

La mala praxis médica y su relevancia penal. Reflexiones para una defensa técnica

POR LIUVER CAMILO MOMBLANC(*)

Sumario: I. Introducción.- II. Limitaciones a la defensa técnica en supuestos de mala praxis médica.- III. La imprudencia punible. El caso de la mala praxis médica.- IV. Reflexiones conclusivas.- V. Bibliografía.

Resumen: las reflexiones que siguen pretenden definir algunas pautas en torno al tratamiento teórico-normativo de la mala praxis médica que configura como una actuación imprudente penalmente relevante, de modo que sirvan de orientación a la hora de realizar la defensa técnica en un proceso por presunta responsabilidad médica en sede penal. No quiere decir que las ideas que aquí se sistematizan sean de utilidad exclusiva para los abogados, también jueces y fiscales podrán encontrar en estas cuartillas elementos que motiven su reflexión y sirvan para el desempeño de su honrosa labor, cuyo denominador común no es otro que el propósito de la correcta realización de la justicia.

Palabras claves: mala praxis - imprudencia médica - responsabilidad penal médica - defensa técnica - imprudencia profesional

La faute médicale et sa pertinence pénale. Réflexions pour une défense technique

Résumé: les réflexions qui suivent ont pour but de définir quelques lignes directrices sur le traitement théorique et normatif de la faute médicale qui constitue une action imprudente pénalement pertinente, afin qu'elles puissent servir d'orientation au moment de faire la défense technique dans un processus de responsabilité médicale présumée devant un tribunal pénal. Cela ne signifie pas que les idées systématisées ici sont d'un usage exclusif pour les avocats, les juges et les procureurs peuvent

(*) Lic. en Derecho, Universidad de Oriente (UO), Cuba. Lic. en Contabilidad y Finanzas, Universidad de Guantánamo (UG). Esp. en Derecho Penal (UO). Esp. en Administración Pública, Escuela Superior de Cuadros del Estado y del Gobierno (ESCEG), La Habana. Prof. Auxiliar de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente (UO). Metodólogo de la Dirección de Organización Planificación y Archivo, Universidad de Oriente (UO). Vicepresidente del Capítulo Provincial de Derecho penal de la Unión de Juristas en Santiago de Cuba. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1311-095X>

également trouver dans ces pages des éléments qui motivent leur réflexion et servent à l'accomplissement de leur honorable travail, dont le dénominateur commun n'est autre que l'objectif de la réalisation correcte de la justice.

Mots clés: *faute professionnelle - négligence médicale - responsabilité pénale médicale - défense technique - négligence professionnelle*

I. Introducción

El día de hoy no hace falta esforzarse en convencer a ningún penalista sobre la importancia que cada vez adquiere, tanto en la práctica como en la discusión teórica, la cuestión de la responsabilidad jurídico-penal por mala praxis médica que ocasiona la muerte o lesiones al paciente (Cancio Meliá, 2010, p. 13). La especial atención que la doctrina presta a esta materia, a juzgar por la cantidad de publicaciones científicas, ya es un dato convincente; también lo certifica el crecimiento del número de denuncias y reclamos judiciales hacia los profesionales de la salud en los últimos tiempos (Bernate Ochoa, 2010; Camilo Momblanc, 2020; Perin, 2020a; Rodríguez Vázquez, 2012; Vallejo Jiménez, 2012; Vera Toste, 2020). Ello ha llevado a que surja la preocupación sobre la progresiva judicialización de la actividad médica y sus denostados efectos —*v.gr.*, la medicina defensiva— e incluso a que algunos autores se hayan referido a la actual existencia de una crisis de la mala praxis médica (Jones, 2008; Martínez León, Queipo Burón y Martínez León, 2009; Mello, Studdert y Brennan, 2003).

Lo cierto es que la ciencia médica no escapa de los tentáculos sociales que sigan la modernidad; el desarrollo tecnológico que la impacta (Martínez Hernández, 2006; Ramos Domínguez, 2011) y las incertidumbres que, a pesar de ello, la rodean hacen complejos los procesos en los que debe decidirse sobre la responsabilidad penal médica frente a la ocurrencia de eventos adversos que menoscaban la vida o la salud psicofísica de los pacientes. De hecho, no siendo un tema que tiene su génesis en la sociedad contemporánea, ha resultado, desde sus primeras discusiones, extremadamente polémico, con especial agudeza en aquellos supuestos que alcanzan los predios del Derecho penal. La ineludible utilización de términos sobre los cuales no existe consenso en la Medicina —*v.gr.* error médico, accidente, complicaciones, *iatrogenia*— y su difícil traducción al proceso penal conforme al esquema de la teoría del delito, suele generar confusiones que dificultan la comunicación entre los diferentes sujetos que participan del proceso penal; así como la interpretación jurídica en perjuicio de la justa y eficaz realización de la justicia.

En nuestro país, los procesos judiciales por presunta mala praxis médica no son frecuentes, dada la calidad de las prestaciones de salud, además de que por ser toda de carácter estatal se favorece su fuerte fiscalización administrativa; sin

embargo, en comparación con otras épocas, también se aprecia un incremento de denuncias contra el personal de la salud (Camilo Momblanc, 2019; González Guadarramas, Figueroa Álvarez y Cárdenas Contreras, 2016; Vera Toste, 2020). Esta situación demanda de una profundización teórica sobre la imprudencia médica punible que facilite una efectiva defensa técnica en todas las etapas de estos procesos técnicamente complejos y asegure la eficaz realización del Derecho penal.

En este sentido es loable recordar que, si bien la Fiscalía y el Tribunal están obligados a investigar y apreciar también las circunstancias de descargo, pueden obviar algunas de ellas, al tener que investigar por completo los hechos, a pesar de poner su disposición para lograrlo. Consiguientemente, para establecer el equilibrio hace falta un defensor como polo opuesto al Juez y al Fiscal, que actúe exclusivamente a favor del acusado (Roxin, 2000, p. 132). No es por ello de extrañar que entre las pocas publicaciones científicas que existen en el país relacionadas con la responsabilidad penal por imprudencia médica destaquen las realizadas por juristas de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos (Arrue Caraballo y Azaharez Leal, 2012; Mustelier Carmenaty y Samora Sorí, 2007; Ramírez Collejo y Blanco Fonseca, 2012; Vera Toste, 2020).

II. Limitaciones a la defensa técnica en supuestos de mala praxis médica

El derecho a la defensa, universalmente reconocido, comprende dos dimensiones esenciales: la denominada defensa material y la defensa técnica. Esta última —reconocida en las constituciones, instrumentos y pactos internacionales sobre derechos humanos (Caracoa, 2002, p. 283; Constitución de la República de Cuba, 2019, artículos. 94 y 95-b); Mendoza Díaz, 2016, p. 4 y ss.; Mendoza Díaz y Goite Pierre, 2019, p. 170 y ss.; Rodríguez Camacho, 2018, p. 35 y ss.)— es la que desarrolla un abogado en la asistencia y representación de los intereses de su representado (Cafferata Nores, 1984, p. 31 y ss.; Mendoza Díaz, 2016, p. 2 y ss.; Rodríguez González, 2016, p. 263 y ss.; Santana Gómez, Díaz Ramírez y Cruz Hernández, 2018, p. 37).

De ello deriva que el ejercicio de la abogacía se relaciona directamente, en el marco de un proceso penal, con el aseguramiento de esa defensa que exige conocimientos técnico-jurídicos superiores a los del profano (1). Más claramente, la defensa técnica constituye complemento indispensable de la defensa material

(1) “(...) ‘en el reinado de una legislación oscura y complicada, de un modo de enjuiciar lleno de fórmulas y cargado de nulidades’, es necesaria la *defensa técnica* de un abogado de profesión ‘para restablecer la igualdad entre las partes, respecto a la capacidad y para compensar la desventaja inherente a la inferioridad de condición’ del imputado”. Bentham, citado por Ferrajoli (1995, p. 614).

y garantía de la concreción de una defensa efectiva, partiendo de que el conflicto que genera la imputación reviste un carácter jurídico.

Bajo este concepto, desempeña el Defensor un papel contradictorio con respecto al órgano acusador, por cuanto actúa exclusivamente a favor del imputado y exige que se le respeten los derechos. A todo esto, para jugar ese papel contradictorio es necesario que la defensa y la acusación estén en el mismo plano. En palabras de Ferrajoli, es necesaria “la perfecta igualdad de las partes” (Ferrajoli, 1995, p. 614). Sin embargo, conforme explicara Rivero García (2012), nuestra Ley de procedimiento penal —cuya actualización se proyecta en el marco del actual proceso de creación legislativa en el que se encuentre inmerso el país (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020; Castro, García, Reyes y Ramos, 2019; Figueredo Reinaldo, Izquierdo Ferrer, García Acosta y Pérez, 2020) y donde lo que aquí se refiere se debe resolver en armonía con lo consagrado en el vigente texto constitucional (Constitución de la República de Cuba, 2019, artículos 94 y 95)— como sus precedentes históricos, no contiene un coherente y sistemático desarrollo de la defensa técnica, solo unas pocas y aisladas normas se refieren a ella; por tanto, los derechos y atribuciones del defensor se encuentran débilmente regulados (Rivero García, 2010, pp. 47 y 132).

Además, al calificar nuestro sistema de enjuiciar como mixto o acusatorio formal, resulta que durante la etapa sumarial predominan rasgos que se corresponden más con el sistema inquisitivo, efectivamente limitadores de las posibilidades defensivas (Bodes Torres, 2006, p. 29 y ss.; Candia Ferreyra, 2003, pp. 111 y 115; Fernández Pereira, 2002, pp. 25-27; Rodríguez González, 2016, pp. 273-279). Así, *u.gr.*, las actuaciones tienen un carácter reservado y solo cuando el acusado adquiere la condición de parte en el proceso puede por sí o por medio de su defensor tener acceso al expediente que contiene las actas sumariales (Candia Ferreyra, 2003, p. 155 y ss.; Fernández Romo, 2004, p. 12; Rivero García, 2012, pp. arts. 249 y 281; Rodríguez González, 2016, pp. 273-279; Santana Gómez, Díaz Ramírez y Cruz Hernández, 2018, p. 40 y ss.).

De acuerdo con Candia Ferreyra (2003), en nuestro modelo procesal, durante la etapa preparatoria del juicio oral:

(...) los órganos encargados de la función de perseguir los delitos o de investigarlos para preparar el ejercicio de la acción penal, gozan de determinadas prerrogativas que les conceden una posición privilegiada en el proceso, mientras que el acusado, aunque se le reconoce su derecho a la defensa no tiene, en general, igualdad de condiciones en su posición (p. 116 y ss.).

En primer lugar, no cuenta con el asesoramiento técnico desde el inicio del proceso (2). En segundo lugar, aun cuando adquiera la condición de parte en el proceso y cuente con la asistencia técnico-jurídica de un defensor, este último no puede realizar investigaciones propias ni hacerse acompañar de expertos. Finalmente, tampoco se reconoce al imputado el derecho a examinar las actuaciones de conjunto con el defensor (Rivero García, 2010, p. 48). En adición, también resultan ilustrativas las reflexiones de Rivero García y Pérez Pérez (2003), cuando al referirse a algunas de las características del sistema procesal cubano expresaron: “(...)lamentablemente, en ocasiones, las investigaciones preliminares —sumario—, que son la base de la acusación, pero no de la sentencia, recorren como un fantasma la fase del juicio oral, constituyendo en ocasiones el fundamento de la sentencia (...)” (p. 308 y ss.).

Los aspectos antes citados, entre otros que limitan las posibilidades defensivas, son palmarios en los procesos incoados por presunta mala praxis médica con resultados de lesiones o la muerte del paciente. En estos casos es común que la *notitia criminis* requiera de ampliación o verificación previa para poder fundamentar el inicio del expediente de fase preparatoria, entre otras razones, porque la denuncia suele formularse contra el último profesional de la salud que asistió al paciente, aunque varios le hubieran atendido. Además, como es sabido, la exigencia de responsabilidad a los profesionales de la medicina presenta siempre graves dificultades, porque la ciencia que ejercen es inexacta por definición, confluyendo en ella factores variables totalmente imprevisibles que en ocasiones provocan serias dudas sobre la causa determinante del daño (Benítez Ortúzar y Cruz Blanca, 2009, p. 181; Martínez Gómez, 2007, p. 753 y ss.; Perin, 2020b, p. 126). De hecho, intervienen factores inapreciables por concurrencia de riesgos extraños y ajenos al prudente ejercicio del profesional que aunque produzcan daños no pueden ser imputados a la conducta médica. Por tanto, es comprensible que al momento de la denuncia sea difícil determinar si pudo haber imprudencia médica punible —en cualquier caso, si esta puede ser atribuida precisamente a los profesionales de la salud denunciados y no a otros—, más propiamente, si hay indicios racionales para entenderlo así.

De acuerdo con lo anterior, una vez que se radica la denuncia, es común —al margen de los cuestionamientos técnicos de lo que tal proceder pueda ser objeto— la apertura de un expediente investigativo cuyas actuaciones practicadas

(2) La vigente Constitución, en atención a un reclamo ciudadano, ha ordenado al legislador ordinario que la asistencia jurídica debe concretarse desde el inicio del proceso. Por tanto, a partir de la adopción de una nueva Ley de procedimiento penal, esta situación debe variar radicalmente, bajo la premisa de que cuando la Carta Magna dice que se dispondrá de abogado “desde el inicio del proceso”, ello no puede estar condicionado a la existencia de una medida cautelar que convierta al imputado en parte, como actualmente ocurre (Mendoza Díaz y Goite Pierre, 2019, p. 171 y ss.).

tienen total valor para el proceso, siempre que se realicen cumpliendo las formalidades establecidas en la ley (Candia Ferreyra, 2003, p. 124; Rivero García, 2012, pp. arts. 123 y ss.). Así, durante su sustanciación se solicitan descargos a los profesionales de la salud involucrados en la atención médica; se efectúa una amplia información testifical en relación con los trabajadores del centro asistencial donde ocurrió el hecho, los familiares de la víctima y otras personas. También se requiere y anexa a las actuaciones informe circunstanciado del director del centro asistencial, así como el resultado de la necropsia clínica efectuada y finalmente el informe pericial expedido por la comisión médica designada por el director provincial de Salud Pública para la evaluación de la responsabilidad penal. Todas estas diligencias resultan obligatorias en estos procesos conforme se establece en la Instrucción 110/1983 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP) y en la Resolución 458/2019 que actualiza la Metodología para la evaluación de la responsabilidad médica vinculada a los procesos penales establecida en la Resolución 99/2008, a la cual deroga (Cuba. Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, 1983; República de Cuba. Ministerio de Salud Pública, 2008, 2019).

En efecto, se trata de una etapa dirigida a recolectar el material necesario para decidir si se inicia expediente de fase preparatoria, cuya decisión se adopta, en principio, solo cuando en el dictamen pericial de la comisión de responsabilidad penal médica se concluye que: 1) existieron violaciones de las reglas del arte médico; 2) que entre dichas violaciones y el daño causado existe nexo causal; y además, 3) se determina explícitamente y de forma individual la participación del personal de salud objeto de investigación (República de Cuba. Ministerio de Salud Pública, 2019, artículo 15).

Es así que cuando se instruye de cargo al profesional de la salud y apertura el expediente de fase preparatoria ya se ha obtenido prácticamente todo el material incriminatorio posible, y existe un dictamen pericial, confeccionado por una comisión médica, afirmando la responsabilidad de los facultativos. De hecho, si al decir de Rivero García (2010): "(...) lamentablemente en el modelo que heredamos, el Defensor, como regla, 'llega tarde'" (p. 48), ello resulta indiscutible en los procesos seguidos por presuntas mala praxis médica penalmente relevante.

Durante ese tiempo y hasta que no sea parte en el proceso, ha estado limitada considerablemente la posibilidad de entablar controversias en esta fase y en la medida que se emite el dictamen de responsabilidad se fortalece la presunción de culpabilidad que motivó que el procedimiento se dirigiera inicialmente contra el o los facultativos(3). Sin embargo, la presunción de inocencia, que tiene asiento

(3) En este sentido, Arrue Caraballo y Azaharez Leal (2012, p. 61) sostienen lo siguiente: "Si los miembros de la comisión han dejado establecido que el médico o personal auxiliar son responsable

en el ordinar c) del artículo 95 constitucional, constituye una garantía cuya validez no se reduce al momento de dictar el fallo y presumir a favor del acusado —ante la falta de pruebas suficientes en su contra (*in dubio pro reo*)— sino que debe tenerse en cuenta durante todo el proceso penal, esencialmente durante la fase investigativa. Incluso, como sostienen Mendoza Díaz y Goite Pierre (2019, p. 173), la presunción de inocencia junto a la asistencia letrada son las garantías que permiten que las restantes, configuradoras del debido proceso, puedan tener una materialización práctica y dejen de ser solo postulados constitucionales.

Igualmente, la limitación que impide al imputado examinar las actuaciones de conjunto con el Defensor, sobre todo en los procesos incoados por presunta *mala praxis* médica, puede debilitar la eficacia de la defensa. En estos casos, teniendo el Defensor el conocimiento técnico-jurídico que le permite elaborar la mejor estrategia de defensa atendiendo el carácter técnico de los actuales procedimientos, adolece del conocimiento técnico propio del ámbito médico que caracteriza el asunto que se ventila. Aquí, en comparación con otros casos, se requieren conocimientos superiores a los que posee el hombre común, y eso requiere del trabajo conjunto del defensor con su representado, toda vez que en materia médica no puede pretender suplir su ignorancia con las meras aproximaciones que le puede aportar el uso de la lógica; menos con sus conocimientos, que son los propios de un profano (Terragni, 2001). Enfrentar el reto que esta limitación presupone, exige del defensor una adecuada preparación a tiempo, sobre la base del estudio de las actuaciones, el sistemático intercambio con su representado que le permita preparar la defensa y proponer las pruebas de descargo, así como meditar sobre las ideas esenciales que deben ser expuestas en su momento al tribunal y como expresarlas.

Consiguientemente, en interés de asegurar la calidad de la defensa técnica en estos procesos, amén de las precitadas limitaciones, resulta imprescindible que en el examen del asunto se siga estrictamente el orden que está previamente marcado por la estructura del delito (Benavente Chorres, 2011, p. 125 y ss.; Roxin, 1997, pp. 193 y 207). Roxin (1997, p. 207 y ss.) significa que la estructuración de todos los presupuestos de la punibilidad en un sistema dogmático tiene la ventaja práctica de la simplificación y orientación del estudio del caso.

Al hilo de lo indicado, tratándose de la ejecución de la defensa frente a la imputación de los delitos de homicidio y lesiones por presunta mala praxis médica, también es necesario el dominio de dos cuestiones básicas que caracterizan la

penalmente, y el instructor o fiscal han considerado suficiente esos criterios para imputarlos, queda poco que hacer en materia de actividad probatoria, incluso en materia de presunción de inocencia del acusado, quien antes de llegar al proceso en la práctica ha sido declarado responsable penalmente (...).”

aplicación de tales tipos delictivos al ámbito médico. La primera de ellas es la elaboración teórica de la imprudencia, fuente de inagotables controversias en la doctrina penal. Valga de cita cuestiones como el peso que debe darse a las perspectivas *ex antes* o *ex post* desde la que el jurista pueda acercarse a la valoración del hecho penal, o la forma de acotar normativamente la infracción del deber de cuidado y el desmesurado ámbito que arroja la mera verificación causal del vínculo entre una conducta y un resultado lesivo, por solo indicar algunos aspectos. La segunda cuestión es la referencia a las bases teóricas de la comisión impropia que suele estar presente en este ámbito de actuación profesional con resultados infaustos y que por razones de espacio no desarrollaremos en este trabajo. Por la misma razón, en apretada síntesis, vamos a centrar el análisis en aquellos aspectos nucleares que deben ser valorados al momento de examinar si la conducta médica con resultados lesivos a la salud y a la vida del paciente rebasa o no el peldaño de la tipicidad (Gómez Rivero, 2003, p. 325 y ss.).

III. La imprudencia punible. El caso de la mala praxis médica

Lo primero que debemos dejar sentado es que “según la concepción moderna y que se ha convertido en casi unánime, la imprudencia es un problema de tipo” (Roxin, 1997, p. 997). La doctrina señala que la tipicidad en el delito imprudente también se estructura en un tipo objetivo y un tipo subjetivo. La parte objetiva supone la infracción de la norma de cuidado (desvalor de la acción) y una determinada lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal (desvalor del resultado); en tanto la parte subjetiva requiere el elemento positivo de haber querido la conducta descuidada, ya sea con conocimiento del peligro que en general entraña (culpa consciente) o sin él (culpa inconsciente), y el elemento negativo de no haber querido el autor cometer el hecho resultante (Benítez Ortúzar y Cruz Blanca, 2009, pp. 159-161; Mir Puig, 2016, p. 298 y ss.; Plascencia Villanueva, 2004, p. 124 y ss.; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005, pp. 423-425 y ss.) (4).

De conformidad con lo anterior, en la jurisprudencia española se ha impuesto en muchos casos que la imprudencia viene configurada fundamentalmente por la concurrencia de los siguientes elementos: a) una acción u omisión voluntaria, pero no intencional; b) previsibilidad y evitabilidad de las consecuencias nocivas de la conducta; c) infracción del deber objetivo de cuidado, concretado en normas reglamentarias o impuesto por normas socioculturales exigibles al sujeto medio, según común experiencia (en el ámbito médico, como veremos *infra*, adquiere vigencia el concepto de *lex artis* médica); d) producción de un resultado nocivo; y e) relación de causalidad entre la conducta del sujeto y el daño o perjuicio

(4) En este sentido, también: Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7a) (2003); Juzgado de lo Penal de Sevilla (2012).

producido, dentro del ámbito de la imputación objetiva (Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1a), 2016; Juzgado de lo Penal de Málaga, 2015; Juzgado de lo Penal de Sevilla, 2012).

Así, en términos generales “(...) se dice que una persona actúa imprudentemente cuando, como consecuencia de haber infringido un deber de cuidado que personalmente le era exigible, ocasiona un resultado lesivo que previó o debió prever y que pudo y debió evitar” (Benítez Ortúzar y Cruz Blanca, 2009, p. 156). Por otra parte, la mala praxis médica, en lo esencial, se define como la acción de dañar total o parcialmente, de forma temporal o permanente, la salud humana en el contexto de la relación médico-paciente, resultado de una actuación por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos y deberes exigidos a los facultativos durante la realización del acto médico (Amores Agulla y Marrero Quesada, 2015, p. 189; Fernández Cantón, 2016, p. 4; Gisbert Grifo y Fiori, 2005, p. 114; Romero Pérez, 2014, p. 110; Vila Morales y Pérez Echeverría, 2013, p. 191).

Por consiguiente, entre los eventos médicos —eventos adversos (Urruela Mora y Libano Beristain, 2020)— con resultados infaustos (*u.gr.*, error médico, *iatrogenia*, accidente, complicaciones) es la mala praxis la que genera, por su naturaleza culposa, responsabilidad jurídica. Con ello no se quiere decir que todos los supuestos de mala praxis en los que se ocasione un resultado penalmente relevante —muerte o lesiones del paciente— *eo ipso* devienen en imprudencia médica punible. La imprudencia médica punible y la mala praxis no son necesariamente términos sinónimos o equivalentes pues, mientras que la imprudencia penalmente relevante supone una *mala praxis*, esto no ocurre al revés. Dicho de otra forma, puede haber *mala praxis* médica y, sin embargo, no dar lugar a una imprudencia penalmente relevante porque no se cumplen los criterios establecidos para su imputación penal.

II.1. El deber de cuidado en la actuación médica

Considerado como la piedra angular del delito imprudente, el deber de cuidado funciona como una suerte de “punto de referencia” o baremo con el que comparar la acción de un sujeto y así valorarla como típica o atípica (Benítez Ortúzar y Cruz Blanca, 2009, p. 177; Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 284).

Con él se identifica la construcción teórica que expresa, si se efectuare un juicio razonable, cómo debería de ser la situación ideal con respecto al mínimo exigible del comportamiento humano, frente a la obligación de cuidar de un bien jurídico; por ende, constituye el aspecto externo de tal comportamiento (Palencia Núñez, 2017, p. 132).

Para su determinación es necesario conocer qué acción realizaba el sujeto y su finalidad. Es por ello que, para Zaffaroni, Alagia y Slokar, aunque en el delito imprudente no se individualiza la conducta por la finalidad, la misma resulta indispensable para averiguar cuál era el cuidado que debía observarse en su realización, porque no hay un cuidado debido único para todas las acciones (2005, p. 423 y ss.). De acuerdo con esta premisa, con el objetivo de indagar si la conducta médica infringe el deber de cuidado, habrá que incursionar en ese sector de actividad y una vez en él asumir como punto de referencia la finalidad del acto médico realizado.

Luego, asociado al acto médico realizado, se ha de precisar lo que en dicho ámbito se configuran como *reglas de cuidado*: normas abstractas de naturaleza extrapenal destinadas a minimizar el riesgo dentro de un sector o tráfico jurídico concreto, razón por la cual fijan en él los límites de lo permitido (Roxin, 1997, pp. 1001 y 1003). Así, con el término *lex artis* médica se designan aquellas directrices, estándares, protocolos o guías de actuación que establecen un conjunto de reglas técnicas y/o de competencias de carácter general reconocidas por la comunidad científica, porque se ha demostrado su utilidad y eficacia para ordenar la ejecución material del ejercicio profesional dentro de este sector de actividad. Fijan en forma de estándar mínimo de comportamiento él o los límites de lo permitido para controlar los peligros que le son inherentes al prescribir las exigencias cuya observancia debe permitir asegurar el objetivo que se persigue dentro los márgenes del riesgo permitido (Perin, 2020b, p. 122 y ss.; Rodríguez Vázquez, 2012, pp. 98-104).

Determinada la violación de las reglas de cuidado, la polémica se suscita al momento de valorar si esta situación por sí sola significa la infracción del deber de cuidado y convierte la actuación médica en una imprudencia. Las posturas se dividen entre quienes le atribuyen un valor absoluto y los que consideran que su valor jurídico-penal es relativo. Solo un sector minoritario, representado fundamentalmente por autores alemanes, le atribuye un valor absoluto al considerar, con especial referencia en los casos de actividades profesionales, que dichas reglas deben identificarse con el concepto penal “norma de cuidado” (5).

Esta posición, aunque expresa una estricta observancia del principio de legalidad y su corolario de taxatividad y seguridad jurídica, presenta los límites propios de la estandarización de las prácticas clínicas. En efecto, como señala Perin (2020b, p. 126): 1) existen casos clínicos atípicos que exigen recurrir a medidas de

(5) Para este sector de la doctrina, las reglas de cuidado son fuente directa del deber de cuidado, de tal forma que, cumpliéndose el resto de los requisitos típicos, su infracción determina el nacimiento de la imprudencia. Entre sus defensores se encuentran Nicklish, Namias, Wagner, citados por Rodríguez Vázquez (2012, pp. 87, 88, 40 y 41).

intervención atípicas (no predeterminadas o predeterminables por protocolos); 2) la medicina se basa en conocimientos en constante evolución y a menudo controvertidos; 3) es necesario reconocer ciertos márgenes para la libertad de método y de tratamiento (Benítez Ortúzar y Cruz Blanca, 2009, p. 181; Romeo Casabona, 2020, p. 30 y ss.; Roxin, 1997, p. 1003). Consiguientemente, la doctrina dominante le otorga un valor relativo o limitado (Benítez Ortúzar y Cruz Blanca, 2009, p. 181; Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, 1999, p. 177; Corcoy Bidasolo, 1989, p. 106 y ss.; Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 285; Romeo Casabona, 2020, p. 31; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002, p. 556), en tanto la sola infracción de la *lex artis* no basta para calificar la conducta de imprudente; ello no supone automáticamente una desvaloración jurídico-penal de la acción, así como su cumplimiento no exime automáticamente de responsabilidad penal (Rodríguez Vázquez, 2012, p. 97). Siendo así, la identificación de las reglas de cuidado aplicadas al caso y la comparación de la acción objeto de enjuiciamiento con aquellas constituye un primer paso en la concreción del deber de cuidado, pero no el paso conclusivo.

Asimismo, una de las cuestiones doctrinales más debatidas que aplica con especial intensidad al ámbito médico es la relativa a la inclusión de las capacidades y conocimientos superiores o inferiores del sujeto como elemento a ponderar en la determinación de la infracción del deber de cuidado. Sobre esta cuestión destacan dos posiciones extremas, concepto objetivo (Cerezo Mir, 1998, p. 160 y ss.; Barreiro, 1990, p. 40 y ss.; Alberto Jorge Barreiro, 1995, p. 79; Romeo Casabona, 1981, p. 211 y ss.) y subjetivo (Bacigalupo, 1997, p. 245; Choclán Montalvo, 1998, p. 51; Corcoy Bidasolo, 1989, p. 145 y ss.; Zugaldía Espinar, 1984, p. 327 y ss.) del deber de cuidado, entre las que pueden identificarse posturas intermedias (Benítez Ortúzar y Cruz Blanca, 2009, p. 183 y ss.; Gómez Rivero, 2003, p. 377 y ss.; Mir Puig, 2016b, p. 302 y ss.; Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 286 y ss.; Roxin, 1997, pp. 1013-1018; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005, p. 429 y ss.).

Los defensores del modelo objetivo (teoría del doble baremo, de los dos peñaños o de la doble posición) —postura mayoritaria— entienden que el deber de cuidado, como elemento del tipo imprudente, se tiene que establecer como un baremo estándar conforme a la figura del hombre medio ideal en el sector del tráfico en el que actúa el sujeto (persona razonable y prudente en esa misma situación), sin tener en cuenta las capacidades del sujeto concreto cuya conducta está siendo enjuiciada. Por tanto, respetuosos de la opinión dominante que ubica la imprudencia en el tipo de injusto, prescinden de los elementos internos —capacidades y conocimientos— en la determinación del deber de cuidado, relegando su análisis a la categoría de la culpabilidad (Gómez Rivero, 2003, p. 377 y ss.; Mir Puig, 2016, p. 301; Roxin, 1997, p. 1013 y ss.; Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 557 y ss.).

Las críticas que se le formulan a este modelo están dirigidas, primero, al cuestionamiento de la figura del “hombre medio ideal” como un concepto excesivamente abstracto y difícil de concretar (Zaffaroni *et al.*, 2005, p. 429 y ss.). Segundo, el trato “de favor” recibido por quien posee conocimientos o capacidades superiores al modelo estándar y que en el caso concreto no los emplea para evitar la lesión de un bien jurídico que estaría a su alcance. Así, *v.gr.*, bajo este modelo objetivo habría de quedar impune el cirujano que con especiales capacidades no las emplea, limitándose a utilizar en una operación quirúrgica las técnicas y habilidades que se suponen en un cirujano medio y diligente, razón por la cual no salva la vida del paciente (Rueda Martín, 2009, p. 48 y ss.). De ese modo se permitiría sin necesidad el sacrificio de una vida humana, lo cual resulta incompatible con los fundamentos de un derecho penal que la tutela como un bien jurídico fundamental (Roxin, 1997, p. 1017).

En el otro extremo, los defensores del modelo subjetivo (teoría individualizadora) incluyen en la determinación del deber de cuidado las condiciones individuales, tanto conocimientos como capacidades, inferiores y superiores, del autor. Sus detractores señalan que la delimitación de un deber de cuidado para cada sujeto, en función de sus características individuales, conduciría al caos —inseguridad jurídica— al faltar un referente general de conducta que todos los ciudadanos estén obligados a seguir. Igualmente, establece un tratamiento discriminatorio que supone exigir un determinado cuidado para las personas según la capacidad de que sean acreedores, de tal modo que al autor excepcionalmente cualificado se le impone un esfuerzo mayor en la medida de su deber y, por su parte, el autor con una capacidad inferior a la media no cometería un hecho típico, quedando impune y, por tanto, incomprensiblemente privilegiado.

Frente a este debate, asiste razón a Roxin cuando advierte que, habiendo acuerdo sobre las capacidades inferiores, y siendo la única diferencia material entre las posiciones el caso de las capacidades especiales, la solución sería adoptar una postura intermedia: “(...) las capacidades inferiores a la media no pueden excluir el tipo y la antijuridicidad, mientras que las capacidades superiores a la media deben emplearse. Por tanto, se ha de generalizar hacia ‘abajo’ e individualizar hacia ‘arriba’” (Roxin, 1997, p. 1015).

Una regla complementaria de origen jurisprudencial de gran valía para la determinación de los márgenes del deber de cuidado cuando se trata de acciones que forman parte de una actividad compartida es el denominado *principio de confianza*. Dicho de otro modo, cuando la intervención en el hecho de varios profesionales de la salud —sucesiva o simultáneamente— puede oscurecer la determinación de los sujetos penalmente competentes, el *principio de confianza* resulta conveniente para delimitar los ámbitos de competencia de cada uno de ellos. Si

bien con encuadramientos dogmáticos diversos que oscilan desde su reconducción a los criterios del riesgo permitido, al principio de autorresponsabilidad o hasta la búsqueda de fundamentos teóricos autónomos, se reconoce su aplicación al caso de la cooperación con división del trabajo sobre todo en el ámbito de la actuación médica (Benavente Chorres, 2011, p. 182 y ss.; Maraver Gómez, 2007, p. 159 y ss.; Rodríguez Vázquez, 2012, p. 224 y ss.).

En términos generales, afirma que no viola el deber de cuidado y por tanto, opera bajo los límites del riesgo permitido, la acción del que confía en que el otro se comportará correctamente mientras no tenga razón suficiente para creer lo contrario (Gómez Rivero, 2003, p. 395 y ss.; Jescheck y Weigend, 2002, p. 626; Mir Puig, 2016, p. 306; Roxin, 1997, p. 1004; Zaffaroni *et al.*, 2005, p. 432). Siendo este un criterio que requiere de nuestra atención ante una realidad que revela que la labor asistencial tiende a desarrollarse, como regla, en colectivo.

Por último, existe en España un cuerpo de doctrina jurisprudencial extenso y pormenorizado que se ha consolidado alrededor de la llamada imprudencia médica, de obligada referencia en este análisis. Conforme a la jurisprudencia española, al evaluar los requisitos para la configuración de la conducta imprudente en el ámbito médico, se deben tener presente los siguientes criterios: 1) que, por regla general, el error en el diagnóstico no tipifica como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable; 2) queda también fuera del ámbito penal por la misma razón la falta de pericia salvo cuando esta sea de naturaleza extraordinaria o excepcional; 3) que la determinación de la responsabilidad médica ha de hacerse en contemplación de las situaciones concretas y específicas sometidas al enjuiciamiento penal huyendo de todo tipo de generalizaciones; 4) que la imprudencia nace cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad, que, olvidando la *lex artis*, conduzcan a resultados lesivos para las personas (Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1a), 2013; Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23a), 2015; Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1a), 2016, p. 368).

Por lo demás, sugerimos asumir el modelo de imputación “compromisorio” que propone Perin, en tanto permite conjugar la protección de los bienes jurídicos vida y salud psicofísica de los pacientes con la seguridad jurídica de los profesionales de la salud. En efecto, de conformidad con este modelo: 1) el cumplimiento de los protocolos por parte del facultativo solo justifica una presunción relativa de diligencia, en la medida en que hayan sido correctamente elegidos y aplicadas (Roxin, 1997, p. 1002); 2) asimismo, su incumplimiento no puede ser en ningún caso decisivo a efectos de la valoración judicial acerca de la responsabilidad

médica, puesto que, en ocasiones, la vinculación al deber de cuidado requiere precisamente un alejamiento de la pauta generalmente aceptada, para recurrir al criterio de lo que haría el profesional prudente en una situación semejante; 3) deberes residuales, “secundarios” o “atípicos” (no predefinidos), solo pueden justificar imputaciones de responsabilidad en supuestos espacialmente cualificados; en su caso, de imprudencia grave (Perin, 2020b, p. 127).

II.2. El resultado lesivo y su imputación objetiva en la imprudencia médica

Al hilo de lo indicado en el apartado precedente, el ámbito frente al que puede formularse una pretensión jurídica de responsabilidad médica solo empieza allí donde se contravienen las pautas del deber de cuidado (Gómez Rivero, 2003, p. 325 y ss.; Silva Sánchez, 1999, p. 11 y ss.; Silva Sánchez, 2016, p. 79 y ss.; Terragni, 2001). Sin embargo, una vez verificada la infracción del deber de cuidado en el ejercicio de la medicina, no se puede afirmar aun su relevancia jurídico-penal como expresión de la positiva valoración del juicio de tipicidad. Como señalan Muñoz Conde y García Arán: “(...) las conductas imprudentes solo son castigadas, por imperativo del principio de intervención mínima del Derecho penal, en la medida en que producen determinados resultados” (Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 288).

En consecuencia, entre la conducta y el resultado debe existir una relación de causalidad como condición necesaria para su punibilidad, o más exactamente, para que pueda ser imputable al autor el resultado acaecido (Jescheck y Weigend, 2002, p. 297). Sin embargo, certificada incluso la casualidad física entre el resultado de muerte o lesiones al paciente y la conducta médica, tampoco se está en condiciones de afirmar la tipicidad de la imprudencia médica. Con tales propósitos se han de verificar los criterios normativos enarbolados por la “teoría de la imputación objetiva” (López Rojas, 2015, p. 385 y ss.; Poveda Buitrago, 2014, p. 86 y ss.; Ramos Portal, 2015, p. 333; Terragni, 2001; Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 467 y ss.) que fundamentan objetivamente la final atribución del resultado. Justamente, luego de haberse constatado la relación causal con apoyo en la teoría de la equivalencia de las condiciones, dichos criterios cumplen una función de correctivo de la tipicidad en tanto permiten determinar si estamos en presencia de un suceso relevante para el Derecho penal (Benítez Ortúzar y Cruz Blanca, 2009, p. 161 y ss.; Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 290; Silva Sánchez, 1999, p. 11 y ss.; Terragni, 2001).

De conformidad con esta teoría, los criterios mayormente admitidos para imputar un resultado típico a un sujeto son: 1) que su conducta haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado o no permitido, o haya aumentado ilícitamente el riesgo permitido; 2) que ese riesgo creado sea el que se concrete en el resultado típico, dicho de otro modo: el resultado ha de ser expresión precisa del riesgo

creado, en este caso, con la infracción del deber de cuidado y 3) que el resultado producido esté dentro del ámbito o fin de protección de la norma, o sea, dentro del alcance del tipo (Benítez Ortúzar y Cruz Blanca, 2009, p. 176; Jescheck y Weigend, 2002, p. 307 y ss.; López Rojas, 2015, p. 386 y ss.; Poveda Buitrago, 2014, p. 100; Ramos Portal, 2015, p. 338 y ss.).

Tales exigencias normativas sobre todo son útiles para restringir la responsabilidad penal por imprudencia y cobran especial importancia al fundamentar la imputación de aquellos actos que guardan relación con un resultado lesivo que constituye un injusto, cuando existen dificultades —casos que generan dudas— para establecer un nexo adecuado entre ellos. En términos generales esto sucede por razones que interfieren en los cursos causales, *u.gr.*: la participación de terceros, interrupción de las acciones, concausas, accidentes o hechos fortuitos; factores que introducen nuevas circunstancias en los parámetros de espacio y tiempo que se suelen poner de manifiesto con frecuencia en la actividad médica y complejizan la tarea de llevar adelante la posible atribución de resultados infaustos en este ámbito (Benítez Ortúzar y Cruz Blanca, 2009, p. 162; Vargas Pinto, 2010, p. 106, 112 y ss.). Lo contrario, esto es, atribuir responsabilidad como consecuencia exclusiva de la lesión al bien jurídico y no de la imputación objetiva al sujeto, supondría el regreso al esquema de la responsabilidad por el resultado que caracterizó al Derecho penal arcaico (Estrada Chacón, Goite Pierre y Méndez López, 2018, p. 34 y ss.).

Lo dicho precedentemente está indicando que, en el proceso de imputación al profesional de la salud de la muerte o lesiones del paciente, afirmada la infracción del deber de cuidado y la conexión causal entre ellos con arreglo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, corresponde la verificación de los referidos parámetros normativos. Conforme al primero, se exige que la conducta médica *ex ante* signifique la creación de un peligro para la vida o la salud del paciente, por lo que, al tratarse aquí del estudio de una conducta imprudente, dada su propia esencia, la verificación de la infracción del deber de cuidado supone la creación del riesgo típico (Mir Puig, 2016, p. 306). Esto es así porque las acciones peligrosas que observan las normas de diligencia no entran en el terreno de la ilicitud penal. Siempre que en la realización de acciones riesgosas permitidas se respete el cuidado exigible se excluye la tipicidad del hecho imprudente, aunque condicionen alguno de los resultados que la ley menciona (Terragni, 2001).

En este contexto, no se debe perder de vista el hecho de que la medicina se puede invocar como el ejemplo correcto de las actividades riesgosas que la sociedad consiente y auspicia en la medida en que los beneficios que generan son superiores a los posibles perjuicios que puedan causar. Al decir de Silva Sánchez, la misma se mueve en un escenario general de peligrosidad que podríamos calificar

de “riesgo general de la praxis médica” (Silva Sánchez, 2016, p. 79). El individuo enfermo corre peligro e intentar curarlo también supone asumir el riesgo de que la intervención no resulte exitosa y/o produzca consecuencias lesivas para su vida o salud; no obstante, con ello aún no debe estar decidida *eo ipso* la imputación de responsabilidad jurídico-penal. A pesar de que tales resultados hayan sido causados por la intervención médica bien pueden ser imprevisibles o aun previsibles pueden ser inevitables, o siendo previsibles y evitables, desistir de la ejecución de la actividad médica que opera bajo los márgenes del “riesgo permitido” supone renunciar a una posibilidad de mejora de la salud.

Luego, con el segundo de los criterios se trata de determinar *ex post* si el riesgo que se realiza en la lesión de la salud del paciente o su muerte es el mismo riesgo típicamente relevante creado por el profesional de la salud. Corresponde entonces evaluar los denominados cursos causales atípicos o supuestos de interrupción del nexo de imputación en los que la imputación objetiva decae. La doctrina menciona las intervenciones posteriores e imprevisibles de la víctima (6) o de un tercero (7), los denominados cursos causales anómalos o desviaciones del curso causal en los que el resultado es consecuencia de otro riesgo distinto al creado por la infracción del deber de cuidado del médico (el resultado nada tiene que ver con la infracción médica cometida), *v.gr.*, el bisturí con el que se realiza la intervención quirúrgica está infectado con un germen que lesiona o causa la muerte al paciente (Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 230).

Tampoco es imputable el resultado cuando a pesar de haberse causado por la conducta imprudente, también se hubiese producido si el sujeto hubiese obrado diligentemente, supuestos que se conocen como *casos de comportamiento alternativo correcto*. Así, el caso de la novocaína (1926) arraigado en la dogmática penal, en el que por error en la anestesia de una operación se utiliza cocaína en lugar de novocaína y el paciente fallece; sin embargo, habría muerto igualmente, aunque se hubiera utilizado la novocaína a causa de su hipersensibilidad a todo tipo de narcóticos (8).

(6) Según Benítez Ortúzar y Cruz Blanca (2009, p. 176 s), “no se deberá imputar un resultado a la conducta médica cuando concurra culpa exclusiva de la víctima, como los casos en los que el paciente no sigue el tratamiento prescrito o no comunica al médico sus alergias a determinados medicamentos”.

(7) Así, *v.gr.*, “(...) un médico cirujano puede no emplear el cuidado debido en su intervención y posteriormente se sume la conducta inadecuada o indebida del anestesista o de la enfermera, etc.” (Vargas Pinto, 2010).

(8) Otros casos de la jurisprudencia alemana que estudia la doctrina en este contexto son: el “caso del ciclista” (1957), el “caso del farmacéutico” (1887), el “caso del pelo de cabra” (1929). Cfr. Mir Puig (2016, p. 307), Silva Sánchez (1986, p. 201), Zaffaroni, Alagia y Slokar (2005, p. 433).

En estos supuestos, la doctrina se ha inclinado en excluir la causalidad siempre y cuando sea seguro que el resultado no hubiera podido ser evitado actuando correctamente. En los casos donde exista duda sobre si realmente la conducta imprudente causa el resultado lesivo o si este último se debió a otro factor impredecible, debe operar el principio de *in dubio pro reo*, sin que se pueda afirmar la causalidad y por tanto la tipicidad objetiva (Jescheck y Weigend, 2002, p. 629; López Rojas, 2015, p. 386 y ss.; Mir Puig, 2016a, p. 307; Silva Sánchez, 1986, p. 201; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002, p. 472 y 2005, p. 433). En efecto, según la teoría prevalente —la tesis de la evitabilidad—, mientras no se pueda afirmar la evitabilidad del resultado, se impondrá la absolucón. Más claramente, mientras no se compruebe que el menoscabo no se hubiese producido si el sujeto (causante material imprudente o al garante a quien corresponda, debido al alcance de su posición jurídica calificada) hubiese actuado conforme al comportamiento jurídicamente esperado, el resultado no se le puede imputar (Perin, 2020c, pp. 212 y 219; 2020b, p. 141).

Así, según un sector de la doctrina, en los delitos comisivos la valoración de la evitabilidad permitiría establecer la existencia de la relación de riesgo entre la conducta imprudente y el resultado, sin perjuicio de que la relación de causalidad —material— haya sido previamente comprobada. En cambio, cuando se trate de delitos de comisión por omisión, el nexo de causalidad omisivo hipotético podría estimarse normativamente existente solo en la medida en que se pueda argumentar que la intervención del garante hubiese evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, el resultado lesivo (Benítez Ortúzar y Cruz Blanca, 2009, p. 176; Mir Puig, 2016a, pp. 307-310; Perin, 2020c, p. 219; Rojas, 2018, p. 732).

Finalmente, conforme al último de los criterios, la realización del riesgo debe tener lugar en el ámbito de protección tutelado por el tipo, por lo que quedan excluidos aquellos resultados que no guardan relación con el fin de protección de la norma lesionada. En este caso se niega la imputación objetiva porque el resultado producido no tiene nada que ver con el fin de la norma infringida (Jescheck y Weigend, 2002, p. 630 y ss.; Mir Puig, 2016, p. 306 y ss.; Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 290 y ss.; Zaffaroni *et al.*, 2002, p. 472).

De lo expuesto hasta aquí, se deja ver que el resultado infausto —la lesión a la vida o integridad psicofísica de una persona— que en ocasiones se origina en el marco de la asistencia médica, no puede desplazar ni adquirir supremacía frente al resto de los elementos que configuran la imprudencia penalmente relevante. No se debe descuidar el hecho de que en el ámbito médico intervienen factores inapreciables por concurrencia de riesgos extraños y ajenos al prudente ejercicio del profesional que, aunque produzcan daños, no pueden ser imputados a la conducta médica.

Tampoco se debe obviar que frente a un paciente es posible desplegar diferentes conductas, siendo acertada cualquiera de ellas. Así pues, como advierte la doctrina penal y la jurisprudencia foránea:

(...) frecuentemente ocurre que en los supuestos de conductas imprudentes se incurre en el error de enjuiciarlas desde el presente, esto es, una vez que se sabe lo que ocurrió y porqué cuando la calificación de la imprudencia exige un juicio “ex ante”, esto es, teniendo en cuenta las condiciones y circunstancias existentes antes de la acción para desde ellas hacer un juicio de previsibilidad y de adecuación de la conducta del sujeto, que en aquel momento solo conoce esas circunstancias y no otras ni el desenlace final de los acontecimientos (...) (Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1a), 2007; Audiencia Provincial de Jaén (Sección 2a), 2007; Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 2a), 2007).

Consiguientemente, constituye un error determinar cuál era el cuidado objetivo a partir del resultado. Dicho de otro modo, frente a un supuesto determinado no es correcto realizar un examen acerca de cuál de todas las conductas que era posible —y prudente— desplegar, habría evitado el resultado con seguridad. Luego, sobre esta base, afirmar que en solo puede considerarse prudente la conducta que desde ese juicio de retrospectiva (*ex post*) se identifica como la adecuada para impedir la lesión, y que, dado que ni fue esa la que el sujeto adoptó, entonces infringió el deber de cuidado y debe responder por ello. Un análisis como ese desconoce que la ciencia médica solo sugiere un modo de proceder, pero no asegura un determinado desenlace, por lo que es posible producir resultados lesivos siguiendo los lineamientos de la *lex artis*. Sostener algo diferente llevaría al absurdo de considerar que siempre que se produce un resultado lesivo, el mismo es consecuencia de la infracción de un deber objetivo de cuidado (Guerra Hernández y Toro Taborda, 2016, p. 261).

En este tenor, también resulta ilustrativa la jurisprudencia española cuando en unos de sus pronunciamientos ante un resultado de muerte que se imputaba a un facultativo expuso:

Los tintes dramáticos que supone la pérdida de un ser querido, y más en el caso de una persona joven, de sólo 37 años, sentimiento de pérdida y vacío agravado aún más por lo súbito de su advenimiento, sin otros antecedentes clínicos que una hernia de hiato y discal, sin antecedentes de enfermedades graves ni de riesgo vital, no puede obnubilar el juicio de la Sala cuya obligación es situar correctamente el ámbito de conocimiento en esta materia (Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 1a), 2008, p. 253).

IV. Consideraciones finales

En el ejercicio de la medicina, como en cualquier otro sector de actividad, no es fácil determinar una falta de cuidado debido y cuando se define no siempre cabe hacer responsable al profesional que realiza esa conducta riesgosa del resultado acaecido. La producción de un resultado lesivo conectado causalmente con una infracción del deber de cuidado no fundamenta por sí sola la atribución de responsabilidad penal. Como se ha advertido, una vez comprobada la causalidad natural entre la infracción del deber de cuidado y el resultado infausto es cuando la imputación objetiva del resultado comienza a aplicarse. Luego corresponde la verificación de los criterios que dicha teoría enarbola como correctivos del juicio de tipicidad pues de lo contrario sería extremadamente amplio el ámbito de lo prohibido. Siempre se debe proceder así en casos de mala praxis médica, para ir paulatinamente penetrando —como expresa Terragni (2001)— en el arcano de saber si en el agravamiento de la salud del paciente o en su muerte ha influido una conducta profesional penalmente cuestionable.

V. Bibliografía

Amores Agulla, T. y Marrero Quesada, J. A. (2015). Mala praxis médica en el quirófano. *Revista Cubana de Cirugía*, 54(2) (pp. 187-194).

Arrue Caraballo, R. y Azaharez Leal, G. (2012). Del error médico a la responsabilidad penal, cuestión esencial del tema probando. Una mirada crítica al procedimiento establecido en Cuba. En A. Mantecón Ramos, *Abogacía y Derecho: Gestión de conflictos jurídicos* (Vol. I Parte. Derecho y litigios penales, pp. 41-63). La Habana: Ediciones ONBC.

Asamblea Nacional del Poder Popular (2020). Acuerdo IX-49 (GOC-2020-24-O2) Aprueba el Cronograma Legislativo para la actual Legislatura. Gaceta Oficial No. 2 Ordinaria. Recuperado de <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/cronograma-legislativo>

Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1a) (2007). Sentencia núm. 225/2007 de 28 septiembre (ARP\2008\112).

Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 1a) (2008). Auto núm. 253/2008 de 15 septiembre (JUR\2009\203206).

Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1a) (2013). Sentencia núm. 2/2013 de 9 enero (ARP\2013\15).

Audiencia Provincial de Jaén (Sección 2a) (2007). Auto núm. 170/2007 de 11 julio (ARP\2007\671).

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23a) (2015). Sentencia núm. 480/2015 de 30 junio (ARP\2016\331).

Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1a) (2016). Sentencia núm. 368/2016 de 13 septiembre (ARP\2016\1253).

Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7a) (2003). Sentencia núm. 323/2003 de 14 julio (ARP\2003\639).

Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 2a) (2007). Auto núm. 432/2007 de 6 julio (ARP\2007\691).

Bacigalupo, E. (1997). *Principios de Derecho penal. Parte general* (4a edición, totalmente actualizada y basada en la nueva redacción del Código Penal, L.O. 10/95). Madrid: Ediciones Akal S.L.

Benavente Chorres, H. (2011). *La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.

Benítez Ortúzar, I. y Cruz Blanca, M. (2009). La imprudencia punible en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica. En AA.VV., *Estudios Jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios* (pp. 155-199). Madrid: Dykinson.

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

Bodes Torres, J. (2006). *El juicio oral en Cuba*. Ecuador: Centro de Publicaciones de la FENAJE-Quito.

Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H. (1999). *Lecciones de derecho penal* (Vol. II). Madrid: Editorial Trotta.

Cafferata Nores, J. I. (1984). *Derechos individuales y proceso penal*. Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba S.R.L.

Camilo Momblanc, L. (2019). Pautas para la determinación de la responsabilidad penal del médico en comisión por omisión. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, 17. Recuperado de <https://doi.org/10.24215/25916386e017>.

Camilo Momblanc, L. (2020). Una necesaria aproximación a la responsabilidad penal por mala praxis médica. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, 17(50) (pp. 499-527). Recuperado de <https://doi.org/https://doi.org/10.24215/25916386e054>

Cancio Meliá, M. (2010). Prólogo. En F. Bernate Ochoa, *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica* (pp. 13-16). Bogotá: Universidad del Rosario.

Candia Ferreyra, J. (2003). La fase preparatoria del juicio oral. *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*, Segunda Parte (pp. 111-165). La Habana: Félix Varela.

Caracoa, A. (2002). La defensa en el nuevo proceso penal. *Revista Chilena de Derecho*, 29(2) (pp. 283-301).

Castro, Y.; García, A.; Reyes, A. y Ramos, G. (2019). Un cronograma legislativo acorde con las exigencias del país. *Granma. Órgano oficial del Comité Central del Partido Comunista de Cuba* (p. 2).

Cerezo Mir, J. (1998). *Curso de Derecho Penal Español, Parte General* (Vol. II, Teoría del delito). Madrid.

Choclán Montalvo, A. (1998). *Deber de cuidado y delito imprudente*. Barcelona: Bosch.

Constitución de la República de Cuba (2019). Recuperado de <http://www.cubadebate.cu/noticias/2019/04/09/descargue-la-constitucion-de-la-republica-de-cuba-pdf/>

Corcoy Bidasolo, M. (1989). *El Delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. Barcelona: PPU.

Cuba. Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. (1983). Instrucción No. 110. Tribunal Supremo Popular.

Estrada Chacón, M.; Goite Pierre, M. y Méndez López, M. (2018). La culpabilidad como elemento del delito en Cuba. Presupuestos para su reconfiguración teórica. En M. Goyte Pierre (coord.), *Estudios sobre el Código Penal cubano en el XXX Aniversario de su vigencia. Logros y perspectivas. Libro Homenaje al XXX Aniversario de la vigencia del Código Penal cubano. Dedicado a la memoria de los profesores Renén Quirós Pérez y Ulises Baquero Vernier* (pp. 33-73). La Habana: Editorial UNIJURIS.

Fernández Cantón, S. B. (2016). El Acto Médico: Error y la mal praxis. *Boletín CONAMED-OPS*, (5) (pp. 3-6).

Fernández Pereira, J. A. (2002). El Derecho Procesal Penal. Concepto y naturaleza del proceso penal. Evolución histórica. Los sistemas de enjuiciar. *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*, Primera Parte (pp. 9-30). La Habana: Félix Varela.

Fernández Romo, R. (2004). El principio de contradicción del proceso penal. *Revista Jurídica Justicia y Derecho*, 3.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.

Figueredo Reinaldo, O.; Izquierdo Ferrer, L.; García Acosta, D. y Pérez, I. (2020). Asamblea Nacional aprueba nuevo cronograma legislativo. CUBADEBATE. Recuperado de <http://www.cubadebate.cu/noticias/2020/12/17/asamblea-nacional-aprueba-nuevo-cronograma-legislativo-infografias/>

Gisbert Grifo, M. S. y Fiori, A. (2005). Responsabilidad médica. En G. Calabuig, *Medicina legal y toxicología*, 6a edición (pp. 109-124). Barcelona: Masson.

Gómez Rivero, M. del C. (2003). *La responsabilidad penal del médico*. Valencia: Tirant lo Blanch.

González Guadarramas, J. R.; Figueroa Álvarez, Y. y Cárdenas Contreras, Y. (2016). *Reflexiones en torno a la conducta omisa del médico o paramédico*. Conferencia Jurídica Provincial. Tribunal Provincial Popular Villa Clara.

Guerra Hernández, P. J. y Toro Taborda, M. (2016). Responsabilidad penal médica: comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 29 de junio de 2016, radicado 41245. M.P. José Luis Barceló Camacho. *Revista Nuevo Foro Penal*, 12(87) (pp. 258-265). Colombia: Universidad EAFIT.

Jescheck, H. H. y Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (5a edición, renovada y ampliada). Granada: Colmares.

Jones, M. A. (2008). *Medical negligence* (4a ed.). London: Sweet & Maxwell.

Jorge Barreiro, A. (1990). *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*. Madrid: Tecnos.

Jorge Barreiro, A. (1995). Jurisprudencia penal y *lex artis* médica. En *Responsabilidad del personal sanitario (Actas del Seminario conjunto sobre la responsabilidad*

del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994 (pp. 71-134). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Juzgado de lo Penal de Málaga (2015). Sentencia núm. 20/2015 de 3 febrero (ARP\2015\5).

Juzgado de lo Penal de Sevilla. (2012). Sentencia núm. 502/2012 de 21 diciembre (ARP\2012\1410).

López Rojas, D. G. (2015). A propósito del esquema general de los tipos penales. En A. Mejías Rodríguez (coord.), *Temas de Derecho Penal Parte General (Libro Homenaje al Profesor Renén Quirós Pérez)* (pp. 371-400). La Habana: Editora My. Gral. Ignacio Agramonte y Loynaz.

Maraver Gómez, M. (2007). *El principio de confianza en el Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva* (Tesis doctoral). Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.

Martínez Gómez, J. A. (2007). ¿Qué entender por responsabilidad médica? En J. R. Acosta Sariego (Ed.), *Bioética. Desde una perspectiva cubana*, Tercera edición, ampliada y revisada (pp. 743-755). La Habana: Publicaciones Acuario.

Martínez Hernández, C. M. (2006). Errores médicos en la práctica clínica, del paradigma biologicista al paradigma médico social. *Revista Cubana de Salud Pública*, 32(1) (pp. 1-14). Cuba: Ministerio de Salud Pública.

Martínez León, M.; Queipo Burón, D. y Martínez León, C. (2009). Aspectos de la nueva teoría de Estados Unidos y Reino Unido del reconocimiento de los errores médicos con efecto en la disminución de las demandas. *Revista de la Escuela de Medicina Legal* (pp. 4-10). Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Mello, M. M.; Studdert, D. M. y Brennan, T. A. (2003). The New Medical Malpractice Crisis. *New England Journal of Medicine*, 348 (pp. 2281-2284).

Mendoza Díaz, J. (2016). La defensa penal en Cuba. Apuntes para el legislador. *Revista Jurídica IUS Doctrina*, (14) (pp. 1-17). Costa Rica: Universidad de Costa Rica.

Mendoza Díaz, J. y Goite Pierre, M. (coord) (2019). *El debido proceso penal en el modelo constitucional cubano* (pp. 163-186). La Habana: UH.

Mir Puig, S. (2016a). *Derecho Penal Parte General* (10a edición actualizada y revisada). Barcelona: Editorial Reppertor.

Mir Puig, S. (2016b). *Derecho Penal Parte General* (10a edición actualizada y revisada). Barcelona: Editorial Reppertor.

Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2010). *Derecho Penal Parte General* (8a edición, revisada y puesta al día). Valencia: Tirant lo Blanch.

Mustelier Carmenaty, S. y Samora Sorí, A. I. (2007). Reflexiones acerca de la culpa y la responsabilidad médica a la luz del Derecho Penal. *Boletín ONBC*, 28 (pp. 16-27).

Palencia Núñez, M. R. I. (2017). *Presupuestos para el redimensionamiento teórico del deber objetivo de cuidado en Ecuador* (Tesis doctoral). La Habana: Universidad de La Habana.

Perin, A. (2020a). El fenómeno de la medicina defensiva como cuestión político-criminal. ¿Cómo conjugar autonomía y responsabilidad? En C. M. Romeo Casabona, *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal* (pp. 1-23). Bilbao-Granada: Editorial Comares, S.L.

Perin, A. (2020b). Imprudencia penal médica. Definición criteriológica de un modelo de imputación deontico y liberal. En C. M. Romeo Casabona, *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal* (pp. 117-147). Bilbao-Granada: Editorial Comares, S.L.

Perin, A. (2020c). La relevancia de los cursos causales hipotéticos en la imputación normativa del resultado a la conducta imprudente. Su significado práctico en materia de responsabilidad médica por error de diagnóstico. *Revista Chilena de Derecho*, 47(1) (pp. 211-235).

Plascencia Villanueva, R. (2004). *Teoría del delito* (Tercera reimpresión). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Poveda Buitrago, N. (2014). *Imputación objetiva, acciones a propio riesgo y responsabilidad penal médica en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Ramírez Collejo, Y. y Blanco Fonseca, A. A. (2012). La exigencia de responsabilidad penal en la actividad médica bajo el principio de confianza. En A. Mantecón Ramos y E. Moya Linares, *Abogacía y Derecho: Gestión de conflictos jurídicos*, Vol. I., Derecho y litigios penales (pp. 20-40). La Habana: Ediciones ONBC.

Ramos Domínguez, B. N. (2011). Error médico y la seguridad del paciente. En B. N. Ramos Domínguez, *Control de calidad de la atención de salud*, 2da edición (pp. 124-139). La Habana: Ciencias Médicas.

Ramos Portal, L. E. (2015). Imputabilidad, imputación objetiva y el dilema de la libertad. En A. Mejías Rodríguez (coord.), *Temas de Derecho Penal Parte General (Libro Homenaje al Profesor Renén Quirós Pérez)* (pp. 311-343). La Habana: Editora My. Gral. Ignacio Agramonte y Loynaz.

República de Cuba. Ministerio de Salud Pública. (2008). *Resolución No. 99. Metodología para la evaluación de la responsabilidad penal médica*. Recuperado de <http://legislacion.sld.cu/index.php?P=FullRecord&ID=156>

República de Cuba. Ministerio de Salud Pública. (2019,). Resolución No. 458. Recuperado de <http://legislacion.sld.cu/index.php?P=FullRecord&ID=156>

Rivero García, D. (2010). *Temas permanentes del Derecho Procesal y del Derecho Penal*. La Habana: Ediciones ONBC.

Rivero García, D. (2012). *Ley de Procedimiento Penal, Ley no. 5 de 13 de agosto de 1977 (Anotada y concordada con las Disposiciones del CGTSP)*, 2da Ed. La Habana: Ediciones ONBC.

Rivero García, D. y Pérez Pérez, P. (2003). El juicio oral. *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal* (pp. 279-313). La Habana: Editorial Félix Varela.

Rodríguez Camacho, M. (2018). La defensa penal eficaz como garantía del debido proceso en Ecuador. *Universidad y Sociedad*, 10(1) (pp. 33-40). Cuba: Universidad de Cienfuegos.

Rodríguez González, N. (2016). Necesario reforzamiento del derecho a la defensa como garantía constitucional. *Justicia y Derecho* (pp. 262-283).

Rodríguez Vázquez, V. (2012). *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias. Criterios para delimitar la responsabilidad en supuestos de intervención conjunta de los profesionales sanitarios*. Madrid: Marcial Pons.

Rojas, L. (2018). Delitos de omisión entre libertad y solidaridad. *Polít. crim.*, 13(26) (pp. 682-738).

Romeo Casabona, C. (1981). *El médico y el Derecho penal I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*. Barcelona: Bosch.

Romeo Casabona, C. M. (2020). ¿Es oportuna la incorporación al Código Penal del llamado delito de tratamiento médico arbitrario? En C. M. Romeo Casabona, *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal* (pp. 25-58). Bilbao-Granada: Editorial Comares, S.L.

Romero Pérez, J. E. (2014). Apuntes sobre la mala praxis médica. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 135 (pp. 107-122). Costa Rica: Universidad de Costa Rica.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2da ed. Vol. I. España: Civitas S.A.

Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto SRL.

Rueda Martín, M. A. (2009). La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 4 (pp. 1-58). España: Universitat Pompeu Fabra.

Santana Gómez, Y.; Díaz Ramírez, M. A. y Cruz Hernández, I. A. (2018). Limitaciones al derecho a la defensa en fase preparatoria del proceso penal en Cuba. *Revista Márgenes*, 6(2), (pp. 32-47).

Silva Sánchez, J. M. (1986). *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Barcelona: Bosch.

Silva Sánchez, J. M. (1999). *Medicinas alternativas e imprudencia médica*. Barcelona: José María Bosch Editor.

Silva Sánchez, J. M. (2016). *Responsabilidad penal por mala praxis médica*. Paraguay: Marben.

Terragni, M. A. (2001). *La moderna teoría de la imputación objetiva y la negligencia punible. Conferencia pronunciada en las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en Homenaje al Dr. Claus Roxin, en la Ciudad de Córdoba (Argentina)*. Recuperado de <https://www.scribd.com/document/144969274/La-Moderna-Teoria-de-La-Imputacion-Objetiva-y-La-Negligencia-Medica-Punible-Terragni>

Urruela Mora, A. y Libano Beristain, A. (2020). Los sistemas de notificación y registro de eventos adversos en la esfera sanitaria desde la perspectiva procesal penal. Particular análisis del modelo español (SiNASP). En C. M. Casabona, *Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal* (pp. 93-115). Bilbao-Granada: Editorial Comares, S.L.

Vallejo Jiménez, G. A. (2012). *Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica* (Tesis doctoral). León: Universidad de León. Recuperado de https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/2217/tesis_e4242b.pdf?sequence=1

Vargas Pinto, T. (2010). La imprudencia médica. Algunos problemas de imputación de lo injusto penal. *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, 17(2)

(pp. 99-132). Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte.

Vera Toste, Y. (2020). La negligencia médica y la responsabilidad jurídico-penal. Enfoque desde la dogmática y la práctica judicial cubana. *Revista Cubana de Derecho, IV Época* (55), (pp. 84-106). Cuba: Unión Nacional de Juristas de Cuba.

Vila Morales, D. y Pérez Echeverría, R. (2013). Responsabilidad médica en el derecho médico cubano y otros países. En D. Vila, *Teoría del derecho médico* (p. 455). La Habana: Ciencias Médicas.

Zaffaroni, E. R.; Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal: parte general*, 2a edición. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E. R.; Alagia, A. y Slokar, A. (2005). *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 1ra edición. Buenos Aires: Ediar.

Zugaldía Espinar, J. M. (1984). La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. España: BOE.

Fecha de recepción: 29-03-2021

Fecha de aceptación: 07-10-2021

