



**LA UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO
FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO**

TITULO:

**LEX ARTIS INTERPRETACIÓN CONCEPTUAL, PARA ESTABLECER
CRITERIOS DE RESPONSABILIDAD PENAL EN AREA DE SALUD**

**TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO
REQUISITO PREVIO A OPTAR POR EL GRADO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA DE ECUADOR**

NOMBRE DEL ESTUDIANTE:

JHONATAN STIVEN ARIAS LLERENA

NOMBRE DEL TUTOR:

DR. DANIEL KURI GARCIA

SAMBORONDÓN, ABRIL, 2018

La lex artis interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

La lex artis interpretación conceptual...

Jhonatan Stiven Arias Llerena, Universidad de Especialidades Espíritu Santo Ecuador, jsarias@uees.edu.ec; Facultad de Derecho, Política y Desarrollo, Edificio P, Km 2.5 Vía Samborondón.

Resumen

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo analizar la función de la *lex artis* dentro de los elementos constitutivos de la responsabilidad penal del médico, a partir desde la conceptualización de aquel precepto, se puede ampliar el criterio valorativo sobre los cuales se aplica la determinación del reproche penal. Además, dentro del presente trabajo se incluirá el esquema del delito imprudente, en vista de que este comprende los criterios jurídicos-penales sobre el cual se va a valorar la actuación médica, tomando como fuente principal la teoría de la imputación objetiva para resolver los casos en que recae la culpa. A su vez se estudiarán los casos en que se excluye la responsabilidad penal, vistos desde la tipicidad del tipo penal y la fuente del riesgo permitido, dentro de la perspectiva *ex ante* y *ex post*. Aquellos elementos permiten concluir que la mera producción del resultado frente a la actividad médica-quirúrgica no tiene que ser considerado como fuente de castigo hacia el médico, debido a que la conducta de este debe ser causa consecuente para la producción del resultado.

Palabras Clave: *Lex artis, Delito Imprudente, Riesgo permitido, Imputación Objetiva, Actividad médica*

La lex artis interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

Abstract

The aim of this research work is to analyze the role of the lex artis within the constituent elements of the criminal responsibility of the doctor, starting from the conceptualization of that precept, the evaluative criterion can be extended on which the determination of the criminal reproach. In addition, within the present work the scheme of the reckless crime will be included, considering that this includes the juridical-penal criteria on which the medical action is going to be valued, taking as a main source the theory of the objective imputation to solve the cases where the fault lies. At the same time, the

cases in which criminal responsibility is excluded, viewed from the typicality of the criminal type and the source of the permitted risk, within the *ex-ante* and *ex-post* perspective, will be studied. Those elements allow us to conclude that the mere production of the result in front of the medical-surgical activity does not have to be considered as a source of punishment towards the doctor, because the behavior of this must be a consequent cause, for the production of the result.

Keywords: *Lex artis, Risk allowed, Reckless crime, Objective*

Imputation, Medical activity

La *lex artis* interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

I.- Introducción

Este trabajo pretende contemplar los criterios que se utilizan para determinar la responsabilidad penal del médico, sea por causas propias o ajenas a este. Para esto se debe partir de la descripción y conceptualización de la *lex artis*, cuyo elemento es una pieza fundamental para el tipo penal a describirse, es por ello que aquella figura comprende el punto de partida del presente trabajo; aunque se debe aclarar que la *lex artis* no es el único elemento a ser tomado en cuenta para valorar la conducta del médico, sino que este forma parte del delito imprudente.

El estudio del delito imprudente permite conocer los parámetros sobre los cuales recae la responsabilidad penal, para lo cual se exige que el médico adecue su conducta conforme lo establece el tipo penal. Así mismo, estos elementos detallan con exactitud los criterios que establecen la norma frente a la producción del resultado, siendo necesario el nexo de antijuricidad, para que este responda frente a la sociedad y el derecho.

Por otro parte, se pretende analizar el delito imprudente bajo la perspectiva de la nueva dogmática penal, utilizando para ello la teoría de la imputación objetiva, misma que resuelve las diversas situaciones que se presentan frente a la actividad médica-quirúrgica, todo esto a través del estudio del desvalor de la acción (aspecto *ex ante*) y el desvalor del resultado (aspecto *ex post*). Aquellos elementos son los que permiten desvirtuar ciertas concepciones de mera casualidad, mismas que fueron usadas para establecer criterios pocos ortodoxos e incompatibles con la actividad médica.

La *lex artis* interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

II.- La *lex artis*

La *lex artis* (o “ley del arte” en latín) hace referencia al conjunto de normas de tráfico como fuentes de directrices o baremos objetivos y demostrables del buen obrar, cuyo propósito principal es estandarizar procedimientos (Medina, 2010, p.297). Es por ello que la *lex artis* en el sector médico sirve para adecuar las actuaciones, y evitar procedimientos que puedan resultar antojadizos, erróneos, arbitrarios, así como las intervenciones quirúrgicas practicadas sin necesidad ante un método alternativo menos riesgoso y más eficaz. (Araujo, 2015, pp.82-83). Esto se traduciría en parte de la delimitación del riesgo permitido al momento de realizar la desvaloración objetiva de la conducta *ex ante*, por lo tanto, es un parámetro importante en la medición de la infracción del deber objetivo de cuidado en los delitos culposos en el seno de la actividad profesional médica.

La *lex artis* es tomada como criterio de imputación con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal (COIP), publicada en el Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de febrero del 2014. El artículo 146, el cual tipifica el homicidio culposo por mala práctica profesional, señala a la inobservancia de la *lex artis* como criterio de determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado frente a la normativa penal vigente (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art.146). La idea de la infracción al deber objetivo de cuidado, que fue desarrollada por Engisch y adoptada por un gran sector de la doctrina (Perez del Valle, 2012, pp.100 y ss), no solo que ha sido tomada por la jurisprudencia nacional –como es el caso de la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia del 1 de julio del 2013, por ejemplo- sino además por el propio legislador en la redacción del COIP. El artículo 27 definirá al delito culposo como la infracción al deber objetivo

La lex artis interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

de cuidado que personalmente le corresponda al autor, produciendo un resultado dañoso. A esto se le añadirían los criterios de determinación del artículo 146 –los cuales coinciden con los criterios de la imputación objetiva- para así definir claramente el contenido de los delitos culposos (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 27).

III.- El tipo culposo o imprudente

El delito culposo responde a la tipificación cerrada y excepcional de la imprudencia (Mir Puig, 2008, pp.284-285). En este sentido podemos afirmar, que no solo se tomará como requisito la infracción de la norma y su tipificación del presupuesto infringido, sino que dichos elementos tendrán que contener un nexo causal entre la acción realizada y el resultado producido (Muñoz, 2010, p.283).

Es por ello que la doctrina dominante expresa que la imprudencia es un problema de tipo, lo cual presupone la existencia del desvalor de la acción, misma que es considerada en la valoración *ex ante* y, por otro lado, parte de la existencia del desvalor del resultado, considerada como valoración *ex post* (Mir Puig, 2008, p.289).

III.A.- La parte objetiva del tipo culposo

La parte objetiva en los tipos penales, por lo general, está constituida por los mismos elementos según el tipo de conducta que se encuentre tipificada. Sin embargo, debido a la necesidad de ciertos requisitos formales de los delitos imprudentes (como por ejemplo la necesidad de aparición de un resultado, según los términos del artículo 27 del COIP), así como los criterios utilizados en el artículo 146 del COIP, es necesario exponer el alcance de esta relación en sede de

La lex artis interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

imputación objetiva. Obviamente, por parte del principio de lesividad, todo delito –culposo o doloso- empezará mediante la descripción de una lesión o peligro para un bien jurídico (Gössel, 2012, p.100). Si bien el artículo 27 del COIP habla de un “resultado dañoso”, tampoco es menos cierto que existe la excepción del artículo 216 por medio del cual se tipifica un delito de peligro concreto. En el ámbito de la práctica profesional médica, tanto el artículo 146 como el 152 (lesiones) son aplicables, remitiéndose el 152 directamente al 146 para su interpretación. Con ello, en los delitos culposos se analizará la tipicidad objetiva desde la misma perspectiva *ex ante* y *ex post* dados por la imputación objetiva, con algunos matices específicos relevantes: en especial el criterio de infracción del deber objetivo de cuidado.

III.A.1.- Desvalor de la acción

La separación de los momentos de imputación entre un desvalor de la acción (o de la conducta) y un desvalor del resultado es un elemento crucial en la identificación de los momentos de la imputación: pues por un lado se encontrará un desvalor de la conducta del sujeto que ha creado un riesgo prohibido a un bien jurídico, mientras que por el otro estará la realización de dicho riesgo en el resultado típico (Jescheck & Wiegand, 2002, p.307). El primero de ellos corresponderá a la imputación *ex ante* de la conducta en cuando realización del tipo objetivo, mientras que la segunda corresponderá a la imputación del resultado desde una perspectiva *ex post* (Mir Puig, 2008, p.250). La aparición de un resultado (*ex post*) no significa automáticamente la desvaloración de una conducta (*ex ante*), pese a que esta se encuentra causalmente relacionada con la segunda: solamente a aquellas conductas no cubiertas por un riesgo permitido se les imputará el resultado; es por ello que primero se analiza la creación del riesgo no permitido como criterio, pues de no

La lex artis interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

existir este jamás se podrá imputar un resultado –así se haya producido, pues estos son los propios términos empleados por el artículo 146 del COIP-.

III.A.1.i.- Creación de un riesgo de entidad suficiente

Los primeros parámetros de análisis de la imputación objetiva son los de creación de riesgo y grado suficiente de riesgo. El primero se refiere a la peligrosidad de la conducta de poner en riesgo a un bien jurídico protegido, mientras que la segunda se refiere a la magnitud de ese riesgo –es decir en cuanto a su significancia como parte del principio de lesividad-. Ambos criterios permitirán incluir o excluir algunos casos desde la perspectiva del desvalor de la acción, los cuales tendrán relevancia práctica al momento de analizar conductas que se encuentran dentro de la actividad médico-sanitaria.

A través del criterio de la creación del riesgo se entiende que el autor mediante su conducta crea una situación que pone en peligro a un bien jurídico-penalmente protegido. A este criterio se le añade, de forma análoga, el criterio de aumento de riesgo por medio de la cual el autor aumenta un riesgo previamente existente. Así, un médico que realiza una operación se encuentra ya en la creación de un riesgo (esto es, un riesgo para la integridad física del paciente). En caso de que, por ejemplo, el paciente llegue en una situación de emergencia, digamos, tras un accidente, la actividad médica será un aumento de dicho riesgo.

Así también, existen casos donde la creación de un riesgo de entidad no se produce, a esto la doctrina la conoce como disminución del riesgo permitido, en estos casos lo que busca el autor es tratar de disminuir el grado de peligro de la acción que esta por emprender. Un ejemplo claro, son los actos médicos con fines

La lex artis interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

curativos con resultados desfavorables previsibles, en estos sucesos la víctima se encontraba expuesta a una situación de peligro mucho mayor creada por el cirujano, siendo la intervención del profesional de la salud necesaria, para que esta pueda seguir viviendo. Quedando excluida la imputación del resultado, en virtud de que la acción del médico no es consecuencia directa de la producción del resultado – como valoración *ex ante*- (Valencia, 2013, pp.126-127).

Aunque cierto sector expresa, que este tipo de casos se encuentran justificado debido a la utilidad social que esta produce, en razón de que estas acciones intentan precautelar bienes jurídicos como son la integridad física y la vida del paciente. Por ende, es necesario que los mismos sean afectados de algún modo, existiendo la posibilidad de que también se produzca una lesión o la muerte del paciente, en este tipo de procedimientos la necesidad de que el médico intervenga es fundamental, aun cuando este conozca que la probabilidad de tener éxito sea mínima (Rueda, 2009, p.14).

III.A.1. ii.- El riesgo prohibido

Es esencial señalar que todas las actividades de las personas engendran un riesgo en sí mismas, de ahí que, si estaríamos ante la prohibición de toda puesta en peligro de bienes, simple y llanamente impediríamos la realización de cualquier comportamiento social, incluyendo por obvios motivos las actividades del área de la salud. Por lo dicho es necesario manifestar que el denominado riesgo permitido no es que elimine el peligro en sí, sino que haga tolerable determinadas molestias en ciertas y determinadas condiciones, tales como las efectuadas por los médicos en el transcurso de la actividad médico quirúrgica (Jakobs, 1997, p.28).

La *lex artis* interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

Por otra parte, se estima que el riesgo permitido es un delimitante de lo penalmente relevante, además de exponer que hoy en día ciertas actividades técnicas llevan un grado de riesgo, siendo capaces de producir lesiones al bien jurídico. Aquellas acciones peligrosas consiguen la determinación de fines lícitos y de gran beneficio a la sociedad; en este sentido, no quiere decir que todas las acciones peligrosas puedan ser efectuadas sin ningún tipo de precaución (Muñoz, 2010, pp.285-286). Motivo suficiente, para que la actividad médica-quirúrgica sea efectuada con la mayor precaución posible, en consecuencia, de que este puede afectar bienes jurídicos protegidos por la normativa penal vigente (Valencia, 2013, pp.124-125).

Roxin establece un criterio mucho más preciso sobre el riesgo permitido, este afirma que el legislador permite que, de la misma forma que en diversas manifestaciones del tráfico moderno en la actividad de establecimientos peligrosos y en otros casos de utilidad social preponderante, se permita correr hasta un grado cierto de riesgo, mismo que solo podrá existir imputación, si la conducta del autor constituye un aumento del riesgo permitido (1976, pp.133-134).

Es por esta razón, que en los casos médicos con fines curativos con resultados favorables no se puede imputar la acción del cirujano, en vista de que la valoración realizada en la praxis de la actividad médica-quirúrgica se encuentra dentro del riesgo permitido (Valencia, 2013, p.130). Esto alude a que, si dicha acción se encontraba dentro del rango permitido, es decir el autor en ningún momento creó o un aumento el riesgo, puesto que, su actuación respetaba el deber objetivo de cuidado y lo realizaba conforme a la *lex artis*, quedando de esta forma

La lex artis interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

excluida la conducta del cirujano (como valoración *ex ante*) de toda valoración penal (Damásio, 2006, pp.185-186).

Errónea sería nuestra postura si tratáramos estos casos a través de una justificación teleológica, puesto que, esta afirma que la finalidad del médico es que el paciente mejore su salud, aun cuando se haya producido un daño menor sobre la integridad física, dada a través de la intervención médica realizada, realizando solo una valoración hacia la tipicidad del tipo penal imprudente (Rueda, 2009, p.7). Vertiente que no aporta nada, en consecuencia, de que los bienes jurídicos dentro de la sociedad se encuentran en constante peligro, aún más frente a la actividad médica-quirúrgica, misma que conlleva un riesgo en sí misma (Valencia, 2013, p.125).

Así también, existe una corriente que trata de resolver este tipo de casos a desde el desvalor del resultado, añadiendo que no puede existir responsabilidad penal del médico en virtud de que la finalidad del mismos fue alcanzada, entiéndase por finalidad alcanzada la curación del paciente que fue sometido a la intervención quirúrgica, corriente que bien puede ser escogida como fundamentación, aunque la falla radica en que deja de lado la interpretación del tipo objetivo del delito imprudente y la valoración del riesgo permitido (Rueda, 2001, pp.233-234).

III.A.1. iii.- Deber objetivo de cuidado

Se entiende por deber objetivo de cuidado aquella que se encuentra constituida por una serie de reglas de diverso origen y fundamento, provenientes de leyes, reglamentos, ordenanzas, entre otras de usos y costumbres propias de una actividad determinada; elementos que son considerados en el juicio *ex ante*,

La *lex artis* interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

apareciendo como idóneos para la evitación de la producción del resultado o de la lesión al bien jurídico (Corcoy, 2016, p.93). El uso de las reglas se dará en razón de la actividad que realice el sujeto, encontrándose la actividad medica sujeta a *lex artis* (López, 1980, p.85-86).

Es preciso mencionar que no todas las reglas técnicas están sujetas a responsabilidad penal, esto se debe a que solo podrán ser sujetas a valoración aquellas que produzcan una lesión al bien jurídico protegido por el derecho penal, caso contrario dichas reglas técnicas solo tendrán una finalidad de sanción administrativa (Mir Puig, 1982, p.42).

Se afirma que las reglas técnicas forman parte del deber objetivo, en razón de que esta permite realizar un juicio de valor sobre una situación concreta (Ambos, 2012, pp. 97-98). En todo caso la valoración que realice el juez para este tipo de casos estará sujeta a lo establecido en las reglas técnicas, expuesta de forma previa por el deber objetivo de cuidado, estimación que es recogida a través de la *lex artis* (Casabona, 2007, p.229).

III. A. 1. iv Deber de cuidado interno

El deber de cuidado interno consiste en advertir la presencia de peligro para el bien jurídico protegido, como indicio de toda acción prudente emprendida por el sujeto; por otra parte, Binding señala que a este deber también se añade un deber de examen previo, que consiste en estudiar los parámetros bajo los cuales se ejecutan una acción, considerando la forma en que se desarrolla y las consecuencias que se producen del peligro advertido (Jescheck&Wiegend, 2002, p.622). El deber de examen previo, esto ayuda a identificar a través del desarrollo de la actividad

La lex artis interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

medica la evaluación adecuada del paciente, elemento que es de vital importancia para que el médico, en vista de que permite tener una mayor probabilidad de éxito, al momento que el doctor ejecute la intervención quirúrgica (Mir Puig, 2008, p.291).

Sobre el deber de advertir el peligro recae una gran incógnita, aún más en los casos médicos, ya que se cuestiona si el cirujano está en la obligación de confirmar el diagnóstico elaborado por otro especialista a la hora de realizar una intervención quirúrgica. Por una parte, se puede usar al deber de advertir el peligro como respuesta, debido que el cirujano debe constatar dicha valoración. No obstante, este tema va mucho más allá de esta solución. En sentido, la doctrina expresa que en este tipo de casos interviene el principio de confianza, afirmando que los médicos pueden confiar en los colegas especialistas que colaboran en la operación, con la salvedad de que el cirujano tendrá que realizar un nuevo diagnóstico, cuando exista un error manifiesto del médico especialista que elaboró en un principio la valoración al paciente (Roxin, 2008, p.1006).

III. A.1 v Deber de cuidado externo

El deber de cuidado externo fue una propuesta planteada por Engisch, quien afirmaba que el mismo se encontraba ligado a la existencia de un cuidado interno; en circunstancia de que si no era cognoscible para el autor el peligroso de la conducta no surge el deber de cuidado externo, en vista de que, no se le puede exigir al autor algo que desconoce (Reyes, 2015, p.63). En contraposición, Jakobs afirma que cada deber debe ser estudiado de forma separada, por cuanto, el deber de

La lex artis interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

cuidado externo e interno contiene elementos distintos que deben ser analizados de forma separada (Jakobs, 1972, pp.62-64).

Posterior a la crítica expuesta por Jakobs, aparece Jescheck, quien a través del estudio realizado por Engisch propone una solución a las críticas que este recibía, diluyendo la distinción entre el deber de cuidado externo e interno; es el propio Jescheck que afirma que el deber de cuidado externo consiste en actuar de acuerdo al peligro conocido, teniendo el sujeto que ajustar su conducta dentro de los alcances permitidos, caso contrario este podrá ser responsable penalmente (Montealegre. 1987, p.290).

III. A.1. vi Deber de omisión de acciones peligrosas

Este deber hace referencia a ciertas situaciones que puedan causar o causen un resultado típico. La peligrosidad de la acción emprendida se decide en relación a un juicio de adecuación; colocando a un observador objetivo en posición del autor, quien tendrá la obligación de evitar u omitir la conducta que genere un grado suficiente de peligro para la consumación de un resultado típico. (Weezel. 1999, p. 334).

En este caso se pregunta, ¿Qué tipo de acciones se encuentran justificadas? La respuesta radica en aquellas situaciones que no superen el riesgo permitido, situándose la actividad medica-quirúrgica dentro del límite señalado; además, aquella situación tiene una finalidad aprobada por el ordenamiento jurídico (Corcoy, 2016, p.133).

La *lex artis* interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

III.A.1. vii Deber de actuar prudente frente a las situaciones peligrosas

En este deber el sujeto se enfrenta a aquellas condiciones peligrosas, existiendo por un lado la obligación de controlar la situación, eligiendo los medios necesarios para evitar que se produzca la situación típica; en dicho caso el medio esencial para prevenir cualquier mal y actuar conforme lo exige la norma para el médico es la *lex artis* (Mir Puig, 2008, pp.291). Un claro ejemplo, es aquel médico que debe emplear métodos de tratamientos cuya especial eficacia está reconocida, aunque su uso se desvíe de su propia opinión personal (Jescheck&Wiegend, 2002, p.625).

La descripción de este deber, hace que surja una gran incógnita frente la actividad médica, interrogándose lo siguiente: ¿Desde qué momento debe actuar el médico de forma prudente? La doctrina expresa que el profesional de la salud debe actuar prudente en todo momento, puesto que, la actividad médica-quirúrgica representa un riesgo en sí. Por tal motivo el cirujano tiene que actuar conforme a derecho, evitando de esta forma que se produzca un resultado lesivo para el paciente (Corcoy, 2016, p.137).

III. A.1. viii Deber de preparación e información previa

En un inicio este tipo de deber se encontraba discutido por la doctrina, puesto que, para Binding aquel precepto constituida un deber de examen previo, considerado como un deber de cuidado interno exigiendo por tanto la obligación de advertir el peligro (Terragni, 2000, p.206). En contra de esta propuesta, Engelmann manifestaba que Binding en realidad excluía el contenido de deber de cuidado, dado que este hace referencia a todas las clases de deberes de conducta externa; indicando

La *lex artis* interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

que este comprende deberes de información sobre los hechos o reglamentos a seguirse, precisando que para el médico corresponde la *lex artis* (Corcoy, 2016, p.140).

Posterior a esto surge la pregunta ¿Desde qué punto es exigible el deber de preparación e información previa? La respuesta expuesta por la doctrina, indica que será exigible desde que el sujeto realiza una conducta peligrosa, en virtud de que el sujeto que realiza una acción debe adquirir los conocimientos y la experticia antes de la ejecución de esta, previniendo de esta forma que la ejecución de aquella situación sea efectuada con éxito (Jescheck&Wiegend, 2002, p. 625).

No solo la doctrina establece la definición sobre el deber de preparación e información previa. Dentro de nuestra legislación en la Ley de Derechos y Amparos del Paciente, se establece que el paciente tiene el derecho de ser informado de los tratamientos a los que son sometidos; así también se debe informar el diagnóstico de su estado de salud, de los riesgos que pueden ser atribuibles en virtud a lo realizado por el médico, esto sirve para que el paciente pueda entender y tome sus decisiones sobre los procedimientos a realizarse. Se exceptúa de este derecho aquellas ocasiones en que el paciente se encuentre en situaciones de emergencia (Ley 77, 2006).

Según Araujo uno de los grandes criterios por las cuales el médico es responsable, se debe a la falta de información precisa y completa al paciente sobre las actuaciones médicas, en referencia a los riesgos de cada procedimiento, por ello la autora afirma que el médico debe informar al paciente de forma clara y en términos sencillos la información respecto a su diagnóstico y el tratamiento a seguir,

La *lex artis* interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

una vez que la información sea dada por el galeno será el paciente quien tome la decisión sobre el tratamiento que se aplique (2015, p.77).

III. B. 1. Desvalor del Resultado

La valoración jurídica del elemento *ex post* permite realizar una imputación objetiva conforme al resultado creado por el médico, se exige para esto la relación de un criterio normativo, que permita imputar el resultado al comportamiento penalmente prohibido. Esto, a razón de que, la mera causalidad no es suficiente para establecer la responsabilidad penal del médico (Cavero, 2008, p.357).

III. B. 1. i Realización del riesgo

El primer elemento que se prevé en el desvalor del resultado es la existencia de relación entre el riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado penalmente relevante; se exige por un lado la infracción del deber de cuidado, y por el otro un resultado finalmente acaecido. A esto la doctrina lo denomina realización de riesgos (Alvarado, 1996, p.195).

Engisch menciona que a nadie se le puede atribuir un resultado, más aún, si él no era producto de un riesgo jurídicamente desaprobado, que se haya realizado en el resultado. Esto supone que debe existir un vínculo entre la conducta generadora del riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado penalmente relevante, para que pueda ser atribuible aquel resultado (Alvarado, 1996, p. 197-199).

La lex artis interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

III. B. 1. ii Fin de protección de la norma

Este componente del juicio de imputación es de suma importancia, debido a su independencia frente al fenómeno de carácter normativo de la misma, en cuestión de que este analiza la finalidad que tiene la norma sobre la actuación que realiza el sujeto. Un ejemplo muy práctico sobre el uso de este precepto jurídico frente a la desvaloración del resultado, es el caso del dentista, que aplica la anestesia a un paciente que tiene un problema en el corazón, sin este saberlo, haciendo que el paciente no sobreviva a la anestesia; si bien el dentista omitió haber consultado al internista, tampoco existía la posibilidad que el internista haya podido detectar aquel problema. Por lo tanto, no se puede hablar que la finalidad de consultar al internista era que se prolongue la extracción de la pieza dental, ni mucho menos prolongar la vida del paciente por unas horas; lo que implicaría que el resultado no puede ser imputado al dentista, en vista de que la finalidad de la norma es que aquella enfermedad sea detectable (Alvarado, 1996, p.205).

III. B. 1. iii Nexo de antijuricidad

Dentro del nexo de antijuricidad se evalúa la relación entre la conducta y el resultado producido, aquello se debe a que no todo resultado producido por la conducta prohibida puede ser objetivamente imputable para el autor (Cavero, 2008, p. 366). En este caso, la discusión se plantea cuando la imputación del resultado tiene explicaciones alternativas, debido a conductas alternativas o sucesos naturales, aquí no solo se toma en cuenta la conducta prohibida del autor, sino del comportamiento de un tercero o de la propia víctima o simplemente de un riesgo general (Cavero, 2008, p. 367).

La lex artis interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

Es por ello necesario que se presenten los supuestos de explicaciones alternativas del resultado, como concurrencia de riesgos o como riesgos derivados. Entiéndase por concurrencia de riesgos cuando el resultado puede ser explicado a través de varios peligros aparecidos en el momento; el primer en aparecer es el riesgo concurrente de una sola conducta, esto se produce cuando el autor dirige su conducta contra determinado objeto, pero este no logra causarle lesión alguna, aunque si realiza la efectiva lesión contra otro objeto (Cavero, 2008, p.368).

Así también, existen riesgos concurrentes de varias conductas, es decir, un resultado puede ser explicado por diferentes peligros, creados por distintas personas; no obstante, se deberá verificar a qué tipo de riesgos pertenece cada conducta, siendo estas separables o inseparables. El riesgo separable se produce cuando, además del riesgo prohibido creado por el autor, se presenta un riesgo propio de la vida, o a su vez, un comportamiento arriesgado de la propia víctima o de un tercero (García, 2008, p.369).

Sobre los supuestos de riesgos inseparables existe un problema, puesto que, resulta difícil separar el aporte de cada uno. En este sentido, se hace imposible distinguir cual aporte produjo o no el resultado, existiendo la posibilidad que ambos sean responsabilizados, en vista de que ambas conductas causaron el resultado (García, 2008, p.370).

Los riesgos derivados se producen cuando los supuestos de comportamiento del autor generan una situación que ocasiona posteriormente una lesión por el comportamiento de otra persona, de la víctima o la intervención de la propia naturaleza, en todo caso para ver si se puede imputar objetivamente al autor del

La lex artis interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

primer riesgo o daño se debe determinar si el segundo daño ocasionado se encuentra incluido en el fin de protección de la norma que prohíbe el primer riesgo (García, 2008, p.371).

III B. 2. Parte Subjetiva

Hoy se reconoce la existencia de un tipo subjetivo dentro del delito imprudente, aquel presupuesto de que la imprudencia pertenecía a la culpabilidad no sirvió para fundamentar la responsabilidad médica. En cuestión de que para ella bastaba solo la consecuencia de la acción y el resultado para imputar el delito, dejando de lado elementos valorativos como son los temas de la previsibilidad y la evitabilidad (Corcoy, 2016, pp.207 y ss).

III. B. 2. i Previsibilidad

Se precisa la existencia de una previsibilidad objetiva y subjetiva dentro del injusto imprudente; la primera hace referencia al alcance del saber del autor, es decir aquella definición implica que no solo se llega hasta lo que el autor conozca, sino también a lo que esté debía conocer (Damásio, 2006, p.83). En cambio, la previsibilidad subjetiva solo alcanza a lo que realmente conoce el autor, negando lo que debía saber, aspectos que es irrelevante a la hora de introducir los conocimientos del médico frente a esta, debido a que en esta profesión existe un nivel de exigencia mayor, conforme a los deberes de cuidado (Jescheck&Wiegend, 2002, p. 642).

Aquel sustento de la previsibilidad objetiva es el punto de partida del tipo subjetivo, este elemento es utilizado para el hombre medio. Aunque el verdadero problema radica en aquellas profesiones, en las cuales se requiere conocimientos

La lex artis interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

especiales, lo cual lleva a la pregunta ¿Basta con aquella previsión objetiva que es exigible al hombre medio en los casos médicos? En este caso, no solo bastara aquella previsibilidad objetiva, sino que el autor debe tener conocimientos especiales, en razón de la actividad médica efectuada (Luzón, 1996, p.502).

Es por tal motivo, que en los casos médicos con fines curativos con resultados desfavorables imprevisibles no se puede realizar la imputación al cirujano, en virtud, de que no le era posible prever aquella situación, aun teniendo los conocimientos dados en consecuencia de su profesión, excluida de esta manera la imputación del resultado por la falta de relación entre la acción y el resultado – como valoración *ex post*- (Roxin, 2008, p.368).

Resultaría imprudente tratar de justificar estos casos como un tipo de causalidad hipotética, ya que estos se centran en supuestos no verificados por la certeza, quedando excluida la posibilidad del resultado en probabilidades. Esto no añade nuevo a la dogmática penal moderna, puesto que, el resultado debe partir de hechos comprobables, y no quedar sujeto a simples supuestos, peor en los casos de que estos no fueran previsibles para el autor (Valencia, 2013, p.128).

III. B. 2. ii Evitabilidad

Sobre esto existe una gran discusión dentro de la dogmática penal, debido a las diferentes posturas; para los finalistas existe una evitabilidad individual más no objetiva, siendo Stratenwerth quien defiende esta postura, alegando que el delito imprudente está determinado no solo a la vista de normas generales, sino también de las posibilidades de acción del autor, es decir el comportamiento del autor debe

La lex artis interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

adecuarse a derecho, no solo en razón de normas generales sino también con las posibilidades de actuar del autor (Pérez del Valle, 2012,p.122)

Contrario a esta postura, Schünemann expresa que la capacidad relativa a la previsión del resultado, observancia del riesgo permitido o la puesta en marcha de factores destinados a la evitación del resultado, fundamenta la posibilidad individual de observancia activa del deber de cuidado requerido en el tráfico. Así también, el autor expresa que implementar la evitabilidad individual dentro del tipo imprudente es erróneo, puesto que, se debe afirmar que la infracción de la norma consiste en un esfuerzo insuficiente de las facultades intelectivas; el autor no es llevado a un determinado comportamiento dirigido al mundo exterior, sino a la meditación. Por lo que, la norma de conducta se vuelve una norma de reflexión con el aspecto de carácter general (Pérez del Valle, 2012, p.124).

La *lex artis* interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

IV.- Conclusión

La *lex artis* es el punto de partida para analizar la responsabilidad del profesional de salud dentro de la actividad médica-quirúrgica, este concepto contiene las reglas técnicas que deben respetar los médicos frente al inicio de sus actividades. Además de estos elementos existen deberes que deben cumplir a cabalidad, entre los cuales se mencionan deber de preparación e información, aquellos aspectos juegan un rol esencial dentro del delito imprudente.

Ejercer la actividad médica tiene un riesgo en sí misma, por ello es esencial separar aquellas situaciones que se encuentran dentro del riesgo permitido. Se entiende que supera el riesgo permitido aquellas situaciones que vayan en contra de la norma de cuidado y de la *lex artis*, estando el médico en la necesidad de actuar como un hombre prudente frente a las actuaciones que este realice, más aún en los casos que se encuentre en juego bienes jurídicos protegidos por la norma.

Aquella aplicación de dichos elementos descrito, solo es posible bajo la perspectiva de la imputación objetiva, puesto que, en este tipo de teorías se realiza un análisis sistemático, partiendo desde el desvalor de la acción y terminando aquel sustento a través del desvalor del resultado. Todo este análisis permite conocer los esquemas sobre los cuales debe imputarse la conducta de un médico frente a un resultado producido, así también en los casos que la responsabilidad penal queda excluida.

Aunque la verdadera dificultad radica en la comprensión que tengan los jueces sobre la interpretación hacia la norma, misma que no describe todas las situaciones que pueden afrontar los médicos. Por ello, es necesario que se cree un

La lex artis interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

cuerpo especializado por profesionales de la salud, quienes deberán tener conocimientos precisos sobre los temas a realizarse. Todo esto, en función de que aquel cuerpo conformado analice con mayor profundidad los diferentes tipos de casos que se presente en nuestro país, creando de esta manera una justicia objetiva y veraz frente a los sucesos a desarrollarse.

La lex artis interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

V.- Referencia Bibliográfica

Alvarado, R. (1996). *Imputación objetiva*. Santa Fé: Temis.

Ambos, K. (2012). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Bogotá: Temis.

Araujo, M. P. (2015). *Responsabilidad penal médica*. Quito: CEP.

Casabona, C. M. (2007). *Revista Jurídica de Castilla y León. Evolución del tratamiento jurídico-penal de la imprudencia*. *Revista jurídica de Castilla y León*, 13(5), pp. 226-227. Recuperado de <http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/87/596/9%20romero.pdf?blobheader=application/pdf;charset=UTF-8>.

Corcoy, M. (2016). *El delito Imprudente*. Buenos Aires: B de F.

Damásio, J. (2006). *Imputación Objetiva*. Buenos Aires: B de F.

Gössel, K. H. (2012). *Viejos y nuevos caminos de la teoría de la imprudencia*. Bogotá; Temis.

Jakobs, G. (1972). *Studien zum fahrlässigen erfolgsdelikt*. Berlin: WyG.

Jakobs, G. (1997). *La imputación objetiva en derecho penal*. Buenos Aires: Ad-hoc.

Jescheck, H.&Wiegend. T. (2002). *Tratado de derecho penal (Vol. II)*. Granada: Comares.

López, T. (1980). *El conocimiento de la antijuricidad en el delito culposos*. Valladolid: Universidad de Valladolid.

La lex artis interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

- Luzón, D. (1996). *Curso de derecho penal*. Madrid: Universitas.
- Medina, J. L. (2010). *Eutanasia e imputación objetiva en derecho penal*. Lima; ARA.
- Montealegre, E. (1987). *Revista chilena en derecho. La culpa en la actividad médica*, 14(2), pp. 290-291. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649607.pdf>.
- Muñoz, F. C. (2010). *Derecho penal parte general*. Valencia: Tiran la Blanch.
- Mir Puig, S. (1982). *Función de la pena*. Barcelona: Bosch.
- Mir Puig, S. (2008). *Derecho penal parte general*. Barcelona: Reppertor.
- Reyes, I. (2015). *Política criminal. Sobre la construcción de la exigencia de cuidado*, 10(19), pp. 56-91. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v10n19/art03.pdf>.
- Roxin, C. (1976). *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid: Reus.
- Roxin, C. (2008). *Derecho penal parte general*. Madrid: Thomson Reuters.
- Rueda, M. (2009). *La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa*. Barcelona: Universidad de Zaragoza.
- Rueda, M. (2001). *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Barcelona: Bosch.
- Terragni, M. A. (2000). *Estudios sobre la parte general del derecho penal*. Santa fe: Universidad Nacional del Litoral.

La lex artis interpretación conceptual, para establecer criterios de responsabilidad penal en área salud

Valencia, C. (2013). *Revista temas socio jurídico. La imputación objetiva en la responsabilidad penal del médico*, 32(65), pp. 117-136. Recuperado de <http://revistas.unab.edu.co/index.php?journal=sociojuridico&page=article&op=view&path%5B%5D=1930&path%5B%5D=1742>.

Valle, C. P. (2012). *Imprudencia en el derecho penal*. Barcelona: Atelier.

Weezel, A. V. (1999). *Revista Chilena de Derecho. Parámetros para el enjuiciamiento de la infracción al deber de cuidado en los delitos imprudentes*, 26(2), pp. 323-336. Recuperado de <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14774/000274674.pdf?sequence=1>.

Leyes citadas

Código Orgánico Integral Penal [COIP]. Registro Oficial Suplemento 180 de 2014. Febrero 10 de 2014 (Ecuador).

Ley de Derechos y Amparos del Paciente [LDAP]. Registro Oficial Suplementario 626 de 2006. Diciembre 22 de 2006 (Ecuador).