código de Ética Médica*, Acuerdo Ministerial # 14660, Registro Oficial # 5, 17-8-1992

⁵⁰ Cfr., N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., p. 23

⁵¹ MJ. MEINCKE, *La mala praxis médica- Relaciones entre derecho, ética y medicina*, op.cit., p. 22

⁵² Cfr., N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., p. 25

⁵³ Cfr., *Ibídem*, p. 25

⁵⁴ *Ibídem*, p. 24

La responsabilidad del médico no sólo se limita a cuando su conducta configura un delito de acción, por el contrario, ésta está presente en los delitos por omisión, es decir cuando no se aplica al paciente un tratamiento adecuado, privándolo de las posibilidades de curación que éste tenía.

La profesión médica ya no puede ser considerada una suerte de sacerdocio, colocando a los sujetos en una situación privilegiada de inmunidad absoluta en la que los pacientes no podían reclamar por los daños que les han sido irrogados. Por el contrario, una profesión que maneja bienes jurídicos tan importantes como la vida y la integridad personal debe enfrentar las sanciones penales correspondiente cuando su conducta ya sea por acción y/u omisión se convierte en un delito. El 20 de mayo de 1936 la Cámara Civil de la Corte de Casación Francesa dictamina “el médico estará obligado sino a curar al enfermo al menos a prestarle algunos cuidados, no ya cualesquiera sino concienzudos, solícitos y con reserva de circunstancias excepcionales, conformes con los resultados adquiridos por la ciencia” de esta manera nace la armonización del interés científico con el del paciente que ya no podrá ser “maltratado por torpes o imprudentes profesionales.” Lo sostenido por Cámara Civil de la Corte de Casación Francesa debería extenderse al campo penal, ya que toda conducta que se aleje de los cuidados que debe tener el médico por profesión y conocimiento debe ser penalmente sancionada si atenta contra bienes jurídicos protegidos como la vida o la integridad personal”.⁵⁵

De acuerdo a las Cortes de lo Criminal y Correccional de Argentina, en casos de responsabilidad médica penal, se sostiene que “el derecho penal no exige una probanza circunstanciada del mecanismo de causa y efecto que es el fenómeno motor de la responsabilidad. Basta la acreditación del actuar del agente provocador y el resultado dañoso que debe ser consecuencia de aquél a título de culpa, siendo sobreabundante que se determine el momento o la forma en que se produjo aquel daño. Así la falta de certeza absoluta no deviene en desincriminación o falta de acción.”⁵⁶

⁵⁵ Cfr., N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., pp. 26-27

⁵⁶ (Argentina) CN de Apel. en lo Crim y Corr. Cap. Fed. Sala 06 (Elbert)- González Pallazo. Martín, Jorge V.s/ Lesiones culposas/ Sent.:19/04/1994 , citado por N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., pp. 28-29

Por su parte las Cortes de Uruguay manifiestan que “en los supuestos de responsabilidad médica, la conexión entre el daño y la conducta atribuida, no puede establecerse a través de la relación causal clásica, sino de conformidad a la doctrina de la selección de causas jurídicamente relevantes.”⁵⁷ Para que un profesional de la salud, no sea considerado como autor del hecho delictivo de la mala práctica médica, debe poner toda la ciencia, diligencia y prudencia en la atención al enfermo.

Debe tomarse en cuenta que desde el punto de vista de la responsabilidad penal, para poder atribuir carácter culposo a determinada conducta, debe comprobarse si el imputado violó su deber objetivo de cuidado, por lo que debe mirarse la adecuación de su conducta a las exigencias particulares y los deberes a cargo de los profesionales de la salud. En consecuencia para que exista imputabilidad debe verse a más de la conducta antijurídica que el acto generador del daño sea atribuible a una persona determinada en forma concreta.⁵⁸

Para que una persona sea sancionada por un delito, es necesario que ésta pueda ser imputada por el mismo, la imputabilidad debe ser considerada como el primer nivel de la culpabilidad. La imputabilidad radica en la posibilidad de atribuir la culpabilidad penal a determinada persona.⁵⁹ El Código Penal Ecuatoriano siguiendo una corriente clásica establece en su art. 32 que “nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiese cometido con voluntad y conciencia.”⁶⁰ De aquí se desprende la necesidad de que se cree un tipo penal dedicado a tratar la mala práctica médica porque al no estar previsto en la ley como infracción no puede generar la sanción penal correspondiente; respecto a la voluntad y conciencia que son necesarias para que haya culpa en el área penal, ambas se ven presentes dentro de la mala praxis médica cuando el profesional de la salud no actúa con la debida diligencia y no cumple con todos los deberes que le son exigidos a la profesión médica, los profesionales de la salud tienen

⁵⁷ (Uruguay) C. de Apel en lo Crim. Concepción del Uruguay, Entre Ríos. Sala 01. R.I.D s/Denuncia/Intreloc.:7/08/2000

⁵⁸ Cfr., N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., p. 32

⁵⁹ Cfr., E. ALBÁN GÓMEZ, *Manual De Derecho Penal Ecuatoriano Parte General* 3°Ed, Ediciones Legales, Quito, p. 186

⁶⁰ Código Penal Ecuatoriano, op. cit., p. 8

conocimiento, conciencia y voluntad de sus acciones y si de ellas se desprende el daño a un bien jurídico protegido, deben recibir la sanción pertinente. Debe tomarse en cuenta que el título de profesional de la salud no es una causa de exclusión de responsabilidad, por lo que, si su conducta provoca la muerte, pone el riesgo innecesario al paciente o le provoca lesiones, deben responder por la lesión al bien jurídico vida e integridad personal que le han irrogado al paciente.

Es requisito fundamental para que la mala praxis médica sea considerada como un delito, que la atribución del resultado encuentre su “génesis en la actividad desarrollada por el agente, ya sea que se trate de un exceso de acción o falta de ésta, que conduce a la violación al deber de cuidado demandado y cuya inobservancia producirá la lesión al bien jurídico protegido (vida)”⁶¹. La actividad profesional médica siempre con diligencia, ya que el profesional de la salud, debe poner todos los medios necesarios para cumplir con su deber; por lo que requiere un modo escrupuloso, cuidadoso, activo, y oportuno de obrar. En consecuencia, la diligencia “es uno de los ítems requeridos para valorizar el accionar médico” en los casos en que se alega la existencia de mala praxis médica.⁶²

En las cortes argentinas, en las que sí existen sanciones a los profesionales de la salud por mala praxis médica, sostienen que “la obligación del medios que tiene todo médico se cumple poniendo toda la ciencia, diligencia y prudencia en la atención del enfermo, y, en cuanto a la conexión con el resultado, la autoría se determina cuando la obra no impide el daño al bien jurídico, valorándose que era exigible otra actuación que aquella que se tuvo”⁶³. La falta de diligencia es una violación al deber de cuidado, el mismo que consiste en “preservar y cuidar a las personas sometidas a sus cuidados médicos, evitando todo riesgo en su salud”⁶⁴.

⁶¹ (Argentina) CN Crim. y Corr.- Sala I- 16/07/2003, Citado por N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., p. 122

⁶² Cfr., N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., p. 126

⁶³ (Argentina) C. de Apel. En lo Crim. y Corr., Sgo. Del Estero, Cra. 04. V. Moreno c/ Lacherre A.J. s/ Homicidio culposo. 5/03/2001 Citado por N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., p. 127

⁶⁴ (Argentina) CNCrim. Y Corr. De la Cap. Fed. Sala VI- Pantoni, P.R. s/ procesamiento. 23/12/2003, citado por N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., p. 126

Para determinar la autoría del delito de mala praxis médica, nos encontramos ante la posibilidad de encajar este ilícito en dos categorías, viéndolo como un delito de dominio o como un delito de infracción de deber, es decir omisión. Si consideramos que en la mala práctica médica existe autoría como dominio del hecho, nos encontramos ante el supuesto en el cual, el autor, en este caso el profesional de la salud, tiene el dominio del hecho, entendido “como la posibilidad de emprender, proseguir o detener el curso causal del delito.” Por lo que la autoría se puede apreciar considerando el poder del sujeto que retiene para sí el dominio final del suceso. Es decir, se mira quien dominó el curso causal de los hechos, quien tuvo el “señorío” de resolver la realización o no del acto u omisión punible.⁶⁵

Por otro lado, se puede considerar a la mala praxis médica como un delito de infracción de deber, es decir, de aquellos en los que el tipo se centra en un deber especial que corresponde al rol del autor; en estos casos el autor lesiona un deber contenido en una norma extrapenal, como es el caso de los códigos médicos y la *lex artis*, por lo que, nos encontramos ante la violación de un deber por parte del profesional de la salud. De esto se desprende que, es autor quien está especialmente obligado en determinada situación, por lo que, se consideraría irrelevante al dominio de la acción; lo decisivo es el status especial que posee el sujeto, es decir, la relación preexistente entre el autor y el bien jurídico, por lo que es responsable quien no cumple con los deberes que le son propios, ya que lo decisivo es que cumpla o no con su deber.⁶⁶

Resulta necesario observar que actualmente debido a la complejidad de la ciencia médica, se hace imprescindible que la prestación se realice en forma colectiva, antes que individualmente. Lo que genera que existan varios involucrados en el daño que se le ha irrogado al paciente, por lo que se debe analizar quién o quiénes serán responsables de ello. A efecto de “esta colectividad de prestadores de servicios médicos”, la responsabilidad puede ser de distintos tipos. Directa, ya que es propia del cirujano, médico tratante y los miembros de su equipo con autonomía científica; compartía, cuando recae

⁶⁵ Cfr., E, RIGHI, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008, pp. 380-387

⁶⁶ Cfr., *Ibidem*, pp. 380-387

sobre varios miembros del equipo quirúrgico; colectiva, no se pudiendo identificarse al responsable final sin que exista un jefe de equipo; solidaria, cuando corresponde al personal colaborador del acto quirúrgico como las enfermeras y concurrente, cuando recae sobre el cirujano y el paciente por no cumplir con las normas que les corresponden para atender la salud.⁶⁷

1.5 Dolo o culpa

Debe tomarse en cuenta la culpa es “el grado de responsabilidad más frecuente” por el que se sanciona a los profesionales de la salud, en aquellos casos de mala praxis médica, ya que resulta muy complicado comprobar la existencia de un daño con intencionalidad dentro de los procedimientos médicos.⁶⁸

La culpa se deriva de una actividad jurídica reprochable, en la que no se ve presente la intención directa de causar daño. Es decir, el actor incumple con el deber de “actuar con el necesario cuidado, con la diligencia indispensable, para evitar que sus actos causen daños a las personas o a la comunidad”⁶⁹ Sin apartarse del requerimiento de existencia de conciencia y voluntad para que un acto sea reprimido tal como lo dispone el art. 32 de nuestro código penal, dentro de “la culpa hay una voluntad dirigida exclusivamente hacia el acto”⁷⁰ lo cual hace posible que la acción u omisión de la que se genera el ilícito de mala praxis médica pueda ser imputable al profesional de la salud que lo realizó.

El art. 14 Inc. 5 del Código Penal ecuatoriano, establece la existencia de infracciones culposas. Si bien no todos los delitos tienen una modalidad culposa y en consecuencia suele considerarse que la culpa “sólo es punible en forma extraordinaria y con penas más leves”⁷¹; en el caso de la mala praxis médica debido a su carácter eminentemente culposo, al deber objetivo de cuidado y a la posición de garante en la que

⁶⁷ Cfr., J. TAMAYO MARTÍNEZ, “La relación médico paciente y la mala praxis médica”, op. cit., p.18

⁶⁸ Cfr., N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., p. 144

⁶⁹ E. ALBÁN GÓMEZ, *Manual De Derecho Penal Ecuatoriano Parte General* , op.cit., p. 199

⁷⁰ *Ibíd*em, p. 200

⁷¹ *Ibíd*em, p. 199

se encuentra el profesional de la salud, se debería dejar de lado el carácter extraordinario de este tipo de sanción para que se pueda imponer penalidades más fuertes que guarden una mayor relación con la profesionalidad y extrema responsabilidad que pesa sobre un médico.

La culpa puede ser inconsciente o consiente, ambos supuestos presentes dentro del ilícito de la mala práctica médica. La culpa inconsciente se verifica cuando existe imprevisión del resultado que obligadamente pudo y debió haberse previsto por parte del profesional de la salud. “esta imprevisión, ligereza o descuido producen resultados típicamente antijurídicos”⁷². La falta de representación del resultado final que puede tener una acción u omisión médica en la que no se ha guardado la debida diligencia y lesiona algún bien jurídico protegido, configura un accionar delictuoso que debe ser sancionado. La falta de diligencia juega un rol fundamental en la no previsión del resultado, en este tipo de culpa. La culpabilidad inconsciente dentro de la práctica médica, “radica en no prestar el mínimo de atención que el ordenamiento jurídico debe exigir objetivamente para evitar pérdidas y daños en valores y bienes de la comunidad”⁷³ debe tomarse en especial consideración la profesión y experiencia del actor.

Por otro lado, la culpa consiente o “culpa con representación” se da cuando existe “un exceso de confianza del sujeto en evitar un resultado típico antijurídico que cree podía evitar de alguna forma”. Por ende el profesional de la salud estaría consiente del resultado dañoso que podría producir su accionar, pero sin embargo lo realiza, “con la expectativa y confianza de evitarlo o no producirlo de algún modo.” Debe en consecuencia estar de por medio el no cumplimiento de una norma cuando el agente podía y le era exigible hacerlo. El reproche se basa en que el autor “no presentó suficiente atención a la situación peligrosa [...] al momento de adoptar su decisión.”⁷⁴ Existe la presencia de una infravaloración del grado de peligro al que se expone el paciente y a esto se suma la

⁷² N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., p. 112

⁷³ H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Comares, Granada, 1993, citado por M, MEINKE, *La Mala Praxis Médica Relaciones entre Derecho Ética y Medicina*, op. cit., p. 94

⁷⁴ *Ibíd*em, p. 94

sobrevaloración de las propias fuerzas del autor que le hacen incurrir en un resultado dañoso.

El elemento básico que debe observarse para que se configure el ilícito de mala práctica médica es el derecho de optar por parte de los profesionales de la salud. El derecho de opción hace referencia a “poseer total libertad en la elección [...] con pleno y absoluto conocimiento del autor respecto del injusto que cometa”⁷⁵. Por lo que es esencial que el resultado dañoso se haya dado cuando el médico tenía el derecho de optar frente al tratamiento que le iba a suministrar al paciente, puesto que nos encontramos ante “actos propios, individuales de voluntad, dirigidos a una finalidad determinada”⁷⁶. En consecuencia, es indispensable que el médico se encuentre en una posición en la que posea derecho de opción para que así se pueda diferenciar el tipo penal de la mala praxis médica con la del homicidio inintencional; el mismo que de acuerdo al art. 459 CP es cometido por aquel que ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra otro. Es fundamental que la mala praxis médica que cause muerte sea sancionada de una manera más severa que el homicidio inintencional y sea considerado un tipo penal independiente, porque tanto en el caso de muerte o lesiones por mala praxis médica, se encuentra de por medio el conocimiento profesional del que se desprende la posición de garante y el deber objetivo de cuidado de los médicos.

Para poder determinar la existencia de un delito debe verificarse la relación de causalidad existente entre el sujeto activo y el daño; esta relación “causas efectos” requiere que la acción u omisión por parte del profesional de la salud, sea la causa principal o directa del resultado dañoso, es decir de la afectación que ha sufrido el paciente. Si bien en los casos de mala praxis médica, el profesional de la salud sobre quien recae una acción penal, justificará su actuar con la no intención de causar daño; por lo que resulta fundamental aclarar que en dentro de la mala práctica médica como un ilícito, si bien el autor no tiene la intención de dañar, “si la tiene de obrar de un modo imprudente o

⁷⁵ N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., p.113

⁷⁶ *Ibíd.*, p.113

negligente”⁷⁷, alejándose de sus deberes profesionales. Por ende este vínculo causal puede verse presente cuando “hubiesen mediado procedimientos médicos positivos o negativos causantes de mala praxis, ya sea por la no aplicación del tratamiento debido o por la omisión profesional del médico actuante”⁷⁸.

Para que un acto sea considerado como un delito, éste debe ser típico, antijurídico y culpable; en el caso de la mala práctica médica para que se hable de culpabilidad es necesario que exista una relación causal entre la voluntad de un sujeto y suceso ocurrido por su intervención; el hecho debe tener un carácter dañoso y socialmente indeseable por lo que el autor debe tener plena y absoluta conciencia respecto a estar contrariando sus deberes, obligaciones y responsabilidades con los que ésta comprometido.⁷⁹ Para que un accionar médico devenga en el ilícito de mala praxis médica, debe verse que “Entre la acción contraria al deber de cuidado y el resultado debe verificarse una relación causal que establezca que el resultado es el producto de la relación misma.”⁸⁰

De acuerdo a las cortes argentinas, desde el punto de vista de la responsabilidad penal, debe verse que si bien el cirujano es responsable de todo lo atinente a la intervención quirúrgica, para poder atribuirle una conducta culposa, debe comprobarse si de su parte hubo violación del deber objetivo de cuidado, existiendo de este modo una necesaria relación entre dicha violación y el resultado dañoso.⁸¹

Para realizar una tipificación más específica sobre el ilícito de la mala práctica médica y así establecer la penalidad necesaria, debe entenderse que la infracción culposa que va a ser penalmente sancionada, puede provenir de distintos modos de obrar; es decir que debe comprobarse la existencia de ciertas conductas por parte de los profesionales de la salud, para que se les pueda atribuir responsabilidad penal por haber lesionado un bien jurídico protegido. Si bien estos modos de obrar suelen ser considerados como formas de culpa, en el caso de la mala praxis médica deberían ser conductas que configuran en sí al

⁷⁷ N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., p.113

⁷⁸ *Ibidem*, p.114

⁷⁹ Cfr., *Ibidem*, p.114

⁸⁰ E. DONNA, *Derecho Penal Parte Especial*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, pp.108-109

⁸¹ Cfr., (Argentina), CNCrim. Correc., sala V, junio 14-988.-P.P.H. LA LEY 1998-E,569 (38.062-S), Citado por N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., p. 116

tipo penal, de este modo también se eliminaría el frecuente error de generalizar a este ilícito con el nombre de negligencia médica.

Imprudencia médica; es cuando se “realiza algo que se debió evitar, actuando con temeridad manifiesta en forma precipitada”⁸², dentro de la imprudencia también se encuentra el exceso de acción mediante el cual el profesional de la salud por su temeridad “efectúa un acto que el deber de previsión le impedía.” Así mismo, el imprudente “omitirá por ligereza y falta de compromiso con su actividad profesional, la atención, cuidados y precauciones que desactiven el peligro o los daños colaterales que su propia conducta pueda provocar a terceros.”⁸³

Para atribuirle la adecuada sanción penal al actor es necesario “probar que por su parte haya mediado una notoria negligencia, imprudencia o un descuido de los más elementales deberes profesionales, susceptibles de comportar un ilícito de Derecho Penal.”⁸⁴ Al sancionar la mala praxis médica no se debe perder el enfoque de en que momentos el hecho dañoso resulta fortuito del accionar del médico ya que situaciones imprevisibles no pueden ser sancionadas; por lo que se necesita de un tipo penal concreto y claro que no vulnere los derechos de los profesionales de la salud.

La negligencia médica, se da cuando se actúa omitiendo una o más acciones necesarias exigidas o exigibles, provocando un “descuido culposo”. A la conducta negligente suele considerársela como una imprudencia pasiva; es decir se “omite lo que el deber de prudencia mínima y previsión necesaria indicaban realizar” por lo que existe una falta o defecto de acción en el obrar negligente.⁸⁵ Este modo de obrar contempla la conducta en la que el profesional de la salud incurre en una inacción, a razón de la cual omite el debido cuidado que le era exigido, impidiéndole tomar adecuada conciencia de la peligrosidad de sus acciones hacia terceros, su integridad y salud. En este caso, el médico olvida la prudencia y diligencia indispensables para su profesión, generándose así una falta

⁸² N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., p. 118

⁸³ *Ibidem* p. 118

⁸⁴ (Argentina), CN Crim. y Corr, Sala I, J A, 1993-III-341 Citado por citado por MONTANELLI N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., p. 118

⁸⁵ Cfr., N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., p. 119

de la acción que evite el daño, lo que la ubica dentro de la culpa inconcibe.⁸⁶ Uno de los casos más frecuentes de negligencia médica es el olvido quirúrgico, es decir el olvido de implementos utilizados en una cirugía en el interior del paciente.

Una situación de emergencia no exime al profesional de la salud de que tome las debidas precauciones al momento de tratar a un paciente, en este sentido se pronuncian las cortes argentinas sosteniendo que “en la emergencia el actuar del imputado ha sido negligente porque ha omitido adoptar los recaudos adicionales que exigían las circunstancias, [...]”⁸⁷ un profesional de la salud debe ahondar en la investigación de los posibles efectos adversos que puede producir la administración de determinado medicamento o tratamiento a su paciente, caso contrario será penalmente responsable por el resultado dañoso que se haya producido.

Una conducta más grave que las antes mencionadas es la impericia por parte de los profesionales de la salud, ya que esta hace referencia a la falta de preparación o conocimientos específicos para desempeñarse, “es una supina ignorancia del proceder más elemental en un arte o profesión, [...] abarca aquellos actos profesionales ejercidos, ignorando sus reglas respectivas como también la insuficiencia de aptitudes en la profesión que desarrolla, desconociendo procedimientos básicos y elementales de la misma”⁸⁸, en consecuencia puede decirse que éste tipo de acciones constituyen una amenaza de por sí de producir daños.

Debido a que la profesión médica se desarrolla alrededor del bien jurídico protegido máspreciado por la sociedad, la vida, los médicos y demás profesionales de la salud deben respetar sus áreas de especialización para no vulnerar la integridad y la vida de sus pacientes por aplicar técnicas o suministrar tratamientos médicos de los cuales no tiene pleno conocimiento y menos aún la preparación suficiente para poder ayudar al paciente, sólo el estado de necesidad podría justificar la intromisión de un profesional de la salud en

⁸⁶ Cfr., N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., p. 119

⁸⁷ (Argentina), CN de Apel. En lo Crim. y Corr., Cap. Fed. Sala 05, Madueño, Vila, Catucci. Abelenda, E. s/ Homicidio culposo. Error de hecho. 26/06/1997 citado por N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., p. 122

⁸⁸ N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., p. 123

un área que no es la de su especialidad. Es necesario considerar que “la pericia se establece en un medio y en una época coetánea con el hecho que se juzga. No se puede considerar que una conducta fue imperita si su consecuencia era opinable o disputable en el arte o profesión de que se trate.”⁸⁹

La inobservancia de reglamentos o deberes que se encuentran a cargo del médico, también configura un tipo penal culpable, ya que los profesionales de la salud en ejercicio de su profesión, deben atenerse y cumplir aquellas disposiciones presentes en reglamentos, normas, códigos, decretos que regulan aspectos relevantes de la profesión. De igual manera deberán acatar las reglamentaciones internas que puedan existir dentro del establecimiento de salud, para su mejor funcionalidad.

La inobservancia de los reglamentos y deberes, configura una culpa *iuris et de iure*, es decir que no admite prueba en contrario. “Esta norma que es inobservada puede consistir en cualquier disposición de orden general dictada por autoridad competente o en cualquier regulación de los deberes del propio cargo.”⁹⁰ Es de tal relevancia y cuidado la profesión médica que el acatamiento de todos y cada uno de los reglamentos que le son impuestos deben ser seguidos en su totalidad, ya que los mismos han sido creados para salvaguardar la integridad del paciente. A éste debe agregarse que “en la apreciación de la culpa, el obrar conforme a derecho, no consiste en la sola observancia de los reglamentos escritos, sino además en el cuidado de elementales normas de precaución, de organización, de diligencia, impuestas por la cultura y la experiencia.”⁹¹

Los avances en la ciencia médica y las características de la vida moderna, hacen que cada día haya menos derecho a la indiferencia y al descuido ante las situaciones de riesgo a las que se enfrentan los pacientes, por lo que la sociedad se ha vuelto más exigente con el cumplimiento del deber de cuidado de los médicos, por que son quienes tienen más comprensión, capacidad específica y preparación técnica para curar y evitar daños o riesgos.

⁸⁹ M, MEINKE, *La Mala Praxis Médica Relaciones entre Derecho Ética y Medicina*, op. cit., p. 95

⁹⁰ *Ibidem*, p. 95

⁹¹ (Argentina), C. Penal Rosario, sala 3º, 02/11/1995 T.C.G-. JA 1998 III síntesis, citado por N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit ., p. 131

El grado de responsabilidad más fuerte de un hecho ilícito se presenta cuando existe dolo, ya que quien actúa dolosamente tiene cabal conocimiento de lo que está haciendo. El actor tiene absoluto dominio y conocimiento sobre los actos ilícitos que realiza y prevé los resultados posibles, probables y ciertos de su accionar.⁹²

Nos encontraríamos ante casos en que los profesionales de la salud son capaces de comprender el resultado contrario a derecho de su conducta y aún así la ejecutan. El dolo, al igual que la culpa tiene sus respectivas subdivisiones. El dolo directo es aquel que engloba todas las finalidades que el autor representó, por lo que se puede decir que obra con total intencionalidad. “El contenido del hecho doloso está constituido por el conocimiento de los hechos actuales, de sus cambios y de los medios para lograrlos.”⁹³ Por otra parte, el dolo indirecto, contiene algunas consecuencias no incluidas con las finalidades del autor, pero deberá realizarlas para lograr lo que desea. En este supuesto, el actor “dirige la acción dolosa a algo que liga directamente esa acción a lo querido.” Es decir utiliza diferentes medios para llegar al resultado pretendido. En el caso de la mala praxis médica, el dolo eventual podría considerarse como el dolo más usual; el dolo eventual es aquel mediante el cual “en los fines del autor están comprendidas la posibilidad de consecuencias no necesariamente buscadas o queridas, pero previstas como muy factibles. El resultado no es directamente querido, pero tampoco deja de quererlo.”⁹⁴

El dolo eventual suele verse en aquellos casos de mala práctica médica en los que un cirujano realiza una intervención cuando el paciente no la requiere de forma inmediata o urgente, la misma que se realiza sin haber tomado ninguna de las precauciones necesarias que eviten la aparición de posibles complicaciones; y si en caso de haberlas tomado no les presta debida atención, creando una situación del alto riesgo y peligro para el paciente que se convierte en víctima. En este supuesto, el médico tuvo la posibilidad a

⁹² Cfr., N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit, p.137

⁹³ S. SOLER, *Tratado de Derecho Penal Argentino*, TEA, Buenos Aires, 1988, p.139

⁹⁴ N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., p.141

más de su deber de prevenir el hecho riesgoso y atentatorio contra la salud y vida del paciente.⁹⁵

Debe considerarse que el elemento volitivo propio del obrar doloso se encuentra no sólo en el querer del agente dirigido al logro que se propusiere, sino también cuando en el sujeto se ha representado la consecuencia de su obrar como un resultado necesario de su accionar y también cuando se consiente el resultado como posible consecuencia de su acción.⁹⁶

Por lo general resulta complicado comprobar la existencia de dolo dentro de los casos de mala praxis médica, ya que para que un hecho sea punible como doloso, deben comprobarse las etapas del *iter criminis*, es decir debe comprobarse que haya ideación, preparación, ejecución y consumación; lo cual sin duda resulta complejo debido a la naturaleza de la prestación de servicios médicos. Para la prueba de la actividad profesional dolosa, se deberá acreditar la “intencionalidad dirigida a obtener un resultado claramente delictivo y perverso mediante su accionar.”⁹⁷ En consecuencia es en la culpa donde se ve más frecuentemente el grado de responsabilidad por el que deben responder los profesionales de la salud; ya que ésta es “la omisión de la conducta debida, positiva o negativa para evitar o preveer un daño.” Así mismo debe verse que la culpa consiste en un “error de conducta, en aquello que no habría cometido una persona prudente y cuidadosa, preocupada” de las consecuencias dañosas que su conducta puede derivar a terceros.⁹⁸

Por lo que es fundamental que se cree un tipo penal que sancione y contemple lo antes expuesto; tomando en especial consideración que el accionar con negligencia, imprudencia, impericia o violando los deberes jurídicos del médico, crean la figura del ilícito culposo, en el cual se encuentra la mala práctica médica. Por lo que tan sólo el buen obrar, prudente y con criterio suficiente de los profesionales de la salud, serán la garantía

⁹⁵ Cfr., N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., p.141

⁹⁶(Argentina), CNCrim. Y Correc. Fed, sala II, 2/7/91, ED, 94-705, citado por *Ibíd*em, p.141

⁹⁷ N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit ., p.144

⁹⁸ Cfr., *Ibíd*em, p.144

absoluta para poder deslindar la posible concurrencia de dolo o culpa ante una denuncia de mala práctica médica.⁹⁹

⁹⁹ Cfr., N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op.cit., p.145

CAPÍTULO II

MALA PRAXIS MÉDICA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DELITO IMPRUDENTE.

2.1 Delito Imprudente

Los procedimientos médicos negligentes que desencadenan casos de mala praxis médica, son en su mayoría casos en los que se ve presente un injusto imprudente. Debe considerarse como injusto al ámbito en el que, mediante una conducta que la persona podía controlar en su realización y forma de ejecución es lesionado o puesto en peligro un determinado bien jurídico.¹⁰⁰

Si bien para que pueda hablarse de imputación por imprudencia en el ámbito jurídico penal, es necesario que la conducta sea típica; por lo que es necesario que se reúnan tanto los elementos objetivos como subjetivos del tipo penal. La tipicidad objetiva hace referencia al riesgo que la conducta representa, en consecuencia, el legislador la ha

¹⁰⁰ Cfr., A. CADAVID QUINTERO, *Introducción a la Teoría del Delito*, DIKE, Medellín, 1998, p.45

plasmado dentro de un tipo. Por otro lado, la imputación subjetiva se enfoca en la representación del agente de ese riesgo.¹⁰¹

En el caso de la mala práctica médica nos encontraríamos dentro de un supuesto de imputación extraordinaria, ya que se debe atribuir responsabilidad aunque no se cumpla con los requisitos ordinarios de la imputación, por lo que se debe responsabilizar al agente de su “propio defecto de imputación, en concreto de su error”. De lo que se deriva la responsabilidad por imprudencia.¹⁰²

La responsabilidad por imprudencia no puede ser considerada como un mero aspecto psicológico; sino por el contrario como una concepción normativa, configurada por el carácter evitable del daño que da lugar a la penalización de una actuación imprudente, como la de un profesional de la salud dentro de la mala praxis médica. El deber de impedir el daño, fundamenta la imputación de determinada conducta por no haber evitado la lesión a un bien jurídico protegido.¹⁰³

Para hablar de delito imprudente es necesario que se trate el concepto de culpa como un hecho de resultado imprevisto, que debió haberse previsto. La culpa en su sentido clásico y general no es más que un acto que pudo y debió ser previsto y que por falta de previsión produce un efecto dañoso en las personas. La calidad culposa dentro de los delitos de mala práctica médica es inminente, ya que los resultados que de ésta se derivan son a consecuencia de conductas que pudieron ser previstas por los médicos y al no serlas generan un resultado dañoso para los pacientes, pudiendo provocarles lesiones o incluso la muerte.¹⁰⁴

Debe tomarse en cuenta, como ya se mencionó en el capítulo anterior que existen dos clases de culpa: la consciente y la inconsciente; la culpa puede nacer de la impericia, la imprudencia, la negligencia o la inobservancia de los reglamentos, modos de obrar

¹⁰¹ Cfr., UNIVERSIDAD DE NAVARRA- VREA DE DERECHO PENAL: *El delito imprudente y la responsabilidad por imprudencia*, <http://www.unav.es/ocw/dpenal2/pdf/n51.pdf>, p. 1, 24 de noviembre del 2010

¹⁰² Cfr., *Ibíd*em p. 1

¹⁰³ Cfr., *Ibíd*em, p.1

¹⁰⁴ Cfr., M. REAL, *Delito Imprudente- Responsabilidad profesional en el psicoanálisis*, http://www.segurosmedicos.com.ar/articulos/seguros_medicos-responsabilidad_profesional_en_el psicoanálisis.pdf, p.1, 24 de noviembre 2010

culposos en los que incurre todo médico quien por falta de cuidado en labores propias de su profesión lesiona o le produce la muerte a una persona que se ha sometido a sus cuidados.¹⁰⁵

El perfeccionamiento del sistema dogmático que se enfoca en el delito imprudente se ha producido de la mano de la evolución de lo que se conoce como “sociedad de riesgo”. Esto se da debido a que las exigencias de la sociedad moderna, permiten y en cierto casos requiere del ejercicio de actividades y el empleo de instrumentos que reproducen y amplían la potencialidad lesiva de ciertas conductas, es decir se permite el desempeño de actividades que en otras circunstancias serían idóneas para producir daños, esto no quiere decir que la realización de éstas conductas cuando lesionan un bien jurídico protegido, se encuentren exentas de la sanción penal pertinente.¹⁰⁶

Las actividades que caracterizan a la sociedad de riesgo “son imprescindibles para el normal desenvolvimiento de la vida dentro de ella”. Entre éstas actividades se encuentran las médico quirúrgicas, que comprenden todas las actividades que potencian unas mejores condiciones de vida para la generalidad de los ciudadanos, pero al mismo tiempo estas actividades, generan un riesgo real de afectación de bienes jurídicos con los que entran en contacto directo e indirecto, los bienes jurídicos que pueden verse afectados son la vida, la integridad personal y la salud pública.¹⁰⁷ En consecuencia, puede decirse que la responsabilidad por imprudencia, se vincula al manejo irregular de las fuentes de peligro para determinados bienes jurídicos. “En los delitos imprudentes, la desaprobación jurídica recae, sobre la forma de realización de la acción o sobre la selección de los medios para realizarla”.¹⁰⁸

Actualmente, la doctrina de manera unánime, reconoce el moderno concepto de imprudencia como forma específica de injusto, Engisch al observar que al constatar la insuficiencia de un modelo causal naturalístico para explicar lo que la comunidad jurídico

¹⁰⁵ Cfr., M. REAL, *Delito Imprudente- Responsabilidad profesional en el psicoanálisis*, op.cit., p. 2

¹⁰⁶ Cfr., A. CADAVID QUINTERO, *Introducción a la Teoría del Delito*, op. cit., p. 165

¹⁰⁷ Cfr., *Ibidem*, p. 166

¹⁰⁸ F. MUÑOZ CONDE Y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 261

penal tendía a entender como delito culposo, propuso que la infracción de un deber de cuidado debía ser la clave del entendimiento del mismo y el elemento idóneo para distinguirlo de otras formas de actuación delictiva.¹⁰⁹

El derecho penal dirige un mensaje normativo consistente en que al actuar debe observarse el cuidado necesario para no lesionar, ni poner en peligro de manera antijurídica los mencionados bienes jurídicos protegidos. De esta manera, se crea un mandato de observancia del cuidado jurídicamente exigido para evitar la antijurídica lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, es lo que formula el derecho en las normas que consagran los delitos imprudentes¹¹⁰; y es esto precisamente lo que justifica la necesidad de que la legislación penal ecuatoriana cree un tipo penal que contenga a la actuación negligente de los profesionales de la salud, quienes debido a la omisión culposa de los deberes objetivos de cuidado que le son exigidos debido a su profesión y a la posición de garante en la que se encuentran frente a sus pacientes, le irrojan un daño a los mismos.

En consecuencia se debe plantear el problema relativo al contenido de la motivación en materia de imprudencia, en “función de la finalidad que tiene el derecho de evitar la realización de conductas que caracterizadas por su negligencia, pudieran hacer previsible desde una perspectiva *ex ante* la producción resultados desaprobados por el derecho,”¹¹¹ esto se da como consecuencia de la necesidad de brindar seguridad jurídica a los individuos, imponiendo a las demás personas, especialmente a aquellas que desempeñan actividades de riesgo un deber de actuación diligente que vine directamente impuesto por la norma.

De lo antes expuesto se desprende, que el autor tendría un motivo para no actuar de manera negligente/imprudente, ya que sólo si se comporta de manera diligente, podrá estar desde una perspectiva *ex ante* seguro de que en ningún caso va a ser castigado, “ni en base al tipo doloso ni al tipo imprudente.”¹¹²

¹⁰⁹ Cfr., A. CADAVID QUINTERO: *Introducción a la Teoría del Delito*, op. cit., p. 167

¹¹⁰ Cfr., *Ibíd.*, p. 167

¹¹¹ *Ibíd.*, p. 169

¹¹² E. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1990, p., 169

Es necesario tomar en cuenta que si en la culpa existe tanto culpa conciente como inconciente, en el delito imprudente se debería prever la existencia del mismo supuesto debido a que éste se configura a raíz de un modo de obrar culposo. En consecuencia, cierta parte de la doctrina considera que resulta problemático penalizar a aquellos daños que se generan por imprudencia inconciente; más autores como Mir Puig sostienen que el no advertir el imperativo de la norma es lo que configura como delito a la imprudencia inconciente, “todo ello dentro del contexto según el cual, la imprudencia inconciente se caracteriza por la no previsión de la posibilidad de producir lesión.”¹¹³

No considerar como sancionable a una actuación médica imprudente por el hecho de ser calificada como de imprudencia inconciente, sería dejar en un limbo de desprotección a los ciudadanos, ya que la defensa de todo profesional de la salud sería el haber actuado con imprudencia inconciente. La imprudencia inconciente es aquella que

se presenta cuando el sujeto no tiene siquiera consciencia (representación o previsión) de la posibilidad de producción de la parte objetiva del hecho típico, bien porque no se da cuenta en absoluto de la peligrosidad de la conducta en relación a un hecho típico así, o bien, porque, aun siendo consciente de la posibilidad y peligro de que concurren algunos elementos del tipo, por un error vencible de tipo desconoce la presencia o posible concurrencia de algún otro elemento típico.¹¹⁴

Si tomamos en cuenta el delito imprudente de tipo subjetivo, podemos ver su estrecha relación con la mala praxis médica, por lo que éste tipo de conductas no deben dejarse en la impunidad; esto equivaldría al otorgamiento de una autorización para la actuación en circunstancias de total indiferencia con respecto a los bienes jurídicos ajenos, que el derecho penal debe evitar, intentando prevenir la realización de esas conductas. El tipo subjetivo del delito imprudente, está vinculado con la “contrariedad al cuidado”, el mismo que consiste en el conocimiento por el sujeto de una parte típicamente relevante de las condiciones del resultado de las que de acuerdo a la valoración que da el ordenamiento jurídico, surge un peligro intolerable.¹¹⁵ La responsabilidad penal de éste tipo de

¹¹³ S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Bocsh, 1976, p., 52

¹¹⁴ A. CADAVID QUINTERO, *Introducción a la Teoría del Delito*, op.cit., p. 170

¹¹⁵ Cfr., E. STRUENSSE, “ El tipo subjetivo del delito imprudente”, trad. J.Cuello Contreras en ADPCP, Madrid, 1987, citado por A. CADAVID QUINTERO, *Introducción a la Teoría del Delito*, op.cit., p. 172

conductas parte de un supuesto similar a lo que la doctrina ha calificado como “culpa /imprudencia por asunción”, fundamentándose en la realización de una conducta de la que se conoce que puede resultar generadora de riesgo como es el caso de la medicina.¹¹⁶ La imprudencia por asunción se daría al atribuírsele al actor un riesgo comprobable desde una perspectiva *ex ante*.

Puede decirse, que la doctrina en manera general, tiende a admitir la posibilidad de sancionar conductas en las que el agente desconozca los factores esenciales de la situación de riesgo, a los que “con el grado de atención jurídicamente exigible hubiera podido acceder.”¹¹⁷ La responsabilidad por imprudencia inconciente, se debe de considerar punible en la medida que determine la producción de un resultado respecto del cual existiera por lo menos previsibilidad por parte del agente, la punibilidad de este tipo de conductas, se ha condicionado a la creación de un estado de cosas respecto de las cuales la persona podía disponer su no producción, teniendo en cuenta la previsibilidad y control de los efectos de su actuación.¹¹⁸

En general todo injusto imprudente se estructura sobre una base normativa consistente en la infracción del deber de cuidado, en consecuencia los requisitos de punibilidad se centran en la previsibilidad del resultado lesivo. Debido a la naturaleza riesgosa de la actividad médica, el agente siempre tiene previsibilidad sobre el eventual resultado dañoso que se puede desprender de su conducta. Por lo que al derecho penal no sólo le debe interesar sancionar las conductas que intencionalmente produzcan peligro o lesionen bienes jurídicos; sino que también debe sancionar a las conductas que por su forma descuidada de ejecución puedan poner en peligro o lesionar bienes jurídicos valorados como especialmente importantes.¹¹⁹

Debe tomarse en cuenta que lo injusto de un comportamiento vendrá determinado por la superación de los niveles de riesgo permitido, lo que conferiría un carácter

¹¹⁶ Cfr., M. CORDOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, Barcelona, PPU, 1989, p., 157, citado por A. CADAVID QUINTERO, *Introducción a la Teoría del Delito*, op.cit., p. 175

¹¹⁷ Cfr., A. CADAVID QUINTERO, *Introducción a la Teoría del Delito*, op.cit., p. 175

¹¹⁸ Cfr., *Ibídem*, p. 177

¹¹⁹ Cfr., *Ibídem*, p.178

marcadamente objetivo al proceso de determinación del injusto.¹²⁰ A su vez, puede decirse que para que los hechos sean punibles, es preciso que hayan sido cometidos con imprudencia grave.¹²¹ Para que la imprudencia se califique como grave, el juicio debe recaer sobre la acción, es decir sobre la infracción del cuidado debido; por lo que cuando la infracción supone una inobservancia de las elementales reglas de cuidado o diligencia en relación con la actividad médica, en tales consideraciones la imprudencia deberá catalogarse como grave.¹²²

Ya que toda actuación médica requiere de una observancia extrema de las normas de cuidado, toda situación que se derive de una desatención a las ya mencionadas normas debe ser considerada como una imprudencia grave, ya que demuestra la falta de diligencia del profesional de la salud. Esta imprudencia en el obrar del médico amerita una sanción penal debido al riesgo en el que se coloca al paciente. Por lo que debe considerarse como esencia de la imprudencia a la infracción al deber objetivo de cuidado.

Cuando nos encontramos frente a un injusto imprudente, para la constatación de la culpabilidad, es esencial la infracción del cuidado subjetivo; ya que en el derecho penal, para evitar un resultado lesivo, se exige que el hombre ponga todo el esfuerzo de su poder individual. Por lo que se conectaría la culpabilidad en el caso de la mala praxis médica con el sujeto concreto, ya que la medida de la culpabilidad del autor ha de estar individualizada, lo que se justificaría con las mayores expectativas que los profesionales de la salud proyectan hacia la sociedad y a la actividad de riesgo que se encuentra envuelta en su profesión.¹²³

Si se analiza la lesión de cuidado en el ámbito de la culpabilidad, manteniendo una determinación objetiva-subjetiva del cuidado, el examen de culpabilidad debe realizarse en dos niveles; primero en la infracción del cuidado objetivo, es decir el cuidado general exigido en el tráfico; y segundo debe considerarse la infracción del cuidado exigible al

¹²⁰ Cfr., A. CADAVID QUINTERO, *Introducción a la Teoría del Delito*, op. cit., p. 188

¹²¹ Cfr., C. ROMEO CASABONA, "Peligrosidad y peligro en la estructura del delito imprudente", *Revista de Derecho Penal*, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 38

¹²² Cfr., *Ibidem*, p. 36

¹²³ Cfr., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, BdeF, Buenos Aires, 2008, p., 21

autor. Éste cuidado exigible al autor es fundamental a ser considerado al momento de analizar el comportamiento penalmente sancionable por parte de los profesionales de la salud, debido a la especial calidad que ostentan y a la relación de confianza depositada por el paciente. Debe tomarse en cuenta que si el autor bajo especial consideración de sus circunstancias individuales, ha desatendido el cuidado personal que le correspondía y en el supuesto de que el autor, en la medida de sus circunstancias no haya lesionado el cuidado subjetivo, quedará libre de reproche. Éste debe ser un criterio básico a ser aplicado dentro de la conducta criminal de la mala praxis médica.¹²⁴

La doble medida de cuidado que se desprende de lo anteriormente expuesto, puede sólo limitar la responsabilidad del autor y no ampliarla. Por lo que la contraposición entre la exigencia del deber y la expectativa del poder personal, ambos requisitos siempre presentes en las conductas de los profesionales de la salud, configuran el principio de culpabilidad imprudente.¹²⁵

Manteniendo la postura sobre una determinación objetivo-subjetiva en la culpabilidad, el injusto del delito imprudente se agota en la realización del resultado descrito en el tipo legal. “La realización del resultado será típica tanto cuando éste se origina a través de la infracción como de la inobservancia del cuidado.”¹²⁶

De acuerdo a la perspectiva mayoritaria, se debe colocar a la lesión del cuidado en el ámbito del injusto, es decir mirar a la lesión o infracción del cuidado objetivo como contenido del “desvalor de la acción”, que constituye el núcleo del tipo de injusto imprudente. El deber de cuidado externo entendido como un elemento del tipo, exige su cumplimiento “hasta donde exista la previsibilidad que de la ejecución de esas acciones peligrosas, o la no realización de acciones obligadas, puede devenir una amenaza relevante de realización del tipo”. Debe agregarse que el injusto total solamente se produce cuando la infracción de la norma de cuidado va acompañada de la ausencia de causas de justificación, ya que sólo en este caso se habrá “infringido el imperativo dirigido al

¹²⁴ Cfr., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, op.cit. p. 22

¹²⁵ Cfr., *Ibíd*em, p. 23

¹²⁶ Cfr., *Ibíd*em, p. 25

cuidado.” La estrecha vinculación entre el deber de cuidado y los profesionales de la salud, permite justificar la utilización de la figura del injusto imprudente para sancionar penalmente a la mala praxis médica.¹²⁷

La jurisprudencia europea de manera mayoritaria, distingue entre el deber de cuidado objetivo y el subjetivo, vinculando el primero al injusto y el segundo a la culpabilidad, en consecuencia solamente cuando se ha constatado el aspecto objetivo del hecho imprudente puede seguirse preguntando si el mandato general de cuidado y previsión también hubiese podido ser cumplido por el “autor individual según su inteligencia y formación, su capacitación y habilidad, su experiencia de la vida y su posición social.”¹²⁸

Dentro de los delitos imprudentes, se puede hablar de la omisión de prestar atención al cuidado debido, esto no debe confundirse con la omisión de una acción externa como en el caso de los delitos impropios de omisión, ya que en los delitos imprudentes nos encontramos frente a la omisión de una acción interna; es decir, de la omisión del esfuerzo de voluntad necesario para preveer un resultado previsible.¹²⁹ En el supuesto de la mala práctica médica, la no atención del cuidado deviene en una acción externa la cual produce el resultado lesivo, debido a la especial obligación y carga de deberes que poseen los profesionales de la salud. Carrara sostiene que cuando el sujeto tiene una especial obligación de actuar, nos encontramos ante una “voluntaria omisión de la diligencia debida”, la misma que debe recibir la sanción pertinente.¹³⁰

En la omisión del deber objetivo de cuidado, del injusto imprudente, no suele darse relevancia a si el deber se ha infringido mediante una actuación omisiva o comisiva, lo que debe ser considerado es la existencia de la omisión en el deber de cuidado que debían tener los profesionales de la salud frente a sus pacientes; mediante la desatención del deber objetivo de cuidado, se da una desatención de las obligaciones que le son inherentes por

¹²⁷ Cfr., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, op. cit. p., 28

¹²⁸ Cfr., H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal (Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde)*, BOSCH, Barcelona, 1981, p., 772

¹²⁹ Cfr., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, op. cit., pp. 34-35

¹³⁰ Cfr., *Ibidem*, p. 35

su calidad personal, cuya consecuencia es la no evitación del hecho y su resultado, mediante la acción imprudente del médico, éste está dejando de lado algo a lo que está obligado debido a la naturaleza de su profesión.

La presencia de omisión dentro del injusto imprudente, no implica por ninguna razón equiparar la imprudencia a la omisión, ya que en la omisión el imperativo consiste en un deber obrar eficazmente, mientras que en la imprudencia nos encontramos frente a “un deber obrar eficazmente mejor.”¹³¹

El incumplimiento del cuidado debido no debe verse como la no realización de una acción; en tanto el cuidado no es una acción, sino que está siempre en dependencia de un hacer. Por lo que la no observancia del deber objetivo de cuidado ocasiona que el profesional de la salud incurra en un determinado comportamiento que da como resultado la lesión a un bien jurídicamente protegido; incurriendo en la violación de la salvaguarda de bienes jurídicos que le corresponden a todo profesional de la salud.

Los delitos imprudentes pueden ser encajados dentro de aquellos llamados “delitos resultativos”, en los que basta cualquier conducta que cause el resultado típico, sin limitación de las modalidades de acción. Es decir que aquel profesional de la salud se puede encontrar ante un caso de mala práctica médica sin importar si su comportamiento fue de acción, omisión, oblitio quirúrgico, mala prescripción de medicamentos, entre otros; siempre que se produzca un resultado dañoso o cree una situación de peligro pasa su paciente convirtiéndolo en un víctima.¹³²

La capacidad y conocimientos del sujeto deben ser considerados como un problema por solucionar en el nivel de la tipicidad, puesto que las posibilidades del autor de realizar la conducta adecuada configura el propio contenido de la norma de cuidado. En la determinación ex ante de la norma de cuidado concurrente en el caso concreto, se tienen en cuenta los conocimientos y capacidades del sujeto. Lo que comporta que la existencia o no de infracción de la norma de cuidado y por tanto la tipicidad se desprenda

¹³¹ Cfr., J. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, citado por M, CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, Ob. cit. p., 39

¹³² Cfr., S. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, 1985, p., 166

del poder individual del sujeto. Poder individual que en la profesión médica están compuestos por los debidos conocimientos y destrezas que se dirigen al obrar diligente por parte de los profesionales de la salud.¹³³ “El conocimiento o la cognosibilidad del peligro será el elemento que otorgue significado jurídico-penal a las conductas de los supuestos imprudentes.”¹³⁴

En cuanto a la configuración del tipo penal que consagra al delito imprudente, se considera que estos poseen una relativa indeterminación, más esto es consecuencia de la estructuración de éste tipo de delito a partir de la infracción de un deber de cuidado y de la imposibilidad de determinación legal del cuidado requerido en cada situación en la que exista un peligro de lesión para un bien jurídico, pero que de alguna manera la materia de prohibición queda agotada con la exigencia de afectación del cuidado requerido en el correspondiente ámbito de relación.¹³⁵

Resulta importante considerar que la norma penal posee dos finalidades frente a la evitación de determinados comportamientos; por una parte, se busca motivar a los cuidados a la abstención de la realización de las conductas con las que directamente procuren la afectación de un bien jurídico; por otra, busca motivar a la ejecución cuidadosa de las conductas de las que debido a su potencialidad lesiva o de los medios empleados en su ejecución, pudiera desprenderse la lesión o puesta en peligro para un bien jurídico. Por lo que “la conducta típica vendría a ser aquella que *ex ante* se presenta como riesgosa para un bien jurídico protegido.”¹³⁶ El injusto imprudente es muy efectivo para sancionar los casos de mala praxis médica, ya que obliga al sujeto a conocer exactamente las consecuencias de su conducta.

¹³³ Cfr., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, op. cit. p.,47

¹³⁴ *Ibidem*, p., 54

¹³⁵ Cfr., A. CADAVID QUINTERO, *Introducción a la Teoría del Delito*, op. cit., p. 186

¹³⁶ *Ibidem*, p. 203

2.1.1 La imprudencia como error

Para que de un error se genere un injusto imprudente, es necesario que el mismo haya sido evitable y exista una falta en el saber por parte del profesional; es decir la imprudencia vendría a ser el no conocimiento del injusto cuando éste debía conocerlo.¹³⁷

Considerando a la mala práctica médica dentro de los delitos imprudentes, éstos en el momento que el agente lesiona o daña a determinado individuo, en el presente supuesto al paciente, el médico puede ser imputado ya que le correspondía no incurrir en ese error, en consecuencia el profesional de la salud debe ser sancionado por no haber evitado dicho error que le produce lesiones, muerte o introduce al paciente en una situación riesgosa. Debe considerarse que no toda clase de error es imputable, sino sólo aquellos que al agente le “incumbía evitar”, por lo que éstos pueden ser considerados como errores vencibles. Por ende la “responsabilidad por imprudencia se basa en un error evitable del agente respecto al riesgo desplegado por la propia conducta”.¹³⁸

La sanción que debe darse a un error con carácter vencible sobre elementos del tipo, tiene su fundamento en que el agente no veló por no incurrir en el error; es decir que “obró contra un deber de cuidado”; lo cual encaja de manera perfecta con la conducta de profesionales de la salud que producen lesiones, muerte o colocan en situación de riesgo al paciente.¹³⁹

Hay casos de error que sin embargo pueden considerarse dolosos; esto se produce cuando el “agente conoce que desconoce el riesgo de su conducta, y a pesar de eso continúa actuando”¹⁴⁰, es decir, el sujeto sabe que está en error y continúa actuando. Conducta que puede evidenciarse en casos de personas que sin tener título de médico o de cualquier otro tipo de profesional de la salud que ejerce la profesión y provoca daños a un paciente; cuando un profesional de la salud sabe que no tiene la experiencia ni el

¹³⁷ Cfr., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, Ob. cit., p., 16

¹³⁸ UNIVERSIDAD DE NAVARRA, *Op.cit.*, p.2

¹³⁹ Cfr., *Ibíd.*, p.2

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p.2

conocimiento necesario para realizar un procedimiento y a pesar de ello lo realiza e irroga lesiones, produce la muerte o coloca en situación de peligro al paciente.¹⁴¹

Más debe considerarse que esto no quiere decir asimilar a la culpa y al error al momento de valorar al delito imprudente, por lo que debe anticiparse que la idea del elemento normativo de la infracción del deber recae en afirmar que la condición decisiva de la culpa es el cumplimiento o incumplimiento de los deberes propios del agente. Debe entenderse al error en la imprudencia como “un actuar equivocado” en éste sentido, ya que toda culpa supone un actuar equivocado. Por lo que se podría afirmar que siempre que hay culpa se incide en un error, más no al revés.¹⁴²

2.1.2 El Rol de la Previsibilidad en la Imprudencia

Al momento de tratar la imprudencia, debe tomarse en consideración si hubo no previsión de un resultado previsible. Por lo que en éste supuesto, la culpa es la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad. Podría incluso decirse que la previsibilidad “es el elemento subjetivo de la culpabilidad sustitutiva del elemento intencional propio del dolo.”¹⁴³ La falta de previsión puede ser considerada de extrema importancia dentro del injusto imprudente, ya que es característico de la imprudencia prever el resultado y no aceptarlo o no preverlo pudiendo o debiendo hacerlo. En el caso de los profesionales de la salud, éstos siempre se encuentran en la obligación de prever el posible resultado de sus acciones debido a la naturaleza de su profesión. La no previsión de las posibles consecuencias que se podrían desprender de su conducta es sin duda una actuación sin la diligencia debida pudiendo lesionar los bienes jurídicos protegidos de sus pacientes; por lo que la previsibilidad no resulta solamente útil para efectos probatorios, sino que por el contrario es un elemento del tipo imprudente.

¹⁴¹ Cfr., UNIVERSIDAD DE NAVARRA, *op.cit.*, p.2

¹⁴² Cfr., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, *op.cit.* p. 17

¹⁴³ *Ibíd.*, p. 18

El deber de previsibilidad para que no se configure un injusto imprudente siempre debe ser respetado por los profesionales de la salud, para que desde una perspectiva *ex ante* puedan analizar sus procedimientos y guiarlos hacia un correcto accionar. De acuerdo a la doctrina alemana, la previsibilidad subjetiva, real o potencial, es el elemento que constituye el tipo subjetivo imprudente junto a la no observancia del cuidado objetivamente requerido.¹⁴⁴

Sin embargo de lo antes dicho, tanto la apreciación de la imprudencia como error y la especial connotación que recibe la previsibilidad al momento de calificar a la conducta imprudente, estas dos teorías poseen una concepción bastante psicológica de la culpa; por lo que no deben ser consideradas de manera aislada y absoluta para determinar si existe o no imprudencia, ya que pueden presentar problemas al momento de analizar un caso culpa inconciente debido a la falta de conexión psíquica entre el autor y el resultado, como ya se explicó con anterioridad.¹⁴⁵

En consecuencia, a más de las antes dichas teorías, debe atenderse al carácter normativo de la imprudencia ya que éste determina la sustitución de la concepción normativa de la culpabilidad por la concepción normativa que brinda un mayor grado de certeza a los individuos.¹⁴⁶

2.2 Injusto Imprudente Tipo Objetivo.

El delito imprudente, se estructura a partir de la exigencia normativa de que al realizar determinadas acciones se observe el cuidado necesario para evitar lesionar o poner en peligro a un bien jurídicamente protegido. Por lo que se puede decir que lo que la norma penal pretende motivar es la observancia del cuidado debido en cada situación para evitar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.¹⁴⁷ Es esencia de la imprudencia, el

¹⁴⁴ Cfr., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, op. cit. p. 19

¹⁴⁵ Cfr., *Ibidem*, p. 20

¹⁴⁶ Cfr., *Ibidem*, pp. 20-21

¹⁴⁷ Cfr., A. CADAVID QUINTERO, *Introducción a la Teoría del Delito*, op.cit., p. 175

momento normativo de la infracción de la norma de cuidado.¹⁴⁸ En consecuencia esta infracción o lesión del cuidado objetivo, como contenido del desvalor de la acción constituye el núcleo del tipo del injusto imprudente. De lo que se deriva de manera lógica que la inobservancia por parte de los profesionales de la salud del deber de cuidado que tienen para con sus pacientes, debe encontrarse dentro de un tipo penal individual. Por lo que puede concluirse que la consideración del injusto imprudente, como infracción de la norma de cuidado, se deriva de la concepción de la norma penal como norma de determinación.¹⁴⁹ De lo que se desprende la necesidad de que se cree un tipo penal que sancione a la mala práctica médica como un delito y que se deje de lado la asimilación a otros tipos penales que no permiten que se de una sanción adecuada e impiden que se de una efectiva tutela del bien jurídico protegido.

La existencia del deber objetivo de cuidado, si bien ha tomado mayor realce en al época moderna, no puede ser considerado como un modismo, ya que desde 1813 dentro del proyecto de Código Bávaro, se encuentra plasmado el deber autónomo de diligencia.¹⁵⁰ En consecuencia puede verse que la idea de la infracción del deber de cuidado no es nueva, lo que sí “es relativamente reciente es su incorporación a la estructura del injusto, como núcleo del mismo”.¹⁵¹ Así mismo la infracción del deber objetivo de cuidado es lo que ha de determinar la creación de un peligro típicamente relevante.¹⁵²

El proceso de determinación que le da el carácter de penalmente relevante a determinado hecho, exige la constatación de la concurrencia de ciertos elementos como: la existencia de un tipo penal en el que esté prevista la norma general que demanda la observancia de cuidado para evitar la afectación de determinado bien jurídico; así mismo, para la concreción del cuidado correspondiente a esa situación, se entenderá a la existencia o no de reglas técnicas provenientes de la *lex artis*, las mismas que tendrán un valor

¹⁴⁸ Cfr., S. MIR PUIG, *Derecho penal partes generales*, B de F, Buenos Aires- Montevideo, 1985, p. 134

¹⁴⁹ Cfr., *Ibíd.*, p. 110

¹⁵⁰ Cfr., A. CADAVID QUINTERO: *Introducción a la Teoría del Delito*, op.cit., p. 167

¹⁵¹ *Ibíd.*, p. 168

¹⁵² Cfr., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, Op.cit. p., 2

indicativo. El conocimiento profesional que posee el actor es fundamental para la configuración del injusto imprudente; ya que la determinación del deber objetivo de cuidado no es posible sin tomar en consideración los conocimientos que el sujeto tenía o debería tener sobre la peligrosidad de su conducta.¹⁵³

Debe tomarse en cuenta que en los delitos imprudentes, la adecuación social y el riesgo permitido, se concatenan en el cuidado necesario que debe tenerse dentro del tráfico como elemento objetivo del tipo imprudente¹⁵⁴. Lo que resulta siempre necesario es la previsibilidad objetiva de la realización típica. Ya que el cuidado objetivo que debe ser seguido por los médicos debe procurar que se de la realización típica y “esta evitación depende lógicamente de la previsibilidad de la realización típica”. En consecuencia, “el deber de preveer y el deber de evitar conforman el contenido del deber de cuidado objetivo lo que configuraría una causalidad adecuada.”¹⁵⁵

La jurisprudencia argentina, sostiene que la observancia del deber objetivo de cuidado es fundamental para la configuración del ilícito de la mala praxis médica, considerando que el médico actuó de manera negligente omitiendo el deber objetivo de cuidado “al indicar un calmante que su paciente por su condición de alérgico no podía soportar y en éste orden de ideas cabe preguntarse qué conducta era la exigible en particular teniendo en cuenta la edad del paciente y los riesgos que podían provenir de todas estas circunstancias”¹⁵⁶. El médico en este supuesto no extremó las medidas de precaución que le eran exigidas, por lo que se le encuentra penalmente responsable por el deceso de su paciente.

La esencia del cuidado que deben tener los médicos, se relaciona directamente con la norma de cuidado mediante la que deben guiar sus actos. Ubicando a la norma de cuidado dentro del tipo y núcleo del injusto imprudente, puede apreciarse a la norma de

¹⁵³ Cfr., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, op. cit., P. 3

¹⁵⁴ Cfr., E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y la causalidad*, Bosch, Madrid, 1966, p. 115

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 118

¹⁵⁶ Cfr.,(Argentina), CN de Apel. En lo Crim y Corr., Cap. Fed., Sala 05. Madueño-disidencia-, Vila, Catucci. Abelenda, Eloy. s/ Homicidio culposo. Error de hecho médico. 26/06/1987, citado por N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op. cit., p. 52

cuidado como elemento integrante del tipo imprudente, es una norma de determinación que persigue la evitación de lesiones de bienes jurídicos, motivando a los individuos a no realizar conductas que configuren un delito.¹⁵⁷ Es decir, que la norma se conforma de acuerdo al cuidado general exigible para evitar la realización de “conductas que crean o incrementan el riesgo” al que se expone el paciente, de “forma penalmente relevante”.¹⁵⁸

En el supuesto del profesional de la salud que le provoca la muerte a su paciente, nos encontramos ante el delito de homicidio; la norma del homicidio es lesionada por quien realiza una acción peligrosa para la vida, por quien habiendo causado un peligro para la vida de otro no hace nada para evitarlo y por quien no cumple el deber jurídico de atención. “La imprudencia es esencialmente, según esta construcción, una infracción del deber subjetivo de cuidado”;¹⁵⁹ con ello no se prueba el poder de motivación de la norma en los delitos imprudentes por lo que la solución debe buscarse en la eficacia motivadora del deber objetivo de cuidado. “El cuidado viene determinado por las circunstancias objetivas, pero las cualidades personales del autor juegan un papel esencial en la concreción del deber objetivo de cuidado”.¹⁶⁰

El profesional de la salud que actúa de manera imprudente, materializa la realización típica en el momento en que se infringe una norma de cuidado que crea un riesgo adecuado de muerte, aun cuando a partir de ese momento se pierda todo control sobre los acontecimientos. La observancia de los deberes de cuidado por parte de los médicos, es fundamental para que el resultado de sus conductas no sea penalmente sancionado comprobando que actuaron con la diligencia debida en el caso concreto.

“El cuidado exigible en el caso concreto, desde el punto de vista de las normas jurídicas no es el contenido en un deber cuya no realización produce responsabilidad, sino solamente en una condición bajo la cual ha de realizarse la conducta”.¹⁶¹ En consecuencia

¹⁵⁷ Cfr., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, op. cit., p. 55

¹⁵⁸ Cfr., *Ibidem*, p.56

¹⁵⁹ Cfr., *Ibidem*, p. 58

¹⁶⁰ Cfr., *Ibidem*, p. 59

¹⁶¹ Cfr., *Ibidem*, p. 59

si no se observan estas condiciones y se produce un resultado lesivo, debe darse al actor una sanción penal.

[L]a norma de cuidado origina un objetivo y concreto deber jurídico cuya lesión ha de evitar el sujeto actuante. Este deber jurídico ha de distinguirse de la norma, puesto que la norma es un deber general, mientras que el deber jurídico es ese deber para ese determinado autor en un determinado momento.¹⁶²

Como ya se mencionó anteriormente, el injusto del hecho imprudente se fundamenta en la lesión de una norma de cuidado, más debe guardarse especial consideración al hecho de que para el injusto imprudente, lo relevante no es que el médico haya advertido el peligro al que exponía a su paciente, sino la posibilidad y el deber de advertir ese peligro.

La atribución de significado penal a una conducta equivale a afirmar la existencia de infracción de la norma de cuidado, más para determinar la responsabilidad en el caso concreto, es necesario atender a las circunstancias concurrentes y a los conocimientos y capacidades del autor.

Tanto el cuidado interno como el externo que deben poseer los profesionales de la salud, puede ser determinado desde un punto de vista objetivo, según el comportamiento de un hombre de mediano juicio y desde un punto de vista subjetivo según el poder individual del autor.

En síntesis, debe advertirse que el cuidado objetivo, nos indica la forma en la que debe comportarse un sujeto para que su conducta se caracterice como correcta o adecuada. Por lo que el sujeto activo tendrá que realizar esta conducta de acuerdo con sus posibilidades, ya que está obligado a cumplir el cuidado objetivo en la medida que ello sea posible.

El cuidado objetivo podrá consistir en actuar de una forma determinada, adquirir conocimientos previos o no actuar cuando no sea posible hacerlo atendiendo al cuidado objetivo. Por lo que los profesionales de la salud deben ser conscientes de que el deber de

¹⁶² M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, op. cit., p. 62

cuidado objetivo se determinará en atención a las circunstancias concurrentes, a los conocimientos y capacidades del autor en el caso concreto.¹⁶³

2.2.1 El Deber Objetivo de Cuidado

Como principio es deber u obligación de todo individuo, ejecutar sus actividades atendiendo a una valoración ordenada legalmente, por la técnica o por la práctica común, en el sentido de advertir que el deber objetivo de cuidado, es adecuar el comportamiento a las reglas que orientan la actividad de que se trate.¹⁶⁴ Por lo que la violación del deber objetivo de cuidado es un nervio central del ilícito imprudente.

La previsibilidad objetiva abarcada por la probabilidad de lesión, es un elemento del injusto imprudente. La previsibilidad del resultado determina el ámbito que debe abarcar el deber objetivo de cuidado; la infracción de este deber debe verse en relación a lo reconocible del riesgo frente a la realización típica.¹⁶⁵

En los casos típicos de no observancia de los deberes de cuidado, existe una falta de compromiso profesional del médico frente a sus pacientes, puesto que el profesional médico no medirá las posibles consecuencias de un actuar negligente, obviando las lógicas, mínimas y necesarias medidas que debió tomar para brindar una atención médica debida.¹⁶⁶ Por lo tanto obrará de manera imprudente, el profesional de la salud que no tomó las debidas precauciones impuestas por determinada situación.

A su respecto la Corte Nacional de Apelaciones en el Criminal y Correccional de Argentina sostiene que la omisión del deber de cuidado de un médico se revela al no adoptar todas las medidas adecuadas a su alcance para determinar la causa de la presencia

¹⁶³ Cfr., *Ibíd*em, p. 73

¹⁶⁴ Cfr., F. LÓPEZ PEÑALOZA, *Sentencias Penales Frecuentes*, Universidad Cooperativa de Colombia, Bogotá, 2005, p., 48

¹⁶⁵ Cfr., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, op. cit., p. 209

¹⁶⁶ Cfr., N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op. cit., p. 97

del enfermo en demanda de ayuda, sin atender a su potencial capacidad de evitación del resultado o disminución de las posibilidades de que éste se produzca.¹⁶⁷

Sin dejar de lado que la prestación de servicios médicos, es una obligación de medios y no de resultados, tales medios deben ser aplicados de conformidad con las reglas técnicas y éticas cuya violación por el agente pueden configurar una conducta sancionada penalmente. Los médicos deben actuar con la diligencia, celeridad y precaución, utilizando todos los recursos disponibles que el caso requiera, siguiendo y no lesionando el deber de cuidado.¹⁶⁸

Estrechamente vinculado a los deberes que deben ser seguidos y respetados por parte de los profesionales de la salud, se encuentra la posición de garante en la que se encuentra ante sus pacientes. La posición de garante se da cuando el sujeto activo tiene la obligación de actuar o el deber de evitar una lesión o daño al bien jurídico, generando un deber de garante.¹⁶⁹

Por lo que de la posición de garante del médico, se desprende el deber de protección que debe tener, respecto al amparo justo y necesario de un bien jurídico a él encomendado frente a cualquier peligro que pueda amenazarlo. Es decir q la posición de garante proviene del deber de cuidado dentro de la actividad médica considerada como fuente de peligros; en consecuencia el médico tiene asumida una posición de garantía de seguridad respecto a las fuentes de peligro que están bajo su exclusivo y total control.¹⁷⁰

Para probar la infracción al deber objetivo de cuidado debe verse la “posibilidad concreta de preveer el curso causal contando con alternativas menos riesgosas para la persona puesta a su cuidado y aún así se optó por la más peligrosa.”¹⁷¹

¹⁶⁷ Cfr., (Argentina) CN de Apel. en lo Crim. y Corr., Cap. Fer., Sala 06, Argibay- en disidencia-, Elbert Campos. Ferreiro, J.F. s/ Homicidio Culposo 9/05/ 1991, citado por N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op. cit., p. 99

¹⁶⁸ (Uruguay) C de Apel. en lo Crim. Concepción del Uruguay, Entre Ríos, Sala 01, García Besel, Fervenza. M., Z. s/ Su denuncia. 28/09/ 2000, citado por N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op. cit., p. 100

¹⁶⁹ Cfr., L. ALEGRÍA HIDALGO, *Derecho Penal Parte General*, UAP, Lima, 2007, p.,169

¹⁷⁰ N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal médica*, op. cit., p. 100

¹⁷¹ (Argentina) C.N. Crim. Sala I Correc. Costa, Bonorino Perú Correc. H, sec.57c. 31.719 D’Onofrio, Rodolfo 03/03/88 Boletín de Jurisprudencia, Año 1988, Nro. 1, Enero- Febrero- Marzo, p., 69

La infracción del deber objetivo de cuidado, al momento de realizar una conducta peligrosa sin los conocimientos necesarios, depende de forma directa de la infracción del deber subjetivo de cuidado al desconocer el peligro cuando era exigible el conocimiento.¹⁷² Sin dejar de lado que en el injusto sólo deben considerarse aquellos conocimientos que de algún modo objetivable puedan ser valorados por un tercero objetivo.

2.3 Injusto Imprudente Tipo subjetivo

Para que se de efectivamente un delito imprudente, no basta con la concurrencia objetiva de dicho peligro, a su vez, es necesario que dicho peligro pueda o deba ser conocido por el sujeto por lo que también debe considerarse la presencia del tipo subjetivo imprudente.

Si bien la doctrina mayoritaria toma una perspectiva objetiva, centrándose en el deber objetivo de cuidado y dando relevancia a si la lesión o el daño eran previsibles para un miembro cuidadoso y razonable en determinada área de tráfico que contase con los conocimientos generales de experiencia. Resulta muy acertado a su vez considerar la lesión individual del deber de cuidado atendiendo a la persona del autor, es decir como “posibilidad individual de preveer”.¹⁷³ Es decir al momento de ver si se ha incurrido en un delito imprudente también debe tomarse en cuenta esta previsibilidad individual o subjetiva, puesto que se parte de la experiencia y conocimientos que tiene o debe tener el autor como profesional de la salud.

La previsibilidad subjetiva en la culpabilidad, se entiende existente cuando el autor reconoce podría haber conocido la posibilidad de producir el daño, según sus conocimientos y capacidades. Esta determinación de la previsibilidad debe considerarse a partir de parámetros individuales analizando si “una persona media en la situación y con

¹⁷² Cfr., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, op. cit., p. 236

¹⁷³ *Ibidem*, p. 212

las especiales propiedades del autor habría podido prever la realización del tipo”.¹⁷⁴ Debe considerarse que al resultado que se llega mediante este examen es el mismo que el alcanzado a través del juicio sobre la previsibilidad objetiva, por lo que no deben presentarse contraposición de resultados.¹⁷⁵

La profesión médica siempre implica la posibilidad de un riesgo de lesión de bienes jurídicos protegidos, el conocimiento por parte de los profesionales de la salud de dicho riesgo creado por su conducta, implica que advierte la peligrosidad objetiva de su conducta y que en consecuencia exista previsibilidad individual de lesionar un bien jurídico protegido. Por ende el deber subjetivo de cuidado, exige para su determinación la delimitación del conocimiento que le es exigible al sujeto sobre la posibilidad de realización típica que supone su conducta.¹⁷⁶

Para determinar la culpabilidad del sujeto debe atenderse a su previsibilidad individual, es decir el deber de prever aquello que al sujeto le es posible prever *ex ante*, así mismo debe atenderse a la cognoscibilidad como el límite máximo de la previsibilidad individual. El conocimiento del profesional de la salud sobre los factores de riesgo que entraña determinada actuación u omisión médica tienen una importancia determinante en el examen del injusto. Por lo que debido a la naturaleza de su profesión, no podrían alegar falta de posibilidad de conocer el factor de riesgo.¹⁷⁷

Aquellas conductas caracterizadas como peligrosas, por contener una presunción de peligro como es el caso de la medicina, no pueden ser realizadas sin un examen minucioso de las circunstancias que involucran a cada paciente. Por consiguiente los médicos tienen el “deber de información o preparación previa” y por el “deber de actuación prudente en situaciones peligrosas”; los mismos que le son atribuidos a este tipo de actividades riesgosas socialmente aceptables.¹⁷⁸

¹⁷⁴ M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, op. cit., p. 215

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 216

¹⁷⁶ Cfr., *Ibidem*, pp. 218-219

¹⁷⁷ Cfr., *Ibidem*, pp. 220-221

¹⁷⁸ Cfr., *Ibidem*, p. 222

Habiendo explicado la necesidad de no dejar en la impunidad a aquellas actuaciones que se desprenden de la culpa inconciente, podemos sostener que actualmente la doctrina mayoritaria entiende “que en la culpa inconciente y conciente el contenido del injusto y la culpabilidad es el mismo, por lo que sus diferencias obedecerán a razones prácticas.” En una sentencia del Tribunal Supremo Español, incluso llega a decirse que en el caso del delito imprudente podría equipararse culpa consciente con culpa lata y con imprudencia temeraria y a la culpa inconciente con culpa leve o con imprudencia simple.¹⁷⁹

Si analizamos el supuesto del médico, que no puede realizar con éxito una intervención quirúrgica por poseer los conocimientos necesarios para ello, se estaría infringiendo el cuidado “no en ese momento sino cuando no adquirió los conocimientos.” El hecho de emprender una conducta peligrosa aceptada por su utilidad social pese a la falta de conocimiento o capacidad sin advertir la necesidad de estos conocimientos y capacidades en relación con la infracción del cuidado suponen un actuar con culpa inconciente por parte del profesional de la salud. Para la atribución de responsabilidad penal en este sentido, debe atenerse al riesgo típicamente relevante; el mismo que se crea en el momento de emprender la actividad peligrosa sin los conocimientos necesarios, determinando la ausencia de preocupación ocasionando que ésta conducta deje de ser socialmente adecuada.¹⁸⁰

Para que un profesional de la salud no sea penalmente sancionado, debe observar en todo momento su “deber de cuidado interno”, el mismo que se entiende cumplido, cuando analizando una situación *ex ante*, se ve que un hombre medio con los conocimientos y capacidades del autor tampoco habría advertido el peligro.¹⁸¹

Desde la perspectiva subjetiva, el delito imprudente, se da cuando hay desconocimiento de la efectiva situación de peligro, pero esto no es suficiente ya que el desconocimiento debe ser atribuible al sujeto. Por lo que se debe considerar que para que el desconocimiento sea imputable, junto a la cognosibilidad como “ignorancia vencible del

¹⁷⁹ Cfr., (España) STS 29 de mayo 1979 (A2199)

¹⁸⁰ Cfr., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, op. cit. p., 226

¹⁸¹ Cfr., *Ibidem* p. 230

peligro” del caso concreto, ha de existir un deber de evitar el desconocimiento (deber subjetivo de cuidado) por lo que la infracción de este deber configura la realización del tipo subjetivo imprudente. La imputación del desconocimiento está condicionada a que el autor pueda evitar el desconocimiento y tenga el deber de evitarlo, como es el caso de todos los profesionales de la salud.¹⁸²

El deber subjetivo de cuidado que hace exigible el conocimiento de la concreta peligrosidad de la realización típica, está implícito en el deber objetivo de cuidado, de suerte que cada prohibición obliga a los destinatarios a que se reconozca la “previsibilidad de realización de prohibiciones típicas resultantes de sus acciones.”¹⁸³ En consecuencia, el deber del actor debe abarcar el conocimiento de la efectiva situación, la previsión de su propia conducta y de su eficacia en dicha situación y el conocimiento de las reglas de experiencia y de su aplicación en la situación concreta.

2.4 Riesgo Permitido

Debe tomarse en cuenta que muchas actividades riesgosas con necesarias no solo para la economía sino también para el desarrollo de la sociedad. Lo que puede llevarse al campo de la profesión médica, ya que en éste sector están en juego por un lado la utilidad social del desempeño de las actividades médicas y por otro el peligro en que se coloca a los pacientes por la realización de algunos procedimientos.¹⁸⁴

Si bien en muchas ocasiones es el paciente el que da su consentimiento para el obrar de los profesionales de la salud, esto no implica que por dicho consentimiento previamente expresado, el profesional que por una actuación negligente irroque daños a la persona que se encuentra bajo su cuidado vaya a ser exento de la responsabilidad penal que un comportamiento y un daño de tal naturaleza deban acarrear. La sanción penal que se le daría a un profesional de la salud que actúe en dicho supuesto se desprende del deber

¹⁸² Cfr., *Ibidem*, pp. 231- 232

¹⁸³ Cfr., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, op. cit., p. 232

¹⁸⁴ Cfr., L. ARROYO ZAPATA: *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Bosch, Madrid, 1981, p. 138

objetivo de cuidado que debe guardar frente a su paciente y a la posición de garante en la que se encuentra para con el enfermo bajo su cuidado desde el momento que el profesional de la salud conoce del estado del paciente.

Existe una estrecha relación entre las actividades riesgosas y el delito imprudente, ya que la mayor parte de las realizaciones típicas imprudentes tienen lugar en el desempeño de actividades peligrosas, pero permitidas por su utilidad social, como el de la medicina. En estos supuestos el deber de cuidado obliga a no sobrepasar el riesgo permitido, mirando al deber de cuidado como un deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas. Esto implica que la conducta permitida crea un peligro abstracto de lesión de un bien jurídico; lo cual sitúa al sujeto en posición de garante frente a ese bien jurídico en peligro, por lo que no deben sobrepasarse los límites del riesgo permitido.¹⁸⁵

Dentro de la profesión médica, se encuentran inmersas ciertas actividades que representan un peligro de lesión para bienes jurídicos protegidos, no obstante se encuentran autorizadas siempre que no sobrepasen cierto grado de riesgo.¹⁸⁶ Es decir, que la acción profesional resulta intolerable cuando supera el riesgo permitido en el arte médico, no debiendo, el profesional de la salud, actuar de manera que exponga la vida de su paciente a un mayor riesgo.

Puede decirse que el riesgo permitido intenta construir un criterio válido de delimitación a la posible imputación frente a un resultado previsible en el ámbito de la imprudencia, buscando que se contemple la existencia de riesgo mínimo que no sea penalmente sancionado. En consecuencia, el riesgo permitido es un criterio adecuado para la restricción del tipo, por lo que, si no se actúa fuera del riesgo permitido no se incurre en la conducta descrita en el tipo penal.¹⁸⁷

Debe verse al riesgo permitido como un peligro concreto que el profesional de la salud puede crear sin que por ello o por la lesión de un bien jurídico que de ello se derive pueda ser hecho responsable penalmente. Esta posibilidad se da debido a la utilidad social

¹⁸⁵ Cfr., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, op. cit., pp. 45-46

¹⁸⁶ Cfr., F. HENAO CARDONA, *Introducción al Derecho Penal en la Sociedad Postindustrial*, DIKE, Bogotá, 2006, p. 255

¹⁸⁷ Cfr., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, op. cit., p. 296

que representa la práctica profesional médica, por lo que a pesar de los peligros que conlleva este tipo de actividad, no se pueden castigar todas las muertes y lesiones que se produzcan justificándose en que aquello que es útil para la sociedad como un conjunto, lo es también para el sujeto en peligro, “como lo es la realización de una operación peligrosa para salvaguardar la vida del paciente de una enfermedad también peligrosa.”¹⁸⁸

La mayor o menor probabilidad objetiva de que el peligro se transforme en lesión del bien jurídico, permitiría en ciertas circunstancias negar la relevancia típica del riesgo; podría decirse que las fuentes de riesgo permitido se encuentran delimitados por la *lex artis* y no son un criterio subjetivo que puede justificar toda actuación médica dejando desprotegidos a los pacientes. En consecuencia, aquello que se considerará como riesgo permitido debe verse contenido en las leyes; guías y protocolos de manejo; literatura científica; y en el baremo, que implica medir el comportamiento de un médico con el de otro profesional que posea sus mismos conocimientos y experiencias.¹⁸⁹

La figura de riesgo permitido, es necesaria en el ámbito de las actividades peligrosas, como la medicina, ya que en éstas aun actuando con observancia de todas las medidas de cuidado exigibles, son previsible riesgos distintos que no es posible evitar.

“La conducta que encierra riesgos propios sólo puede emprenderse adoptando todas las medidas de prudencia, control y supervisión al realizar la acción para así descartar o mantener dentro de ciertos límites a los peligros implicados”¹⁹⁰, por lo que la permisión del riesgo se condiciona a la aplicación de ese especial cuidado dirigido a mantener el riesgo en sus niveles mínimos.

Es decir que el principio de riesgo permitido trata de reducir al máximo los peligros de la actividad médica a través de la exigencia de mayores medidas de seguridad “cuando mayor sea el peligro en ese ámbito de tráfico.”¹⁹¹

¹⁸⁸ Cfr., *Ibidem*, p. 208

¹⁸⁹ Cfr., F. BERNATE OCHOA, *Imputación objetiva y Responsabilidad Penal médica*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 95-100

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 95

¹⁹¹ Cfr., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, op. cit., p. 310

Debe tenerse siempre claro que el ejercicio cuidadoso de la actividad peligrosa no debe calificarse como riesgo permitido, puesto que éste es aquel riesgo existente que no resulta abarcado por el deber objetivo de cuidado y que se justifica por la utilidad social de la actividad.

Mediante la clara delimitación del riesgo permitido dentro de la profesión médica se le brinda al profesional mayor seguridad jurídica ya que no lo expone a demandas indiscriminadas por parte de sus pacientes, en consecuencia al momento de que se enjuicie a un profesional de la salud, debe motivarse que éste actuó sin respetar los parámetros del riesgo permitido.

La frontera entre el riesgo permitido y el no permitido, debe ser analizada buscando una valoración *ex ante* de los intereses en juego. El riesgo permitido debe ponderar por un lado la utilidad social de la actividad en que se desarrolla la conducta y por otro la amplitud y proximidad de la lesión del bien jurídico, es decir el grado de probabilidad de lesión del bien jurídico protegido.¹⁹²

2.4.1 Rol del consentimiento en el riesgo permitido.

Como se mencionó anteriormente, el riesgo permitido se fundamenta en la utilidad de la actividad, más en ciertos supuestos, la utilidad social no aparece de forma inmediata sino que se desprende de forma directa de la existencia de consentimiento. Al darse un riesgo permitido como producto del consentimiento del paciente, se produce una ampliación en el ámbito de un riesgo socialmente inadecuado, que se convierte en permitido por el consentimiento de la partes, con lo que nos encontramos en el supuesto del consentimiento informado.¹⁹³

¹⁹² Cfr., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, op. cit., p. 309

¹⁹³ Cfr., *Ibídem*, p. 302

El consentimiento que amplía los parámetros de consideración del riesgo permitido, será válido siempre que se conozcan todos los factores de riesgo concurrentes en el caso concreto, conocimiento que afecta al rol de la previsibilidad del resultado.¹⁹⁴

2.4.2 Riesgo Típicamente Relevante

Los tipos penales que versan sobre delitos imprudentes, responden a una norma de cuidado que abarca todas las posibles conductas capaces de crear un riesgo no permitido de lesión de un determinado bien jurídico. Ésta norma de cuidado posee un carácter general frente a todos los sujetos y las circunstancias en las que éstos se desenvuelvan. En consecuencia, el riesgo será típicamente relevante cuando sea adecuado para causar la lesión de un determinado bien jurídico protegido y le fuese posible y exigible al sujeto su evitación.¹⁹⁵ Es decir, el peligro típicamente relevante se crea con la conducta realizada sin cumplir con el deber de cuidado.

La infracción de la norma de cuidado es el fundamento de la creación de un riesgo típicamente relevante, ya que el presupuesto de la imputación constituye la configuración del riesgo típicamente relevante, por lo que el fundamento de este supuesto es *prima facie* la infracción de la norma de cuidado. Por ello se sostiene que no es suficiente que la conducta cree un riesgo de lesión de un bien jurídico, sino que, además es necesario que éste riesgo sea consecuencia de la infracción de una norma de cuidado.¹⁹⁶ Sólo en éste supuesto nos encontramos ante un riesgo penalmente relevante.

[U]na conducta será típica en sentido objetivo cuando despliegue un riesgo relevante en el sentido del tipo. Dicho de otro modo: cuando despliegue un riesgo típicamente relevante (o jurídico-penalmente relevante) en el sentido de los riesgos que la norma en cuestión pretende prevenir (esto es suficiente para

¹⁹⁴ Cfr., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, op. cit., p. 305

¹⁹⁵ Cfr., *Ibídem*, p. 67

¹⁹⁶ Cfr. *Ibídem*, p. 324

tipos de mera actividad y tentativas), que se realiza en el resultado (lo cual es necesario para tipos de resultado).¹⁹⁷

La conducta prohibida y descrita en un tipo crea un riesgo jurídicamente desaprobado que debe ser sancionado salvo que concurra alguna causa de justificación, la misma que deberá ser motivada de manera detallada por el profesional de la salud que la alegue debido a la naturaleza de la profesión médica.¹⁹⁸

No debe dejarse de lado que un riesgo típicamente relevante ocasiona que el profesional de la salud que lo transgrede sea penalmente responsable, es el supuesto de culpa por asunción de riesgos, es decir cuando el médico asume la terapia de un paciente sin que el tratamiento que le va a proporcionar corresponda a su especialidad.¹⁹⁹ Este supuesto recibe un reproche penal ya que se está exponiendo al paciente a un riesgo innecesario que no está obligado a resistir.

Pueden ser casos de culpa por asunción de riesgo, cuando habiendo posibilidad de hacerlo, el profesional de la salud no solicita la colaboración de un especialista, cuando no se remite al paciente a un centro asistencial que cuanta con mejores medios para su tratamiento o cuando una vez iniciada una intervención quirúrgica, el médico que percata que su diagnóstico inicial no era el correcto y sin contar con la preparación necesaria procede a participar y hacerse cargo de una intervención no planificada inicialmente.²⁰⁰

¹⁹⁷ CRIMINA, DERECHO PENAL III, *Imputación objetiva*, Universidad de Navarra, <http://www.unav.es/penal/crimina/T%E3picos%20html/imputacionobjetiva.html>, 24 de noviembre del 2010

¹⁹⁸ Cfr., S, MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, op. cit., p. 190

¹⁹⁹ Cfr., F. BERNATE OCHOA, *Imputación objetiva y Responsabilidad Penal médica*, op. cit., p. 216

²⁰⁰ Cfr., *Ibíd.*, p. 117

CAPÍTULO III

LA MALA PRAXIS MÉDICA COMO UN DELITO DE OMISIÓN

3.1 La omisión

Suele distinguirse a los ilícitos de acuerdo a la modalidad del acto entre delitos de acción (comisión) u omisión según se refieren a una infracción de una prohibición de hacer o en la forma de desobediencia a un mandato de acción.²⁰¹

La acción es la modalidad por la que se dan la mayoría de delitos, “se manifiesta como un movimiento humano externo, como un hacer perceptible sensorialmente que

²⁰¹ Cfr. E. BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito.*, Buenos Aires, 1986, p. 119.

causa un resultado dañoso.”²⁰² Mientras que la omisión, se presenta como un voluntario no hacer algo, “que debía haberse hecho y que se exterioriza con un resultado lesionador de un bien jurídico, que no debía haberse producido si se actuaba.”²⁰³ Por lo que podría considerarse a la omisión como un “no desarrollar una actividad que el sistema jurídico espera de una persona, o el no impedir un resultado concreto que el sujeto tiene el deber jurídico de evitar”.²⁰⁴

En el delito de omisión, se ve presente un problema normativo, en virtud del cual la comunidad confía en la intervención de alguien, quien, al no realizar aquello que la comunidad espera de él, infringe los intereses que le han sido confiados.²⁰⁵ Dentro de la omisión, se puede evidenciar un comportamiento pasivo consistente con la no ejecución de una determinada acción, que se esperaba que un sujeto realice debido a determinada disposición legal.²⁰⁶

Ya que el delito omisivo se configura con un no hacer, cuando la norma manda a hacer algo, no se juzgará el acto cometido sino el esperado. Es decir, la ley penal sanciona “la desobediencia del propio mandato de obrar de determinada manera.”²⁰⁷ La omisión se da en los casos en los que no se actúa conforme a lo dispuesto en normas jurídicas que ordenan la realización de acciones que tengan resultados socialmente esperados y evitan que se produzcan lesiones.²⁰⁸

No todo no hacer puede ser sancionado, la imputación del delito omisivo depende no sólo de la inactividad del autor sino que además requiere que el agente haya estado en condición de realizar aquello que se le ordenaba.²⁰⁹

La doctrina señala que el delito de omisión puede ser de dos tipos, delitos de omisión simple o propia y delitos de omisión impropia o comisión por omisión. La

²⁰² E. ALBÁN GÓMEZ, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, op. cit., p. 135

²⁰³ *Ibíd.*, p. 135

²⁰⁴ F. BERNATE OCHOA, *Imputación Objetiva y Responsabilidad Penal Médica*, op. cit., p. 232

²⁰⁵ *Cfr.*, *Ibíd.*, p. 233

²⁰⁶ *Cfr.*, E. GIMBERNANT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, op.cit., p. 184

²⁰⁷ M. MEINKE, *La Mala Praxis Médica Relaciones entre Derecho Ética y Medicina*, op. cit., p. 96

²⁰⁸ *Cfr.*, *Ibíd.*, p. 96

²⁰⁹ *Cfr.*, E. RIGHI, *Derecho Penal Parte General*, op. cit. p.356

omisión propia se da en aquellos casos en que el no hacer está previsto en la propia ley pena, es decir, que en la ley se establece de manera implícita un mandato de actuar de una manera determinada.²¹⁰ Por otra parte, la omisión impropia consiste en no evitar la lesión de un bien jurídico cuya tutela sólo está prevista frente a acciones positivas.²¹¹ Los tipos de omisión serán tratados con mayor detenimiento en el siguiente apartado.

La estructura delictiva que rodea a la omisión ha ido modificándose a lo largo del tiempo, en épocas del casualismo, la identidad estructural entre la conducta activa y la comisión por omisión se encontró en la causalidad, de tal manera que se entendió que la omisión podía ser causa de un resultado. Posteriormente el neokantismo buscó en la antijuridicidad el elemento de justificación que permita equiparar un actuar positivo y el omisivo, por lo que se desarrolló la teoría formal de las fuentes de deber; de lo que se desprende que lo relevante en la omisión no sea la mera inactividad, sino que el omitente no hace aquello que se espera que haga, es decir, aquello que debe hacer. A partir de esto, lo determinante a efectos de realizar la equiparación entre acción y omisión ya no estará determinado por la causalidad sino por la existencia de deberes impuestos a determinada persona.²¹²

A partir del derecho penal liberal alemán, se da mayor énfasis a la necesidad de que los individuos sepan no solamente lo que está prohibido, sino también las consecuencias jurídicas que se desprenden del incumplimiento de las disposiciones normativas, de donde surge el principio *nulle crimen sine legem, nulle poena sine legem*. Por lo que esta corriente sostiene que la omisión se basa en la existencia de deberes jurídicos destinados a la evitación del resultado, y la fuente del deber de actuar no puede ser otra que la ley; a esta tesis posteriormente debe agregársele que los deberes nacen a más de la ley, del contrato, de las estrechas relaciones de vida y del actuar precedente peligroso; esta teoría recibe el nombre de “teoría formal de las fuentes de la posición de garante.”²¹³

²¹⁰ Cfr., E. ALBÁN GÓMEZ, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, op. cit., p. 136

²¹¹ Cfr., E., RIGHI, *Derecho Penal Parte General*, op. cit., p. 355

²¹² Cfr., F. BERNATE OCHOA, *Imputación Objetiva y Responsabilidad Penal Médica*, op. cit., pp. 234-236

²¹³ Cfr., H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Granada, Colomares, 2002, citado por F. BERNATE OCHOA, *Imputación Objetiva y Responsabilidad Penal Médica*, op. cit., p. 237

La teoría formal de las fuentes de la posición de garante no es aceptada de manera unánime por toda la doctrina ya que hay quienes consideran que la posibilidad de considerar al contrato como fuente de un deber actuar de carácter penal, es inadecuada, debido a que supondría una “translación” de discusiones civiles al área penal en relación a la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa del contrato.²¹⁴

En consecuencia, la teoría moderna prescinde del negocio jurídico en su sentido civil para determinar la posición de garante, y considera que la misma se desprende de un deber de actuar especial del sujeto.²¹⁵ Tal como se verá más adelante.

La mala praxis médica, no permanece ajena al delito omisivo, ya que ésta es una de sus manifestaciones debido a que en la profesión médica existe un especial deber de obrar, el cual es un fuerte condicionante para los profesionales de la salud, ya que la omisión al cumplimiento estricto de dicha obligación, abre la posibilidad de ser imputados por mala praxis médica en sede penal.²¹⁶

En consecuencia las omisiones médicas, se entenderán especialmente relacionadas con el deber de obrar impuesto a los profesionales de la salud. Este deber médico funge como condicionante para que omitir los deberes y obligaciones que de derivan de la profesión médica, impliquen para el galeno ser directamente imputado por un hecho dañoso.²¹⁷

3.2 Distinción entre acción y omisión

Para poder distinguir cuando un profesional de la salud ha incurrido en el cometimiento de un delito de omisión, es fundamental distinguir entre el acto comisivo y el omisivo. Dentro de la dogmática penal se han acudido a distintos criterios para realizar esta distinción; los mismos que han ido desde la aplicación de energía del sujeto así como

²¹⁴ Cfr., F. BERNATE OCHOA, *Imputación Objetiva y Responsabilidad Penal Médica*, op. cit., p. 237

²¹⁵ Cfr., *Ibíd.*, p. 238

²¹⁶ Cfr., N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal Médica*, op.cit., p. 132

²¹⁷ Cfr., *Ibíd.*, p. 132

la diferencia de la norma secundaria que subyace a la acción en forma de una prohibición y a la omisión como un mandato.²¹⁸

La doctrina tradicional distingue entre estas dos modalidades básicas de conducta, explicando que mientras en la acción se trata de normas prohibitivas, es decir, aquellas que prohíben la realización de ciertas conductas; en la omisión se trata de normas permisivas, puesto que imponen la obligación de realizar determinada conducta, por lo que la redacción de la norma omisiva secundaria se redactará en forma de imperativo.²¹⁹

[L]os tipos de acción son la base de la infracción de una norma prohibitiva de una intervención activa indeseable por su nocividad, [...] mientras que los tipos de omisión son la base de la infracción de una norma preceptiva, que obliga a una determinada cooperación deseable. El injusto del delito de acción, consiste en una intervención activa nociva que en principio una norma prohíbe; el injusto de la omisión consiste en hacer rito distinto a la prestación deseable obligada en principio por una norma preceptiva.²²⁰

Es fundamental considerar que el derecho penal no sólo contiene normas prohibitivas sino también normas imperativas que ordenan acciones cuya omisión puede producir efectos socialmente nocivos. En caso de que se produzcan efectos dañosos la no realización de la acción debe ser penalmente sancionada.²²¹

Así mismo, la distinción entre acción y omisión puede ser planteada a través de la noción de aplicación de energía, sosteniendo que así como en el delito de acción existe una aplicación de energía, la cual, produce un resultado dañoso; en el delito de omisión no existe tal aplicación de energía, y en caso de haberla se destina a la realización de una actividad diferente a la que le era exigida al sujeto. En consecuencia lo que diferencia a la acción de la omisión, dependerá de si el agente “ha impulsado mediante una energía positiva el curso causal o si ha dejado de emplear la energía necesaria para intervenir en un

²¹⁸ Cfr., F. BERNATE OCHOA, *Imputación Objetiva y Responsabilidad Penal Médica*, op. cit., p. 237-246

²¹⁹ Cfr., *Ibidem*, p. 246

²²⁰ Cfr., S. MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, B de F, Buenos Aires, 2005, p., 305, citado por F. BERNATE OCHOA, *Imputación Objetiva y Responsabilidad Penal Médica*, op. cit., p. 247

²²¹ Cfr., F. MUÑOZ CONDE Y M. GARCÍA ARÁN: *Derecho Penal Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 238,

nexo causal no creado por el.”²²² Este supuesto de diferenciación resulta inadecuado ya que lo que se sanciona en el tipo omisivo es el incumplimiento de un deber, no la inactividad en el sentido de carencia de aplicación de energía.

Para llegar a diferenciar entre acción y omisión, se propuso utilizar el llamado “criterio de la causalidad” por lo que se recurre a aplicar los extremos de la teoría de la *conditio sine qua non*, en la cual, por medio de una supresión mental hipotética del hecho desencadenante de la lesión, debe analizarse si el resultado se hubiese o no producido.²²³ En tales términos una acción es causal para un resultado, cuando se suprime esta *in mente* y el resultado desaparece. De igual manera se mira la causalidad en la omisión si añadiendo *in mente* la acción omitida, el resultado desaparece.²²⁴

Otra teoría expone que la diferencia entre el delito activo y el omisivo establecen diferencias en la estructura del delito, sosteniendo que en el delito de acción la exigibilidad de otra conducta aparece como el criterio que determina la culpabilidad; en el delito omisivo, se señala que se requiere de capacidad individual de acción, es decir, que el garante se encuentre en la posibilidad de llevar a cabo la acción ordenada para salvaguardar el bien jurídico protegido.²²⁵

La concepción moderna, expone mediante la teoría normativista una superación de la distinción del actuar y omitir. Exponiendo que se parte de la existencia de libertades que suponen como “contraposición la imposición de deberes por parte de las personas, de manera que así como el ordenamiento jurídico avala y establece unos derechos, así mismo impone unas cargas.”²²⁶ En consecuencia, lo relevante para el derecho penal será la observancia de los deberes que le son impuestos a determinada persona debido a las

²²² E. BACIGALUPO, *Derecho Penal Parte General*, Madrid, AKAL, 1997, citado por F. BERNATE OCHOA, *Imputación Objetiva y Responsabilidad Penal Médica*, op. cit., p. 247

²²³ Cfr., E. RIGHI, *Derecho Penal Parte General*, Op. Cit., P. 356

²²⁴ Cfr., E. GIMBERNANT ORDEIG, *La causalidad en la Omisión Impropia y la Llamada Comisión por Omisión*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, p., 16

²²⁵ Cfr., F. BERNATE OCHOA, *Imputación Objetiva y Responsabilidad Penal Médica*, op. cit., p. 248

²²⁶ *Ibidem*, p. 249

expectativas que se desprenden de su conducta, por lo que al momento de omitir estos deberes el sujeto incurre en un delito omisivo.²²⁷

3.3 Clases de Omisión

Los delitos de omisión han sido tradicionalmente diferenciados entre delitos propios de omisión y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión).

Los delitos de omisión propia son aquellos que su contenido se agota en la no realización de una acción exigida por la ley.²²⁸ Es decir, son aquellos que contienen un mandato legal de acción. En términos generales, los delitos propios de omisión son aquellos que se encuentran tipificados expresamente en la ley penal.²²⁹

Adicionalmente puede mencionarse que los delitos propios de omisión son “delitos especiales en sentido amplio”, debido a que el autor siempre está definido como autor en una situación de responsabilidad por organización. Como puede verse en el supuesto de la obligación de socorro, en que se refiere que el sujeto debe brindar la ayuda necesaria a una persona que se encuentra en peligro.²³⁰

Debe ser la propia ley penal la que contenga la omisión para que se encuentre en cuanto tal tipificada como delito; dentro del Código Penal ecuatoriano, se pueden ver delitos propios de omisión en: art. 235 rehusar prestar un servicio legalmente exigible; art. 249 no cumplir una ley, reglamento u orden superior; art. 261 no entregar recibos o no dejar constancia de las multas; art. 277.4 denegar o reusar la administración de justicia; art. 292 y 293 no denunciar la comisión de un delito; art. 308 y 309 no evitar la evasión de un

²²⁷ Cfr., F. BERNATE OCHOA, *Imputación Objetiva y Responsabilidad Penal Médica*, op. cit., p. 250

²²⁸ Cfr., J. LOMBANA VILLALBA, *El Derecho Penal y la Responsabilidad Médica*, DIKE, Bogotá, 2007, p., 205

²²⁹ Cfr., E. BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito.*, op. cit., pp. 257-258

²³⁰ Cfr., G. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, trad. Por Joaquín cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 1995, p. 1040, citado por C. CHINCHILLA SANDÍ, *Delitos de Omisión Propia e Impropia y los Problemas con la Autoría*, 2004,

<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2023/Delitos%20de%20omisi%C3%B3n%20propia%20e%20impropia%20y%20problemas%20de%20coautor%C3%ADa%20-%20Carlos%20Chinchilla.pdf> p. 14, 24 de noviembre del 2010

detenido; art. 541 no entregar a la autoridad a un recién nacido; art.604 numeral 36 no socorrer a una persona en peligro.²³¹

Por otro lado, en los delitos de omisión impropia el sujeto activo posee e incumple el deber de evitar el resultado.²³² Es decir que la realización del tipo supone infringir un mandato que impone evitar la producción de un daño. Estos delitos suelen ser llamados “delitos de comisión por omisión”, debido a que la no evitación del resultado es equiparada a su producción.

Dentro del Código Penal ecuatoriano, el art. 12 indica que “no impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo”²³³, es decir, nos encontramos ante un supuesto de comisión por omisión.

Debido a la obligación de impedir que se produzca un resultado no deseado, que se dirige a determinado individuo en el supuesto de omisión impropia, puede considerarse a la omisión como la no producción de la finalidad potencial de un hombre en relación a una determinada acción.²³⁴ Por lo que un profesional de la salud al omitir cumplir con su finalidad, es decir, brindar la correcta asistencia a su paciente; incurre en un delito de omisión impropia siempre que el daño al paciente no se deba a fuerza mayor, caso fortuito o a complicaciones propias e inminentes de su enfermedad.

Los casos de omisiones en la actividad del médico, pueden encajar dentro de delitos de omisión impropia debido a que éstos requieren evitar la producción de un resultado, en este dañar al paciente.

Debe tomarse en cuenta que la omisión impropia no se agota, como la omisión propia, en la no realización de una conducta esperada; sino que consiste, como se

²³¹ Cfr., E. ALBÁN GÓMEZ, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, op. cit., p. 136

²³² Cfr. C. ROXIN, *Sobre la autoría y participación en el Derecho penal*, en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970, pp. 69-70, citado por C. CHINCHILLA SANDÍ, *Delitos de Omisión Propia e Impropia y los Problemas con la Autoría*, Op. cit., p. 11

²³³ Código Penal Ecuatoriano, op.cit., p. 3

²³⁴ Cfr., M. MEINKE, *La Mala Praxis Médica Relaciones entre Derecho Ética y Medicina*, op. cit., p. 96

mencionó con anterioridad, en la no evitación de un resultado lesivo para un bien jurídico protegido.²³⁵

Tanto la omisión propia como impropia, comparten elementos de situación típica, como; ausencia de acción esperada y capacidad de acción. Mas la omisión impropia posee elementos propios como la posición de garante, el “acaecimiento del resultado que la norma busca evitar” y un nexo entre la conducta omisiva y el resultado.²³⁶

Las acciones u omisiones tipificadas como delictivas por la ley, de acuerdo a la manera en la que se produce el resultado, pueden ser de mera actividad o materiales (de resultado). Los delitos de mera actividad se dan cuando “a la tipicidad del delito, su ejecución exige un acto que incluye en sí mismo el resultado”²³⁷; por otra parte los delitos materiales o de resultado, se producen cuando “la tipificación del delito exige que el acto humano produzca un resultado simultáneo o posterior, perfectamente distinguible porque se trata de un cambio material que experimentan las personas o las cosas.”²³⁸ En consecuencia puede decirse que los delitos de omisión impropia son delitos de resultado, al poderse distinguir la omisión y la producción de determinado resultado; mientras que los de omisión propia son de mera actividad²³⁹ porque basta con el simple no hacer para que se consume el delito

En los casos de mala praxis médica pueden generarse ambos tipos de omisión; ya que nos encontramos ante un supuesto de omisión propia cuando el médico no presta sus servicios profesionales, legalmente exigidos, a un enfermo; mientras que se da omisión impropia cuando el médico no evita el resultado lesivo a quienes ya son sus pacientes, es decir se encuentra en una posición de garante frente a los mimos.²⁴⁰

Dentro un caso de la mala praxis médica, podemos entender que los delitos de omisión se representan por un no hacer, mientras exista una norma que específicamente

²³⁵ Cfr., F. BERNATE OCHOA, *Imputación Objetiva y Responsabilidad Penal Médica*, op. cit., p. 268

²³⁶ Cfr., *Ibidem*, p. 268

²³⁷ E. ALBÁN GÓMEZ, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, op. cit., p. 127

²³⁸ *Ibidem*, p. 127

²³⁹ Cfr., F. BERNATE OCHOA, *Imputación Objetiva y Responsabilidad Penal Médica*, op. cit., p. 269

²⁴⁰ Cfr., J. LOMBANA VILLALBA, *El Derecho Penal y la Responsabilidad Médica*, op. cit., p. 205

ordene un hacer; por lo que la ley no penará por el acto realizado, sino por el esperado, o aquel que necesariamente debió realizar.

Considerando a la omisión desde el punto de vista de la mala praxis médica y su relación con el deber de cuidado, puede decirse que “la inobservancia por omisión del deber de cuidado origina delitos culposos;”²⁴¹ debido a que los resultados dañosos que le son provocados a un paciente como consecuencia de determinada conducta de los profesionales de la salud no suelen presentar un carácter doloso.

El deber de cuidado sobre el cual se estructura la omisión culpable, se basa en la previsibilidad de que de la propia conducta pueda derivarse un daño a terceros.²⁴² En consecuencia debe verse que la abstención para actuar por parte del profesional de la salud, es suficiente para responsabilizar al médico, si su omisión fue causa de una consecuencia perjudicial para su paciente.²⁴³

Como los profesionales de la salud se encuentran obligados a actuar, podrán ser imputados por aquellas omisiones generadoras de daños, ya que al omitir el acto que le era exigible, desencadenó el curso causal que produjo dichos daños.

La omisión impropia puede ser punible como culposa siempre que exista un tipo legal culposo, al que equivalga dicha omisión.²⁴⁴ Ya que en la comisión por omisión, no impedir la producción de un resultado dañoso cuando se está obligado a hacerlo, equivale a haberlo ocasionado. Ejemplo de ello es el supuesto en que un profesional de la salud omite brindar la atención necesaria a un paciente debido a que su turno como encargado del área de emergencias terminó, a razón de esto la corte argentina considera que el mero cumplimiento de un horario no justifica que el médico haya omitido examinar y prestar atención profesional al paciente, en consecuencia el profesional de la salud es responsable por no haber internado al paciente, “dejándolo en el consultorio de guardia con un tratamiento meramente sintomático limitado a seguir un diagnóstico anterior sin

²⁴¹ N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal Médica*, op. cit., p. 132

²⁴² Cfr., R. NUÑÉZ, *Tratado de Derecho Penal*, Córdoba, Lerner, 1978, citado por N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal Médica*, op. cit., p., 132

²⁴³ Cfr., N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal Médica*, op. cit., p. 132

²⁴⁴ U, EBER, *Derecho Penal Parte General*, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, Hidalgo, 2005, p. 227

revisarlo”, lo que ocasionó que no se impida el deceso del paciente. “La omisión del deber de cuidado del médico se revela al no adoptar todas las medidas adecuadas a su alcance para determinar la causa de la presencia del enfermo en demanda de ayuda, intentando frenar el curso causal, [...] frente a su potencial capacidad de evitación del resultado o por lo menos de disminución de las posibilidades de que éste se produzca.”²⁴⁵

Debido a la relación médico paciente y la posición en la que el primero se encuentra frente a bienes jurídicos protegidos, sus omisiones suelen ser consideradas como omisiones impropias debido a la posición de garante en la que se encuentran los profesionales de la salud.²⁴⁶

La posición de garante en la que se encuentran los médicos, lo coloca frente a mayores responsabilidades, ya que proviene del deber de protección que éste tendrá frente a terceros. Este deber es indiscutible ya que las características propias de la profesión lo colocan a cargo del cuidado de terceras personas.²⁴⁷

Dentro del campo médico, no debe verse a la omisión como un concepto puramente negativo, sino como uno limitativo. En consecuencia, la omisión será la no producción de cierta finalidad potencial de un sujeto en relación con un determinado hecho que se encuentra dentro de su esfera de dominio. Para que se considere que el sujeto ha cometido un delito de omisión, éste debe conocer que se encuentra en posición de garante y que es posible impedir que el resultado se produzca, teniendo poder de hecho para poder detener o evitar la causalidad que ocasionará que el resultado dañoso se produzca. En el caso de los profesionales de la salud, omitir no significa el mero no hacer, sino que es un dejar hacer que provocará un resultado punible.²⁴⁸

Para considerar a una omisión como culposa; la culpa deberá estar presidida por la violación de un deber de cuidado; por lo que se podría decir que el “delito culposo de

²⁴⁵ Cfr., (Argentina) Del voto del Dr. Campos adhiriendo al Dr. Elbert, Ferreiro, J.F.- N° Sent.: c. 21.070, Sala VI- Magistrados:- Argibay (en disencia), Elbert Campos- -Rta. 9/5/1991, citado por N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal Médica*, op. cit., p. 134

²⁴⁶ Cfr., N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal Médica*, op. cit., p. 103

²⁴⁷ Cfr., *Ibidem*, p. 103

²⁴⁸ Cfr., *Ibidem*, p. 104

omisión” se diferencia de la comisión sólo porque el autor no infringe la norma de cuidado mediante actos positivos, sino solo omitiendo la acción deseada.²⁴⁹

Como los daños que se desprenden de la mala praxis médica en raras y muy excepcionales ocasiones son considerados como provenientes de un delito de carácter doloso, lo mismo se debe entender de las omisiones en las cuales el profesional de la salud tiene conciencia de que está omitiendo, mas no desea producir determinado resultado concreto a su paciente.

“La omisión no es ni causalidad ni finalidad propiamente; por lo tanto faltará una voluntad de realización dirigida a la omisión y con ello el dolo del hecho en el sentido de los delitos de comisión.”²⁵⁰

El concepto de dolo de los delitos de comisión, entendido como voluntad de realización del tipo, no puede ser traspasado de manera directa a los delitos de omisión, pues “la categoría de la finalidad depende de la de causalidad y si falta está última no habrá voluntad de realización de la omisión.”²⁵¹ El problema de considerar como dolosa a toda omisión impropia, es que en muchos supuestos, la conducta omisiva se dan por indiferencia del autor, es decir que a pesar del conocimiento que éste posee de la situación de la que emerge el deber no se representa la acción omitida²⁵²; por lo que debe admitirse la existencia de una omisión impropia tanto culposa como dolosa, sobretodo debido al carácter culposo de la mala praxis médica.

Para que un delito impropio de omisión sea considerado como un tipo doloso es necesario de la no coincidencia de la finalidad realmente desplegada con la dirección final mandada; la conciencia de la amenaza de producción del resultado; y la aprobación del resultado. En el caso de la mala praxis médica si bien el profesional de la salud está omitiendo determinada actuación que le es legalmente exigida, no lo hace representándose la finalidad de provocar la muerte o lesionar de manera intencional a su paciente, ya que si

²⁴⁹ Cfr., N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal Médica*, op. cit., p. 105

²⁵⁰ T. RITTLER, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, Berlín, 1954, p., 194, citado por E. BACIGALUPO, *Delitos Impropios de Omisión*, Pannedille, Buenos Aires, 1970, p. 81

²⁵¹ E. BACIGALUPO, *Delitos Impropios de Omisión*, Pannedille, Buenos Aires, 1970, p. 168

²⁵² Cfr., *Ibidem*, p. 168

el médico con conciencia y voluntad actúa, ya sea mediante una acción u omisión, con el objetivo de dar muerte a su paciente nos encontramos ante un supuesto de asesinato y no de mala práctica médica.

Puede decirse que en la omisión impropia suele verse de manera más frecuente en los casos de mala práctica médica, ya que responde a mandatos de acción que el autor omite realizar, aun teniendo el deber de ejecutarlas para evitar el resultado lesivo. En estos supuestos, el profesional de la salud tiene funciones específicas respecto a la protección de distintos bienes jurídicos de las personas que se encuentran bajo su cuidado profesional, debido a la posición de garante que ostenta.²⁵³

“La omisión de un hacer preciso, estará dirigida a la no ejecución del hacer activo y necesario, detentando así el omitente el ejercicio final y dominio final sobre el acto a realizar”; la acción típica se basará en la inactividad del profesional de la salud, ya que existen normas jurídicas que obligan al cumplimiento de ciertas actividades, para así impedir el resultado lesivo socialmente reprochable.²⁵⁴

3.3.1 Distinción entre omisión e imprudencia

La omisión impropia de un hacer determinado, estará dirigida a la no ejecución de un hacer activo y necesario, teniendo el omitente el dominio sobre el acto a realizar; de igual manera la omisión propia hace referencia a un no hacer, más en este tipo omisivo el simple incumplimiento de lo legalmente ordenado constituye la infracción. Por otra parte una conducta imprudente es aquella en la que el agente, dentro de una situación de riesgo, infringe determinada norma de cuidado.

A pesar de que la doctrina ha desarrollado conceptos diferenciados sobre estos ilícitos, pueden resultar confusos al momento de analizar los hechos de un caso concreto. En consecuencia, debe tomarse en cuenta que dentro de la omisión nos encontramos ante

²⁵³ Cfr., N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal Médica*, op. cit., p.108

²⁵⁴ Cfr., *Ibidem*, p. 109

la no ejecución de la conducta debida, mientras que en la imprudencia lo que configura el ilícito es la no atención del cuidado generando un daño en el resultado.²⁵⁵

Si bien tanto en los delitos imprudentes como en los delitos improprios de omisión existe la omisión de una acción; en los primeros lo que existe es la omisión de una acción interna, mientras que en los segundos existe la omisión de una acción externa. Es decir que en el delito imprudente lo que existe es la “omisión del esfuerzo voluntario necesario para preveer un resultado previsible.”²⁵⁶

Si bien existen puntos de contacto entre omisión e imprudencia, no es posible que se trate como iguales al momento omisivo de la imprudencia y al delito de omisión como tal. El principal problema de comprender la infracción del deber de cuidado como omisión supone la conversión de toda conducta imprudente activa, es decir de comisión, en omisivas; lo que generaría que los hechos imprudentes sólo puedan ser atribuidos a quienes se encuentran en posición de garante.²⁵⁷ En el caso de los profesionales de la salud debido a la posición de garante y su obligación de respetar el deber de cuidado que emana de su profesión, no existiría mayor impacto en esta diferenciación, sin embargo la sanción de un tipo comisivo a uno omisivo debe ser diferente por lo que la imprudencia no puede ser equiparada a omisión, para diferenciar estos dos tipos de injustos, debe analizarse los imperativos propios de cada uno de ellos en el caso concreto.

La omisión exige la realización de una conducta dirigida a proteger un bien jurídico en peligro, es decir, existe un deber actuar. Resulta fundamental diferenciar omisión, en cuando al no cumplimiento de una actuación debida, frente al momento omisivo dentro de la imprudencia.

²⁵⁵ Cfr., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, op.cit., p. 34

²⁵⁶ G. RADBRUCH, *Über der Schuldbegriff*, ZStW24, 1904, p., citado por M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, op.cit., p. 34

²⁵⁷ Cfr., M. CORCOY BIDASOLO, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, op.cit., p. 41

3.4 Posición de Garante de los Profesionales de la salud

La posición de garante que poseen los profesionales de la salud, hacen que el sujeto deba asumir una responsabilidad directa sobre la garantía de seguridad que posee, respecto a elementos peligrosos que se encuentran bajo su “personal y exclusivo manejo y control,” y que podrían afectar a terceros.²⁵⁸

La afectación del paciente se da como consecuencia de la infracción del deber del médico, al no evitar un resultado desvalioso y sobretodo cuando la acción omitida había evitado que se de el resultado dañoso para el paciente.²⁵⁹

La posición de garante contiene el elemento decisivo de la autoría, en los delitos impropios de omisión, esta posición convierte a aquellos que omiten impedir un resultado “en autores de la omisión en sentido del tipo de un mandato de garantía equivalente al delito comisivo.”²⁶⁰

La teoría de la posición de garante, surge como una evolución doctrinal sobre el origen de la obligación de actuar del sujeto activo. Es así que la teoría formal de las fuentes del deber que consideraba como origen del deber jurídico a la ley, el contrato y el previo hacer peligroso fue reemplazada por la teoría funcional de las fuentes del deber, la cual ya intenta explicar los fundamentos de la posición de garante.²⁶¹

El reemplazo de la teoría formal de las fuentes del deber se debe a que su posición sobre la acción esperada consideraba que quien debía considerar como esperada a determinada acción era el orden jurídico, en la medida en que pudiera fundamentar un deber de actuar que obligara al omitente. El problema surge al proponer como fuentes del deber de actuación a la ley en general y al contrato, puesto que ciertos autores consideran que esto violenta al principio de legalidad por fundamentar el deber de previsión en normas jurídicas no penales que no contienen ninguna sanción penal que sean consecuencia de la acción omitida; así mismo, se critica tanto la aceptación convencional

²⁵⁸ Cfr., N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal Médica*, op. cit., p.104

²⁵⁹ Cfr., *Ibidem*, p. 104

²⁶⁰ M. MEINKE, *La Mala Praxis Médica Relaciones entre Derecho Ética y Medicina*, Op. Cit., p 97

²⁶¹ Cfr., *Ibidem*, p. 97

del deber, por considerarlo como ajeno ámbito del derecho penal; como el fundar el deber actuar en una conducta presedente del autor de la omisión; lesionando así el principio *nullum crimen, nulla poena sien lege*.²⁶²

Por su parte, la teoría funcional de las fuentes del deber sostiene que sólo la infracción de un mandato para la defensa de lesiones o peligros de un bien jurídico por parte de un garante constituye un delito impropio de omisión.²⁶³

Mediante la doctrina de la posición de garante, ya se le impone a la persona que ostenta esta posición el deber de evitar el resultado y en caso de no hacerlo se le imputa responsabilidad jurídico-penal. Es así que la protección de garante se da cuando “le corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro en ciertas situaciones”;²⁶⁴ lo que refleja la situación típica en la que se encuentran los profesionales de la salud.

Al profesional de la salud, por encontrarse en posición de garante, le corresponde una función específica de protección de un bien jurídico afectado o del dominio de una fuente de peligro. Por lo que puede decirse que la posición de garante de los profesionales de la salud proviene de tres distintos supuestos:

La función de protección de un bien jurídico; la cual se da por relaciones sociales o conductas voluntarias que someten a un bien jurídico a la dependencia de un sujeto y de ese modo el sujeto, en este caso el profesional de la salud, se vuelve garante de dicho bien jurídico protegido.²⁶⁵

La existencia de una comunidad de peligro, en la que se hace referencia a la participación de varias personas en actividades peligrosas, como es el caso del paciente que se somete a una cirugía, ocasiona que los intervinientes están obligados a brindar el socorro debido en caso de que alguno, en este caso el paciente, sufra un accidente relacionado con el riesgo típico de la actividad compartida. Quien tiene control sobre la situación se encuentra en posición de garante, ya que si una persona asume determinada

²⁶² Cfr., E. RIGHI, *Derecho Penal Parte General*, op. cit., pp. 360-361

²⁶³ Cfr., M. MEINKE, *La Mala Praxis Médica Relaciones entre Derecho Ética y Medicina*, op. cit., p. 97

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 98

²⁶⁵ Cfr., *Ibidem*, p. 99

actividad de riesgo como someterse a una intervención quirúrgica, lo hace sobre la confianza de ayuda que representa el profesional de la salud en caso de que surja cualquier inconveniente.²⁶⁶

La asunción voluntaria de una función de protección, se da cuando un individuo, el profesional de la salud, asume una protección que lleva al sujeto protegido a una situación de decisiva dependencia. En el supuesto de la práctica médica, debido a la confianza que desprende el médico, el paciente se atreve a correr riesgos mayores, por lo el generador de dicha confianza se encuentra en posición de garante.²⁶⁷

A esto debe agregarse el dominio que posee el profesional de la salud en cuanto a la atención médica, la cual es una actividad de riesgo, que brindará a su paciente. De lo que se desprende que el deber de control de fuentes de peligro que se sitúan en el propio ámbito de dominio, genere en la relación médico paciente una posición de garante del primero. Siguiendo la regla de “quien posee en su ámbito de organización una fuente de peligro para bienes jurídicos responde para que el peligro no se realice.”²⁶⁸

Finalmente debe siempre considerarse que la punibilidad de la omisión médica va directamente ligada a la naturaleza de la profesión, en cuya intervención confió el paciente, por lo que el médico lesiona los intereses que se hayan encomendados a su cuidado al omitir la actividad esperada, dejando desprotegido al paciente y a los bienes jurídicos de éste que debían ser protegidos por el profesional de la salud.

²⁶⁶ Cfr., M. MEINKE, *La Mala Praxis Médica Relaciones entre Derecho Ética y Medicina*, op. cit., p. 99

²⁶⁷ Cfr., *Ibidem*, p. 99

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 100

CAPÍTULO IV

CONSIDERACIÓN DE LA MALA PRAXIS MÉDICA POR SUS EFECTOS.

4.1 Peligro y Daño en la Mala Praxis Médica

El derecho penal, es un sistema que se ocupa de garantizar la protección de bienes jurídicos protegidos, en consecuencia se ocupa de sancionar a quienes efectivamente los lesionan y a quienes los exponen a un peligro no tolerable por encontrarse fuera de los límites del riesgo permitido.

Dentro de la mala praxis médica pueden surgir supuestos tanto de delitos de peligro como de daño; éstos últimos no presentan mayor dificultad al momento de ser identificados y sancionados, ya que son aquellos en donde se produce un resultado o daño evidenciable como la muerte o las lesiones.

Los delitos de daño, también conocidos como delitos de lesión o de resultado, se dan cuando el delito produce un daño efectivo que transgrede un concreto bien jurídico

protegido de un individuo determinado.²⁶⁹ Es decir que éstos delitos son aquellos que efectivamente causan un daño, produciendo la efectiva destrucción o menoscabo del bien jurídico protegido,²⁷⁰ como se verifica en la muerte y lesiones producidas por mala praxis médica.

Debido a la posibilidad de verificar de manera clara que se incurre en un delito de peligro siempre que por cualquier vía se lesiona un bien jurídico, como la vida o la integridad personal del paciente, este tipo de delitos no presenta mayor dificultad que “determinar el inicio de la lesión, que es problema del *iter criminis* y la relación de causalidad.”²⁷¹

Por su parte los delitos de peligro se producen cuando el bien jurídico sufre una amenaza intolerable por el individuo, más no llega a producirse una lesión efectiva y concreta, implicando siempre la existencia de una acción por parte del sujeto activo;²⁷² en el caso que nos compete por parte de los profesionales de la salud.

En los delitos de peligro, la acción se concreta al riesgo de deterioro del bien jurídico protegido, por lo que se ve un adelantamiento de la intervención penal a momentos previos a la lesión, imponiendo de esta manera penas a quien ponga en peligro a un bien jurídico protegido; encontrando su justificación en un sistema penal orientado a la prevención e imposición de pautas de conductas adecuadas para la sociedad; limitando la peligrosidad de determinadas conductas.²⁷³

Cuando nos encontramos ante conductas peligrosas en sí mismas como la medicina, la vida social impone ciertos márgenes de riesgo permitido, pero también la estricta observancia de sus límites. En consecuencia, la superación de dichos límites es lo que determina la antijuridicidad de la conducta.²⁷⁴

²⁶⁹ Cfr., E. ALBÁN GÓMEZ, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, op. cit., p. 28

²⁷⁰ Cfr., X. ANDRADE CASTILLO, *Curso de Delitos de Peligro y Omisión*, Quito, USFQ, Mayo-Julio 2009

²⁷¹ G. MALO CAMACHO, *Delitos de Lesión y Delitos de Peligro*, op. cit., p. 222

²⁷² Cfr., X. ANDRADE CASTILLO, *Curso de Delitos de Peligro y Omisión*, op. cit.

²⁷³ Cfr., P. DE LA CUESTA AGUADO, “Tipificación del Riesgo y Delitos de Peligro”, *Revista de Derecho Penal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 135

²⁷⁴ Cfr., T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 23

La tipificación del peligro en materia penal suele tener una doble consideración, por una parte la existencia de un peligro como “cosa en sí” y por otra la vinculación del peligro a un daño del bien jurídico, considerándolo como “cosa para algo”.²⁷⁵

Dentro de la consideración del peligro como “cosa en sí”, se tiene en cuenta al peligro como el reflejo de una situación que se da en la realidad, independientemente de la voluntad o intervención de los sujetos actuantes. Por lo que la norma se considera agredida cuando se desarrolla determinada conducta que “altera el status del mundo social” y que por sí sola es idónea para producir una repercusión en el ámbito de la sociedad.²⁷⁶

El peligro considerado como “cosa para algo” es mirado como potencialmente apto para causar un daño. Esa aptitud de la amenaza o del riesgo se busca a través de la llamada ley de posibilidad o probabilidad, que ha sido usualmente tomada como patrón para establecer la relevancia del nexo.²⁷⁷

Debido al carácter culposo de los delitos de mala praxis médica, resulta conveniente analizar a los mismos desde la perspectiva del delito imprudente, pudiendo así decirse que los delitos de peligro surgen para “castigar la realización de conductas peligrosas imprudentes respecto del eventual resultado lesivo, pero sin esperar que el resultado se produzca.”²⁷⁸

Lo que genera un adelantamiento de las barreras de protección en el ámbito del delito imprudente, castigando excepcionalmente la tentativa imprudente, normalmente impune, ante la importancia del bien puesto en peligro y la especial relevancia de la forma lesiva de la forma de ataque al mismo, en ciertos ámbitos en los que la naturaleza de la actividad y la experiencia acumulada han permitido tipificar la norma de cuidado con la suficiente precisión, haciendo posible la punición de esa conducta peligrosa sin resultado, sin menoscabo de la seguridad jurídica.²⁷⁹

²⁷⁵ Cfr., D. BAIGÚN, *Los Delitos de Peligro y la Prueba del Dolo*, Buenos Aires, B de F, 2007, p., 3

²⁷⁶ Cfr., D. MADUREIRA DE PINHO, *O Valor De Perigo No Direito Penal*, Río de Janeiro, Borsoi, 1939, p., 28, citado por D. BAIGÚN, *Los Delitos de Peligro y la Prueba del Dolo*, op. cit., p. 3

²⁷⁷ Cfr., F. VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, Reus, 1927, p., 289, citado por D. BAIGÚN, *Los Delitos de Peligro y la Prueba del Dolo*, op. cit., p., 5

²⁷⁸ T, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*, op. cit., p. 23

²⁷⁹ *Ibidem.*, p. 23

Para los supuestos de mala praxis médica, resulta extremadamente necesario este adelantamiento de la protección, ya que al ser éste un delito imprudente y no existir la posibilidad de tentativa dentro del delito culposo o imprudente; no sería aceptable que la exposición al paciente a un riesgo alejado de lo permitido quedara en la impunidad. Ya que se está exponiendo al paciente a una gran posibilidad de lesión de un bien jurídico protegido como la vida y la integridad persona; lo cual se presenta por lo general en los casos de oblitio quirúrgico por parte de los profesionales de la salud.

De lo antes mencionado se desprende que las prohibiciones de poner en peligro no son autónomas frente a las prohibiciones de lesionar, por lo que se consideraría que los delitos de peligro no tienen un injusto propio. En consecuencia se entendería que el peligro no es un “estado a evitar en sí mismo, sino sólo en cuanto medio para evitar la lesión del bien jurídico protegido”, haciendo así que la prohibición en incurrir en una acción peligrosa responda a la necesidad preventiva y político criminal, de adelantar la protección de la posible vulneración de bienes jurídicos protegidos, al momento de actuación peligrosa.²⁸⁰

Por otra parte, existe otra corriente doctrinaria que considera que los delitos de peligro tienen un contenido de injusto propio, el mismo que se encuentra constituido por la “dañosidad del peligro;” que se refleja en la pérdida de la seguridad del bien jurídico, “lo que supone convertirlos en una especie de delitos de lesión contra ese específico bien jurídico.”²⁸¹

4.2 Clases de Peligro

Como se ha mencionado con anterioridad, la sociedad actual debido a sus avances tecnológicos y la constante realización de actividades riesgosas que generan una utilidad social, requiere de una intervención cada vez más extensa del derecho penal. En

²⁸⁰ Cfr., T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*, op. cit., p. 24

²⁸¹ KINDHAUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtsheoretische Untersuchungen zur Dogmatik des abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Vittorio Klosterman, Frankfurt and Main, 1989, citado por T, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*, op. cit., p. 25

consecuencia se ha dado un proceso de tipificación que guarde consonancia con las nuevas formas y modalidades de asunción de riesgos de la sociedad actual, llegando a ser considerada como “sociedad de riesgo.”²⁸²

Debido a que los riesgos a los que se enfrenta la sociedad son de distinta índole, deben distinguirse entre distintas clases de delitos de peligro; la distinción clásica separa los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto.

El delito de peligro concreto requiere de la concreta puesta en peligro de un bien jurídico protegido, considerándose al peligro concreto como el resultado típico. Estos delitos involucran un resultado de peligro, es decir se sanciona el resultado peligroso concreto.²⁸³ La tipicidad del delito de peligro concreto, exige que se compruebe la existencia real del peligro, por lo que la ley hace referencia expresa a la posibilidad de peligro.²⁸⁴

Por otra parte los delitos de peligro abstracto con aquellos en los que se castiga la acción típicamente peligrosa o peligrosa en abstracto, sin exigir que en el caso concreto se haya efectivamente verificado un resultado. Por lo general se da en delitos de mera actividad, en los cuales sólo su actividad ya genera peligro, por lo que se sanciona la probabilidad del resultado.²⁸⁵

En los delitos de peligro abstracto, se describe una conducta “cuya sola realización crea la situación de peligro para el bien jurídico,” es decir, “que la ley presume que cada vez que se realiza la conducta tipificada surge la situación de peligro.”²⁸⁶

Debe considerarse que para evaluar el peligro, resulta fundamental utilizar una perspectiva *ex ante* para ver la peligrosidad en la acción y una perspectiva *ex post* para el resultado peligroso.²⁸⁷

²⁸² Cfr., P. DE LA CUESTA AGUADO, *Revista de Derecho Penal “Tipificación del Riesgo y Delitos de Peligro”*, op. cit., p. 126

²⁸³ Cfr., X. ANDRADE CASTILLO, *Curso de Delitos de Peligro y Omisión*, op. cit.

²⁸⁴ Cfr., E. ALBÁN GÓMEZ, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, op. cit., pp. 129-130

²⁸⁵ Cfr., X. ANDRADE CASTILLO, *Curso de Delitos de Peligro y Omisión*, op. cit.

²⁸⁶ E, ALBÁN GÓMEZ, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, op. cit., p.129

²⁸⁷ T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*, Op. Cit., p. 30

Otra clasificación propuesta para los delitos de peligro, la cual resulta especialmente relevante para los delitos de peligro concreto distingue entre delitos de peligro común o general y delitos de peligro individual. De acuerdo a la doctrina antigua, para algunos autores, la diferencia radica en la unicidad o pluralidad de personas o bienes puestos en peligro; mientras que para otros autores, la diferenciación apunta a la determinación o indeterminación del número o de la individualidad de los objetos puestos en peligro.²⁸⁸

Por su parte, la doctrina moderna considera que el objeto del peligro común, es la colectividad, sin que esto signifique que se deba poner en peligro necesariamente a una pluralidad de personas, sino que “esa colectividad puede venir representada por una sola persona indeterminada *ex ante*, como parte de esa colectividad.” Es decir que, basta el peligro de una sola persona, no considerada en su individualidad sino en representación del colectivo de los participantes de determinada actividad, cuya seguridad se ve vulnerada, como colectividad, por una actuación peligrosa.²⁸⁹

Por su parte, el peligro individual se refiere a la puesta en peligro de la persona como individuo, es decir, que los sujetos se encuentran perfectamente determinados aunque constituyan un colectivo más o menos amplio a los que se les garantizan ciertos parámetros de protección.²⁹⁰

Existe también la propuesta de la existencia de un tipo mixto de peligro, es decir el peligro abstracto concreto, el cual combina elementos de estas dos clases de peligro. Este supuesto resulta válido cuando “la aptitud para la producción de un resultado lesivo es elemento del tipo sin que se establezca una caracterización más precisa del ataque contra bienes jurídicos individuales.”²⁹¹

Debido a la naturaleza de la mala praxis médica, en el supuesto de oblitio quirúrgico, puede decirse que el delito de peligro que puede desprenderse del mismo es un delito de peligro concreto individual. Ya que se puede comprobar de manera clara la

²⁸⁸ Cfr., T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*, op. cit., pp. 32-33

²⁸⁹ Cfr., *Ibidem*, p. 33

²⁹⁰ Cfr., *Ibidem*, p. 34

²⁹¹ SCHRODER, *Abstrakt- konkrete Gefährdungsdelikte*, JZ, 1967, p., 525, citado por T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*, op. cit., p. 35

existencia del peligro para un bien jurídico protegido, que puede ser tanto la vida como la integridad personal, sancionando un resultado peligroso concreto. Puesto que es innegable que el olvido por parte de profesionales de la salud de instrumentos quirúrgicos dentro de un paciente lo expone sin duda alguna a un riesgo no permitido, en el cual se amenaza de manera directa sus bienes jurídicos protegidos.

4.2.1 El rol de la posibilidad y probabilidad

Considerando al peligro como la posibilidad objetiva del resultado lesivo; solo resulta posible hablar de peligro en relación a ciertas condiciones determinadas de forma general que abarcan una pluralidad de formas de conducta; en consecuencia se denominarían como peligroso aquello que representa una elevada probabilidad de producir un resultado lesivo.²⁹²

Hablar de posibilidad, hace referencia a la realidad en la que ésta se encuentra contenida, ya que la realidad es “todo cuanto existe objetivamente como posibilidad realizada.” Es decir que la posibilidad exterioriza las tendencias que han de realizarse en caso de que se presenten las condiciones necesarias para ello.²⁹³ Las posibilidades se distinguen entre formales y reales, siendo solo éstas últimas las que le interesan al derecho para no caer en arbitrariedad o imprecisión.²⁹⁴

La probabilidad por su parte, es la medida cuantitativa de la posibilidad de realización de un acontecimiento cualquiera, establece la relación entre realidad y posibilidad;²⁹⁵ siendo en consecuencia la probabilidad lo que le interesa al derecho penal para determinar en que medida el peligro al que se expone al bien jurídico protegido es capaz de producir un resultado dañoso.

De la probabilidad dañosa se desprende que se puede hablar la existencia de peligro concreto, a pesar de la no producción del resultado lesivo, cuando la situación sea de tal

²⁹² Cfr., T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*, op. cit., p. 43

²⁹³ Cfr., D, BAIGÚN, *Los Delitos de Peligro y la Prueba del Dolo*, op. cit., p. 8

²⁹⁴ Cfr., *Ibidem*, p. 9

²⁹⁵ Cfr., *Ibidem*, p.10

clase, que la posibilidad de daño es demasiado elevada conforme a su espacio de configuración y las leyes causales vigentes²⁹⁶, convirtiéndose así en un inminente probabilidad de lesionar un bien jurídico protegido, tal como se presenta en el caso de la mala praxis médica en que el riesgo al que se expone al paciente genera enormes probabilidades de que el paciente muera o sufra lesiones.

Para la consumación de los delitos de peligro, no se exige la lesión de un bien jurídico, sino la posibilidad de la misma que se da con la puesta en peligro del sujeto. Por lo que para el caso que nos compete, existe un delito de peligro concreto cuando se da la posibilidad fáctica de la lesión de un bien jurídico protegido, cuando “el autor realiza una actividad que se caracteriza como una causa dirigida a la producción de un resultado.” Por su parte, el peligro es abstracto cuando del “carácter de la clase de acción emprendida se desprende la posibilidad de poner una causa que lleve a la lesión del bien jurídico.”²⁹⁷

4.3 Imprudencia en los delitos de Peligro

La mala praxis médica no puede ser considerada como un delito doloso, ya que no supone una manifestación de decisión contra el bien jurídico; por lo que debe ser considerada como un delito imprudente debido a que ésta se da esencialmente por descuido en la actuación peligrosa, debido a la inobservancia del cuidado objetivamente debido. En consecuencia podría decirse que la mala práctica médica es un delito de peligro imprudente, supone una puesta en peligro por descuido, sin decisión o voluntad de que se haya creado dicho peligro.²⁹⁸

Podría decirse que “quien actúa descuidadamente respecto de la producción de una lesión, actúa también descuidadamente en relación con el estadio previo del peligro previo a esa lesión.”²⁹⁹ Lo cual podría aplicarse sin problema a los casos de mala praxis médica,

²⁹⁶ Cfr., T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*, op. cit., p. 43

²⁹⁷ Cfr., *Ibíd.*, p. 44

²⁹⁸ Cfr., *Ibíd.*, p. 223

²⁹⁹ HORN, *Strafrecht*, BT,2, 1983, citado por T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*, op. cit., p. 224

teniendo en cuenta que sólo en el ámbito de la imprudencia inconsciente es posible identificar la imprudencia respecto a las lesiones e imprudencia respecto a la puesta en peligro.

La imprudencia en términos generales puede ser consciente o inconsciente, mas al momento de determinar si la imprudencia dentro de los delitos de peligro es consciente o inconsciente, surge una divergencia entre las propuestas doctrinales, dándose la postura de que podrá hablarse de imprudencia consciente cuando el autor tiene por posible la producción del peligro, pero lo rechaza confiando que éste no se produzca; mientras que habría imprudencia inconsciente cuando el autor ni siquiera prevé, pudiendo y debiendo hacerlo, la producción del peligro.³⁰⁰

Frente a esta tendencia se encuentra el sector doctrinal que afirma que respecto de la puesta en peligro de un bien jurídico solamente existe imprudencia inconsciente, es decir se actúa sin reconocer el peligro, donde podía y debía haberse conocido. Ya que la actuación con conocimiento del peligro concreto, teniendo plena conciencia de que se está poniendo en peligro un bien jurídico protegido, implicaría una puesta en peligro dolosa.³⁰¹

La imprudencia consciente exige conciencia del peligro concreto por lo que la actuación pese a la representación del peligro concreto implica la existencia de dolo de peligro. Este caso se verificaría dentro de la mala praxis médica, cuando un profesional de la salud realiza una cirugía sabiendo que es innecesaria y expone a un riesgo no permitido al paciente. Esta conducta analizada desde la perspectiva del dolo configuraría un supuesto de dolo eventual, el mismo que entendido como “consentimiento en el resultado lesivo”, no debe verse como un auténtico dolo de lesión, ni como mera imprudencia sino como dolo de peligro, ya que es constitutivo de un estadio intermedio entre el dolo de lesión y la imprudencia.³⁰²

³⁰⁰ Cfr., T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*, op. cit., p. 229

³⁰¹ Cfr., *Ibidem*, p. 230

³⁰² Cfr., *Ibidem*, p. 61

Habiendo dejado claro el papel del dolo de peligro en el único caso admisible de conducta dolosa dentro de la mala praxis médica, es necesario ver el rol de la infracción del deber objetivo de cuidado que se encuentra siempre presente en los supuestos de mala práctica médica. La doctrina de forma unánime, acepta que el presupuesto mínimo para poder hablar de infracción de este deber y en consecuencia de imprudencia, es que la “conducta valorada desde una perspectiva *ex ante*, cree un riesgo penalmente relevante por encima de los límites del riesgo permitido.”³⁰³ Presupuesto que se ve siempre presente en el riesgo que enfrenta la vida y la integridad personal del paciente que ha sido víctima de un oblitio quirúrgico.

En síntesis debe entenderse que “la comisión imprudente de los delitos de peligro, significa, la puesta en peligro concreto por la realización de la acción típica peligrosa sin conciencia del peligro concreto que tal actuación representaba para el bien jurídico puesto en peligro, aun cuando hubiere podido y debido hacerlo, y por tanto, haber tenido un contramotivo esencial para no actuar. El elemento clave del desvalor de acción radica en la creación de un riesgo no permitido mediante la realización de una acción peligrosa sin conciencia del peligro concreto que de la misma se deriva.”³⁰⁴

De lo que se desprende que salvo que se pruebe lo contrario, el médico al olvidar instrumentos quirúrgicos dentro del paciente, lo hace por no observancia de su deber de cuidado exponiendo al paciente a un riesgo que no debe afrontar, más no lo hace representándose el resultado o el peligro que le va a ocasionar; en consecuencia es un caso de delito de peligro concreto imprudente.

La sanción que se le debe imponer al médico guarda estrecha relación con la naturaleza de su profesión por los presupuestos de posibilidad y deber de conocer que se derivan del deber de evitar la actuación peligrosa si suponía un riesgo incontrolable, así mismo incumple con su deber de tomar las medidas de aseguramiento y control del riesgo suficientes; lo que lo sitúa en una clara violación de su deber de cuidado externo con el paciente.³⁰⁵

³⁰³ Cfr., T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*, op. cit., p. 239

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 246

³⁰⁵ Cfr., *Ibidem*, p. 249

Para que no se presenten problemas respecto a la punibilidad los supuestos de mala praxis médica como delito de peligro deben encontrarse descritos de manera clara y expresa en un tipo penal adecuado, para que de esta manera no surja ninguna controversia; ya que teniendo una *lege lata* no debería presentarse problema alguno.

Finalmente debe considerarse como no peligrosa a una acción cuando la posibilidad del daño es lejana y cuando a pesar de ser cercana, se puede contar con seguridad “la intervención inhibitoria del autor o de otro que lo paralice”. Haciendo que “la posible causa no se convierta en real en la medida en que se opone una contracausa.”³⁰⁶ Situación que no se presenta en los casos de mala praxis médica como un delito de peligro.

4.4 Delitos de daño por mala praxis médica

Como consecuencia de la mala praxis médica, como se mencionó con anterioridad, se producen delitos de daño, que vendrían a ser puntualmente el de homicidio culposo y lesiones.

Debe tomarse en cuenta que el delito de homicidio consiste en “la destrucción del hombre,” mientras que el delito de lesiones se refiere a la “destrucción de la integridad del cuerpo, y su correlación con los órganos y tejidos, ya sea estética, externa o interna;” así mismo constituye un delito de lesión la producción de cualquier daño a la salud, es decir “cualquier alteración fisiológica del organismo o cualquier alteración psíquica”³⁰⁷ que sufra el paciente debido a una actuación médica.

Lo antes dicho puede comprenderse dentro del concepto de iatrogenia, en el cual se encuentran incluidas las afecciones, lesiones, enfermedades, infecciones, y demás daños, que puede sufrir un paciente debido a los diversos casos de mala práctica médica por falta de responsabilidad, incluyendo impericia manifiesta, negligencia, imprudencias dañosas y omisiones culposas.³⁰⁸

³⁰⁶ Cfr., T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*, op. cit., p. 45

³⁰⁷ M. MEINKE, *La Mala Praxis Médica Relaciones entre Derecho Ética y Medicina*, op. cit., p. 89

³⁰⁸ Cfr., N, MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal Médica*, op. cit., p. 374

Debe considerarse así mismo como una acción iatrógena, que debe ser penalmente sancionada, a la evolución desfavorable que no hubiere tenido lugar sin la acción médica; la cual podría generar síntomas imprevistos, alargar la evolución de la enfermedad, crear complicaciones e incluso provocar la muerte del paciente.³⁰⁹

³⁰⁹ Cfr., N. MONTANELLI, *Responsabilidad Criminal Médica*, op. cit., p. 372

CONCLUSIONES

1. Debido a los requerimientos de la sociedad moderna, resulta necesario que el ordenamiento jurídico penal, desarrolle normas que protejan a los individuos frente a nuevas y constantes formas de lesión o puesta en peligro de sus bienes jurídicos protegidos.

La medicina es sin duda una de las ciencias que mayor utilidad ha brindado al ser humano a lo largo de la historia, sin embargo sus prácticas implican procedimientos que podrían ser peligrosos para el paciente; por lo que se la considera como una actividad de riesgo socialmente aceptada debido a la de ella se desprenden grandes beneficios para los individuos; sin que esto pueda convertir a los profesionales de la salud en sujetos no responsables debido a su profesión.

En consecuencia, aquellos actos lesivos que configuren supuestos de mala praxis médica, es decir, una conducta médica que implique un ejercicio errado, una omisión o

una práctica sin habilidad por parte de un profesional de la salud, que cause un daño o ponga en peligro a la salud o a la integridad física del paciente; deben ser sancionados penalmente por lo que es necesario que el ordenamiento jurídico ecuatoriano, cree los tipos penales pertinentes para no dejar en la impunidad este tipo de conductas que vulneran bienes jurídicos protegidos, que se encuentran comprendidos en la más alta escala valorativa por toda la sociedad.

Los avances tecnológicos en el campo de la medicina, las nuevas técnicas y conocimientos que se posee en esta ciencia, hacen que los profesionales de la salud asuman más deberes y responsabilidades para con sus pacientes; por lo que la violación del deber de cuidado y de la diligencia debida que debe seguirse en todo momento del ejercicio profesional, hacen a los profesionales de la salud susceptibles a ser penalmente sancionados si han lesionado o puesto en peligro un bien jurídico protegido.

Tradicionalmente en nuestro país aquellos casos en los que un médico irrogaba un daño a su paciente, solían resolverse mediante una indemnización económica, más debido a la naturaleza de los bienes jurídicos que se ven afectados por una mala práctica médica, es necesario que se de una intervención por parte del derecho penal. En consecuencia, es fundamental que se cree conciencia en el pleno legislativo sobre la necesidad de sanciones distintas a indemnizaciones de carácter económico frente a los casos de mala praxis médica; imponiendo sanciones penales a los profesionales de la salud que incurran en este tipo de conductas.

La mala práctica médica por lo general configura un delito de carácter culposo debido a la conciencia, mas no voluntad de causarle un daño al paciente lesionando sus bienes jurídicos protegidos. De manera excepcional puede considerarse dolosa a una conducta médica, debido a la esencia protectora de esta profesión; solo en el supuesto de someter al paciente a una intervención quirúrgica innecesaria, habría la posibilidad de considerar la existencia de un dolo eventual, ya que las consecuencias dañosas del acto si bien no son queridas, son consideradas como factibles por el autor. El dolo dentro de la mala praxis médica debe ser sometido al más minucioso examen para ser determinado; puesto que al momento de verse presente voluntad y conciencia de provocar un daño en

la actuación de un profesional de la salud, y que esta conducta tenga como resultado la muerte de un paciente, ya no nos encontramos ante un supuesto de mala praxis médica, sino de asesinato ya que habría planificación conciente y voluntaria de dar muerte al paciente.

La creación de un tipo penal que sancione todas las posibles conductas generadoras de mala praxis médica, es necesario para que se puedan imponer sanciones que no vulneren el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*. Una norma penal en este sentido, se dirige a perseguir la finalidad preventiva del derecho penal; ya que en ella se encuentra de manera implícita la exigencia de una conducta más proba y diligente para los profesionales de la salud si no quieren incurrir en un comportamiento ilícito, que en caso de ser encontrados culpables les generará una sanción penal.

Debe tomarse en cuenta que la finalidad máxima del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, por lo que ante la ausencia de un tipo penal que sancione la mala práctica médica, se está dejando en indefensión y desprovisto de toda protección al paciente y a sus bienes jurídicos protegidos.

La norma jurídica debe ser la expresión de expectativas sociales, por lo que al considerar que no existe mayor expectativa que esperar que la vida e integridad de cada individuo sea respetada sobretodo por aquellas personas a quienes se les ha encomendado su cuidado, esperando que éstas en todo momento cumplan con los deberes que les son impuestos para obrar de manera diligente.

La mala praxis médica es una conducta reprochable realizada por un ser humano, el profesional de la salud, la cual lesiona un bien jurídico protegido y es reprochable a una persona específica; por lo que para que se imponga la sanción adecuada a este tipo de comportamiento es necesario que haya un tipo penal que convierta a esta conducta dañosa en un acto típico y se conjugará con los elementos de antijuridicidad y culpabilidad que ya posee la mala praxis médica.

De acuerdo a la teoría de la imputación objetiva, debe reconocerse que cada individuo es portador de un rol y en virtud de ello tiene ciertos derechos y deberes. Los roles que desempeña cada sujeto, generan expectativas recíprocas y las correspondientes

posibilidades de reacción. En el caso del médico, éste debe responder por su rol de posición de garante frente al paciente; por lo que si el individuo cumple adecuadamente con su rol y no se produce ningún curso lesivo no responde penalmente, caso contrario se produce una defraudación.

Para probar la existencia o no de un ilícito de mala praxis médica, debe preverse la inversión de la carga probatoria, permitiendo que el profesional de la salud sea quien demuestre su actuación diligente y el empleo de todos los medios que se encontraban a su disposición para brindar una correcta atención al paciente. Se concibe la posibilidad de este traslado probatorio debido a que los profesionales de la salud tienen un acceso directo a la información que los eximiría de responsabilidad.

Es fundamental que junto a la tipificación del delito de mala praxis médica, se derogue el deber de confraternidad previsto dentro del Código de Ética Médica, debido a que mediante este deber se les impide a los profesionales de la salud declarar en contra de sus colegas sometidos a juicio.

2. El carácter culposo que posee el delito de mala praxis médica, hace que éste sea mejor calificado como un injusto imprudente, debido al tipo de actividad al que se dirige y a la naturaleza del ilícito, el cual consiste en una violación al deber de cuidado exigido a los profesionales de la salud.

Al ser la medicina una actividad de riesgo, la previsibilidad que se tiene de las posibles consecuencias de determinada acción es fundamental para determinar si hay o no responsabilidad en el injusto imprudente; ya que debido al grado de especialidad, habilidad y profundidad de conocimientos que le son exigidos a los profesionales de la salud, éstos no podrán excusarse con la no previsibilidad del resultado de determinada acción, por lo que se puede decir que poseen una mayor responsabilidad de sus actuaciones ante la sociedad.

En las normas que contienen a los delitos imprudentes, el derecho penal dirige un mensaje consistente en que al actuar debe observarse el cuidado necesario, para no lesionar ni poner en peligro de manera antijurídica a bienes jurídicos protegidos. De

manera que se crea un mandato de observancia del cuidado jurídicamente exigido para evitar que se dañe a un tercero, en este caso al paciente.

Dentro del injusto imprudente debe considerarse sanciones tanto para los casos de imprudencia consciente como de imprudencia inconsciente, ya que dejar sin posibilidad de sancionar a aquellos supuestos de imprudencia inconsciente, es dejar sin protección al paciente; y ocasionaría que todo acto de mala praxis médica se justifique con la existencia de imprudencia inconsciente, por lo que se mantendría el problema de impunidad hasta ahora existente. La punibilidad de la imprudencia inconsciente médica, guarda estrecha relación con la previsibilidad y control de los efectos que posee en médico en su actuación.

Para poder establecer los límites de la responsabilidad médica de tipo penal, es primordial advertir que el consentimiento previamente expresado por el paciente para someterse a un tratamiento médico o a una intervención quirúrgica, no hace que el profesional de la salud esté exento de responsabilidad penal por actuaciones imprudentes y descuidadas que le irrogan un daño al paciente.

Si se comprueba que habiendo respetado las normas de cuidado, se hubiese evitado el resultado dañoso, el actor ha incurrido en un injusto imprudente que amerita sanción por haber vulnerado su deber objetivo de cuidado. Este deber, es un punto central sobre el que se debe construir la figura de la mala praxis médica como ilícito, de igual manera debe considerarse la violación del deber subjetivo de cuidado por parte de los galenos, ya que este deber toma en consideración a la experiencia, conocimiento que éste tiene o debía tener para así cumplir con las expectativas sociales que recaen sobre él.

El deber objetivo de cuidado, nos indica la forma en la que debe comportarse un sujeto para que su conducta se caracterice como correcta o adecuada. Por lo que el sujeto activo tendrá que realizar esta conducta de acuerdo con sus posibilidades, ya que está obligado a cumplir el cuidado objetivo en la medida que ello sea posible.

De lo que se desprende que el profesional de la salud para no producir un daño a su paciente, debe adecuar su comportamiento a las reglas que orientan la actividad profesional médica. Por lo que la violación del deber objetivo de cuidado es, como se

mencionó anteriormente, un nervio central del ilícito imprudente, puesto que demuestra una falta de compromiso y responsabilidad por parte de los profesionales de la salud.

De igual manera, la previsibilidad del resultado lesivo es un elemento básico para la existencia de un injusto imprudente; debido a la preparación que exige la profesión médica, por lo general siempre se pueden prever las posibles consecuencias de las actuaciones de los profesionales de la salud. La previsibilidad debe considerarse dentro de del delitos imprudentes, ya que en éstos, de pretende sancionar conductas que por su forma descuidada de ejecución puedan poner en peligro o lesionar bienes jurídicos valorados como especialmente importantes.

En los supuestos de error como hecho generador de la mala praxis médica, sólo pueden ser imputables aquellos errores que el autor incumbía evitar. Por lo que la responsabilidad por imprudencia de un profesional de la salud, se basa en un error evitable del agente respecto del riesgo desplegado por la propia conducta. De lo que se puede decir que el agente no velo por no incurrir en el error, obrando en manera contraria al su deber de cuidado.

Puede considerarse que hay una suerte de “error doloso” cuando agente conoce que desconoce el riesgo de su conducta, y a pesar de eso continúa actuando, es decir, el sujeto sabe que está en error y continúa actuando; lo cual debe ser debidamente probado.³¹⁰

Finalmente, en cuando al injusto imprudente de mala práctica médica, analizando a la imprudencia desde un punto de vista subjetivo, para determinar la culpabilidad del sujeto debe atenderse a su previsibilidad individual, es decir, el deber de prever aquello que al sujeto le es posible prever *ex ante*, así mismo debe atenderse a la cognoscibilidad como el límite máximo de la previsibilidad individual.

El deber subjetivo de cuidado, está implícito en el deber objetivo de cuidado, por lo que no se presentarán contradicciones al momento de considerar si hay o no responsabilidad.

³¹⁰ Cfr., UNIVERSIDAD DE NAVARRA, *Op.cit.*, p.2

Como se ha mencionado anteriormente, el riesgo es un elemento presente en toda actividad médica; por lo que el legislador y posteriormente el juez deben manejar y comprender con claridad el concepto de riesgo permitido; para que no se pretenda acusar a toda conducta médica como un supuesto de mala praxis médica, lo que vulneraría el derecho a trabajar que tienen los profesionales de la salud. En consecuencia sólo deben sancionarse aquellas conductas que superan el límite de lo permitido, incurriendo en un riesgo típicamente relevante.

3. La mala praxis médica no se da solamente a raíz de conductas comitivas por parte de los profesionales de la salud, sino que también se da como consecuencia de sus omisiones. Es decir, de algo que estando obligados a hacer es voluntariamente omitido; o aquello que por su posición debía evitar que llegue a producirse.

Las omisiones médicas, se entenderán especialmente relacionadas con el deber de obrar impuesto a los profesionales de la salud. Este deber médico funge como condicionante para que omitir con los deberes y obligaciones que de derivan de la profesión médica acarreen la respectiva responsabilidad penal.

Resulta necesario que la obligación de actuar, que en caso de no ser acatada configurarían un delito de omisión, provenga de una norma penal; para que de esta manera no se vulnere el principio fundamental de legalidad respetando de esta manera el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Sólo puede considerarse que un profesional de la salud incurrirá en un tipo omisivo de mala práctica médica, cuando se haya encontrado en condiciones de realizar aquello que de él se esperaba o lo que el ordenamiento jurídico penal le ordene; en caso de no haber estado fuera de su alcance la evitación del resultado o realización de la acción, no podrá ser penalmente imputado.

La posición de garante en la que se encuentran los médicos, los coloca frente a mayores responsabilidades, ya que proviene del deber de protección que éste tendrá frente a terceros. Este deber es indiscutible ya que las características propias de la profesión lo colocan a cargo del cuidado de terceras personas y le imponen el deber de proteger y garantizar la protección de sus bienes jurídicos protegidos.

Dentro de los casos de mala praxis médica pueden generarse ambos tipos de omisión; ya que nos encontramos ante un supuesto de omisión propia cuando el médico no presta sus servicios profesionales a un enfermo, mientras que se da omisión impropia cuando el médico no evita el resultado lesivo a quienes ya son sus pacientes, es decir se encuentra en una posición de garante frente a los mismos. Así mismo, la omisión en los supuestos de mala praxis médica, no debe ser considerada como un concepto puramente negativo, la omisión será la no producción de cierta finalidad potencial de un sujeto en relación con un determinado hecho que se encuentra dentro de su esfera de dominio.

Para establecer la sanción correcta y determinar la existencia o no de responsabilidad, es necesario que no se confunda omisión con imprudencia. La omisión es no realizar una acción debida o no impedir que se de un resultado dañoso cuando se está obligado a hacerlo; mientras que la imprudencia es una actuación carente de diligencia en la que se vulnera el cuidado debido.

4. La mala praxis médica no debe verse sólo como la efectiva destrucción de un bien jurídico protegido, sino que la sanción penal que gira alrededor de este ilícito debe extenderse a sancionar la puesta en peligro de los bienes jurídicos del paciente aunque no llegue a producirse un efectivo resultado.

La puesta en peligro de la vida o la integridad personal del paciente, de tal manera que supere los límites del riesgo permitido ya debe ser considerado como un ilícito debido a la exposición que sufre el paciente, la misma que no se hubiese generado en caso de una actuación diligente por parte de los profesionales de la salud. Generalmente se debería considerar a la mala praxis médica como un delito de peligro, en los casos de oblitio quirúrgico por parte de los profesionales de la salud.

El dolo eventual que anteriormente mencionado, debería ser mejor considerado como un dolo de peligro ya que lo que se debería sancionar es la exposición consciente y voluntaria del paciente a los riesgos derivados de una intervención quirúrgica innecesaria.

El carácter culposo de la mala praxis médica se debe extender a los supuestos en los que se la considera como un delito de peligro, debido a que nos encontramos ante una puesta en peligro concreto por la realización de la acción típica peligrosa sin conciencia del

peligro concreto que tal actuación representaba para el bien jurídico puesto en peligro, aun cuando hubiere podido y debido hacerlo. Por ende, el tipo penal debe ser muy clara y puntual respecto a la determinación de cuando se produce un delito de peligro concreto imprudente realizado por un profesional de la salud; sólo de esta manera se evitaría posibles confusiones y problemas de determinación.

La probabilidad de que se produzca un daño a terceros, permite calificar como delito de peligro concreto al oblitio quirúrgico por mala práctica médica, porque existe la inminente probabilidad de lesionar los bienes jurídicos protegidos del paciente.

5. Por lo que es necesario sostener la necesidad de que se cree un tipo penal que sancione el homicidio imprudente producto de la mala praxis médica; así mismo debe crearse un tipo penal enfocado a sancionar el delito de lesiones imprudentes derivadas del ejercicio de la profesión médica.

De igual manera debe contenerse en una ley de carácter penal la obligación médica a brindar la debida y oportuna atención a los pacientes para que pueda hablarse de la existencia de un delito de omisión propia que no vulnere el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*. Esto no debe por ningún motivo implicar que se desconozca la existencia de omisión impropia de carácter culposo o imprudente, cuando no se evita que se de un resultado dañoso, debido a la posición de garante que ostentan los profesionales de la salud.

Se debe también crear un tipo penal que contenga al delito de peligro concreto imprudente para sancionar aquellas conductas médicas que exponen al paciente a un riesgo que no se encuentra obligado a soportar; siguiendo el mismo patrón, debe tipificarse la existencia de un “dolo de peligro” en la mala praxis médica cuando los profesionales de la salud realicen operaciones innecesarias a los paciente, siendo fundamental que en estos casos de compruebe todo lo relativo al *iter criminis*.

Finalmente debe establecerse dentro de la norma penal, que para todos los supuestos antes mencionados que configurarán delitos de mala praxis médica, existirá una inversión de la carga probatoria; siendo el profesional de la salud a quien corresponda probar su actuación proba y diligente.

BIBLIOGRAFÍA

ALBÁN GÓMEZ, ERNESTO, *Manual De Derecho Penal Ecuatoriano Parte General 3°Ed*, Ediciones Legales, Quito

ALEGRÍA HIDALGO, LUIS, *Derecho Penal Parte General*, UAP, Lima, 2007

ANDRADE CASTILLO, XAVIER, *Curso de Delitos de Peligro y Omisión*, Quito, USFQ, Mayo-Julio 2009

ANDRADE CASTILLO, XAVIER, *Curso de Delitos de Peligro y Omisión*, Quito, USFQ, Mayo-Julio 2009

ARROYO ZAPATA, LUÍS: *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Bosch, Madrid, 1981

- BACIGALUPO, ENRIQUE, *Lineamientos de la teoría del delito.*, Buenos Aires, 1986
- BACIGALUPO, ENRIQUE, *Delitos Improprios de Omisión*, Pannedille, Buenos Aires, 1970
- BAIGÚN, DAVID, *Los Delitos de Peligro y la Prueba del Dolo*, Buenos Aires, B de F, 2007
- BERNATE OCHOA, FRANCISCO, *Imputación objetiva y Responsabilidad Penal médica*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010
- CADAVID QUINTERO, ALFONSO, *Introducción a la Teoría del Delito*, DIKE, Medellín, 1998
- CHINCHILLA SANDÍ, CARLOS, *Delitos de Omisión Propia e Impropia y los Problemas con la Autoría*, 2004,
<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2023/Delitos%20de%20omisi%C3%B3n%20propia%20e%20impropia%20y%20problemas%20de%20coautor%C3%ADa%20-%20Carlos%20Chinchilla.pdf>, revisado, 24 de noviembre del 2010
- CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *El delito Imprudente Criterios de Imputación del Resultado*, BdeF, Buenos Aires, 2008
- CRESPO, EDUARDO, “Culpa y fines de la pena- con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin”, *Revista de Derecho Penal*, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires: 2007
- CRIMINA, DERECHO PENAL III, *Imputación objetiva*, Universidad de Navarra,
<http://www.unav.es/penal/crimina/T%F3picos%20html/imputacionobjetiva.html>,
 revisado, 24 de noviembre del 2010
- DE LA CUESTA AGUADO, PAZ, “Tipificación del Riesgo y Delitos de Peligro”, *Revista de Derecho Penal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007
- DE LA CUESTA, PAZ Tipicidad del riesgo y delitos de peligro - *Revista de Derecho Penal*, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires: 2007
- Derecho Penal I, *Delitos de Peligro y de Resultado*, <http://www.marisolcollazos.es/Derecho-Penal-I/Derecho-Penal-I-14-Clases-tipos-penales.html>, revisado, 24 de noviembre del 2010
- DONNA, EDGARDO, *Derecho Penal Parte Especial*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires
- EBER, *Derecho Penal Parte General*, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, Hidalgo, 2005
- GARCÍA FALCONÍ, JOSÉ, “La Responsabilidad Médica En Materia Civil Y Penal”, *Revista Judicial N. 9367*, Diario la Hora, Quito, 23 de septiembre 2010

GIMBERNANT ORDEIG, ENRIQUE, *La causalidad en la Omisión Impropia y la Llamada Comisión por Omisión*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Delitos cualificados por el resultado y la causalidad*, Bosch, Madrid, 1966

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1990

GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO *Delitos contra la vida y la integridad personal*, D'Vinini, Bogotá, 1998

HENAO CARDONA, FELIPE, *Introducción al Derecho Penal en la Sociedad Postindustrial*, DIKE, Bogotá, 2006

IRAOLA, LIDIA NORA Y GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, HERNÁN, *Apuntes sobre la responsabilidad médica legal y la mala praxis. Asociación Médica Argentina y sociedades médicas afines*, http://www.riflecta.com/SALUS/mala_praxi.pdf

JESCHECK, [HANS-HEINRICH](#), *Tratado de derecho penal (Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde)*, BOSCH, Barcelona, 1981

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de Derecho Penal*, Editar, Buenos Aires, 1950

“La Muerte De Una Mujer En 2009 Causó El Cierre De Un Centro Estético”, *Diario El Comercio*, judicial, Quito, Martes 9 de marzo de 2010

LOMBANA VILLALBA, JAIME, *El Derecho Penal y la Responsabilidad Médica*, DIKE, Bogotá, 2007

LÓPEZ MEDRANO, CARLOS ET ALL, *Pío XII y las Ciencias Médicas*, Guadalupe, Buenos Aires, 1961

LÓPEZ PEÑALOZA, FRANCISCO, *Sentencias Penales Frecuentes*, Universidad Cooperativa de Colombia, Bogotá, 2005

MALO CAMACHO, GUSTAVO, *Delitos de Lesión y Delitos de Peligro*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/854/13.pdf>, p., 222, revisado, 24 de noviembre del 2010

MEINCKE, MARÍA JOSÉ, *La mala praxis médica- Relaciones entre derecho, ética y medicina*, AD-HOC, Buenos Aires, 2001

- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal partes generales*, B de F, Buenos Aires- Montevideo, 1985
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Bocsh, 1976
- MONTANELLI, NORVERTO, *Responsabilidad Criminal médica*, García Alonso, Buenos Aires, 2005
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996
- PUPPE, INGEBORG, “La construcción del delito”, *Revista de Derecho Penal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007
- REAL, MARCO AURELIO, *Delito Imprudente- Responsabilidad profesional en el psicoanálisis*, http://www.segurosmedicos.com.ar/articulos/seguros_medicos-responsabilidad_profesional_en_el_psicoanalisis.pdf, revisado, 24 de noviembre 2010
- RIGHI, ESTEBAN, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008
- ROMEO CASABONA, CARLOS, “Peligrosidad y peligro en la estructura del delito imprudente”, *Revista de Derecho Penal*, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2007
- SOLER, SEBASTIÁN, *Tratado de Derecho Penal Argentino*, TEA, Buenos Aires, 1988
- TAMAYO MARTÍNEZ, JAIME, “La relación médico paciente y la mala praxis médica” *Novedades Jurídicas*, Ediciones Legales, febrero 2007
- UNIVERSIDAD DE NAVARRA- VREA DE DERECHO PENAL: *El delito imprudente y la responsabilidad por imprudencia*, <http://www.unav.es/ocw/dpenal2/pdf/n51.pdf>, revisado, 24 de noviembre del 2010

JURISPRUDENCIA UTILIZADA

(Argentina) CN de Apel. en lo Crim y Corr. Cap. Fed. Sala 06 (Elbert)- González Pallazo. Martín, Jorge V.s/ Lesiones culposas/ Sent.:19/04/1994

- (Argentina) C. de Apel. En lo Crim. y Corr., Sgo. Del Estero, Cra. 04. V. Moreno c/ Lacherre A.J. s/ Homicidio culposo. 5/03/2001
- (Argentina) CN Crim. y Corr.- Sala I- 16/07/2003
- (Argentina) CN de Apel. en lo Crim. y Corr., Cap. Fer., Sala 06, Argibay- en disidencia-, Elbert Campos. Ferreiro, J.F. s/ Homicidio Culposo 9/05/ 1991
- (Argentina) CNCrim. Y Corr. De la Cap. Fed. Sala VI- Pantoni, P.R. s/ procesamiento. 23/12/2003
- (Argentina) Del voto del Dr. Campos adhiriendo al Dr. Elbert, Ferreiro, J.F.- N° Sent.: c. 21.070, Sala VI- Magistrados:- Argibay (en disencia), Elbert Campos- -Rta. 9/5/1991,
- (Argentina) Juzg. C.C y Minas Mendoza, n.9, 17/08/1995 Hospital Luis V. Lagomaggiore. JA 1998 III síntesis
- (Argentina), CNCrim. Y Correc. Fed, sala II, 2/7/91, ED, 94-705
- (Argentina), C. Penal Rosario, sala 3°, 02/11/1995 T.C.G-. JA 1998 III síntesis
- (Argentina), CN Crim. y Corr, Sala I, J A, 1993-III-341
- (Argentina), CN de Apel. En lo Crim y Corr., Cap. Fed., Sala 05. Madueño-disidencia-, Vila, Catucci. Abelenda, Eloy. s/ Homicidio culposo. Error de hecho médico. 26/06/1987
- (Argentina), CN de Apel. En lo Crim. y Corr., Cap. Fed. Sala 05, Madueño, Vila, Catucci. Abelenda, E. s/ Homicidio culposo. Error de hecho. 26/06/1997
- (Argentina), CNCrim. Correc., sala V, junio 14-988.-P.P.H. LA LEY 1998-E,569 (38.062-S
- (España) STS 29 de mayo 1979 (A2199)
- (Uruguay) C de Apel. en lo Crim. Concepción del Uruguay, Entre Ríos, Sala 01, García Besel, Fervenza. M., Z. s/ Su denuncia. 28/09/ 2000
- (Uruguay) C. de Apel en lo Crim. Concepción del Uruguay, Entre Ríos. Sala 01. R.I.D s/Denuncia/Intreloc.:7/08/2000
- Argentina) C.N. Crim. Sala I Correc. Costa, Bonorino Perú Correc. H, sec.57c. 31.719 D'Onofrio, Rodolfo 03/03/88 Boletín de Jurisprudencia, Año 1988, Nro. 1, Enero-Febrero- Marzo

LEGISLACIÓN UTILIZADA

Código de Ética Médica, Ecuador, Acuerdo Ministerial # 14660, Registro Oficial # 5, 17-8-1992

Código de Ética y Deontología del Colegio de Médicos del Perú, “Artículo 12”

http://www.cmp.org.pe/doc_norm/codigo_etica_cmp.pdf, revisado, 24 de noviembre del 2010

Código Penal Argentina, <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#15>, revisado, 24 de noviembre del 2010

Código Penal Ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, julio 2005

.