


## Infracción del deber de cuidado y responsabilidad penal del profesional de la salud

### Breach of the duty of care and criminal liability of the health professional

### Violação do dever de cuidado e responsabilidade penal do profissional de saúde

Liuver Camilo-Momblanc<sup>I\*</sup> , María Elena Jardines-O'Ryan<sup>II</sup> 

<sup>I</sup> Universidad de Oriente. Santiago de Cuba, Cuba.

<sup>II</sup> Hospital Provincial Clínico Quirúrgico Docente "Saturnino Lora Torres". Santiago de Cuba, Cuba.

\*Autor para la correspondencia: [liuverc@uo.edu.cu](mailto:liuverc@uo.edu.cu)

Recibido: 10-04-2023 Aprobado: 13-06-2023 Publicado: 04-07-2023

## RESUMEN

**Introducción:** a pesar de su antigüedad la cuestión de la responsabilidad jurídico-penal del profesional de la salud adquiere cada vez mayor importancia en el orden teórico y práctico, en cuyo escenario se pone de manifiesto una excesiva judicialización de la actividad médica como mecanismo de tutela de los derechos del paciente. **Objetivo:** sistematizar las diferentes posturas teóricas que en la actualidad se aprecian en torno a la judicialización de la actividad médica y las causas que la estimulan. **Método:** se llevó a cabo un estudio de carácter documental a través de una revisión bibliográfica exhaustiva en buscadores bibliográficos como Scopus, SciELO, Google Académico y PubMed. La indagación de carácter argumentativa y exploratoria se realizó el 16 de marzo de 2023 y de los 30 artículos encontrados que abordaron la problemática de la *mala praxis* médica, solo 11 fueron elegidos para el estudio según

criterios de selección. **Desarrollo:** se sistematizaron las posturas teóricas sobre la judicialización de la actividad médica y las causas que la estimulan; además se determina la correcta interpretación de la *lex artis* como mecanismo de heterointegración normativa del deber de cuidado del ejecutor de actos médicos, en aras de evitar excesos en la aplicación de la ley penal en este ámbito de actuación profesional. **Consideraciones finales:** una mayor intervención del Derecho Penal en el ejercicio de la Medicina no es el paradigma político criminal más eficiente en aras de proteger la vida e integridad del paciente frente a hechos de *mala praxis* médica.

**Palabras clave:** *mala praxis* médica; imprudencia médica; responsabilidad médica; deber de cuidado; responsabilidad penal

**ABSTRACT**

**Introduction:** legal and criminal liability of the health professionals, regardless its antiquity, at present has becoming more and more theoretical and practical relevance in which an excessive judicialization of medical activity is revealed as a mechanism for the protection of patient rights. **Objective:** systematization of the different theoretical positions that are currently identified around the judicialization process of medical activity and the likely causes that stimulate it. **Method:** a documentary study was carried out through an exhaustive bibliographic review in bibliographic search engines such as Scopus, SciELO, Google Scholar and PubMed. The argumentative and exploratory research was conducted on March 16, 2023 and of the 30 articles found concerning medical malpractice, only 11 were chosen for the study with strict selection criteria. **Development:** the theoretical positions on the judicialization of medical activity and the causes that stimulate it were systematized; in addition, the correct interpretation of the *lex artis* was presented as a mechanism of normative heterointegration of the duty of care by the medical personnel, in order to avoid excesses in the application of the criminal law in this area of professional activity. **Final considerations:** a much greater intervention of criminal law in the practice of medicine is not the most efficient policy to protect the life and integrity of the patient in the face up to the medical malpractice.

**Keywords:** medical malpractice; medical recklessness; medical liability; duty of care; criminal liability

**RESUMO**

**Introdução:** apesar de sua idade, a questão da responsabilidade jurídico-penal do profissional de saúde adquire cada vez maior importância na ordem teórica e prática, cenário em que se revela uma excessiva judicialização da atividade médica como mecanismo de proteção dos direitos do paciente. **Objetivo:** sistematizar as diferentes posições teóricas que se apreciam atualmente em torno da judicialização da atividade médica e as causas que a estimulam. **Método:** foi realizado um estudo documental por meio de revisão bibliográfica exaustiva em buscadores bibliográficos como Scopus, SciELO, Google Acadêmico e PubMed. A investigação argumentativa e exploratória foi realizada no dia 16 de março de 2023 e dos 30 artigos encontrados que abordavam o problema da imperícia médica, apenas 11 foram escolhidos para o estudo de acordo com os critérios de seleção. **Desenvolvimento:** foram sistematizados os posicionamentos teóricos sobre a judicialização da atividade médica e as causas que a estimulam; Além disso, determina-se a correta interpretação da *lex artis* como mecanismo de heterointegração normativa do dever de cuidado do executor de atos médicos, a fim de evitar excessos na aplicação do direito penal neste campo de atuação profissional. **Considerações finais:** uma maior intervenção do Direito Penal no exercício da Medicina não é o paradigma político criminal mais eficiente a fim de proteger a vida e a integridade do paciente contra atos de imperícia médica.

**Palavras-chave:** imperícia médica; negligência médica; responsabilidade médica; dever de cuidar; responsabilidade criminal

**Cómo citar este artículo:**

Camilo-Momblanc L, Jardines-O’Ryan ME. Infracción del deber de cuidado y responsabilidad penal del profesional de la salud. Rev Inf. 2023; 102:e4234. DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.8105048>



## INTRODUCCIÓN

La ciencia y la técnica dinamizan la vida cotidiana a partir de la introducción de saberes y productos tecnológicos que implican bienestar y, al mismo tiempo, generan riesgos que inciden en el aumento de la sensación social de inseguridad. Parte de los riesgos que nos amenazan en la actualidad provienen de comportamientos que otros conciudadanos adoptan en el manejo de la creciente, indetenible y necesaria tecnociencia en su esfera de actuación profesional.<sup>(1)</sup>

En este escenario se advierte una resistencia psicológica frente a la admisión de la posibilidad de producción de daños por azar y el rechazo a que el resultado lesivo pueda no tener su origen en un comportamiento descuidado de alguien, con la consecuente búsqueda de un culpable.<sup>(1)</sup> Lo preocupante es la opción político-criminal de buscar en el Derecho Penal, mecanismo restrictivo de libertades e instrumento de control social más represivo que tiene el Estado, la solución a la inseguridad que se produce en la sociedad contemporánea, intitulada sociedad de riesgo. Tal proceder, sin la más mínima cautela, siempre supondría una infracción del carácter de *ultima ratio* de esta rama del Derecho, en perjuicio de otras fórmulas que pudieran resultar menos ofensivas para preservar la existencia humana, hacerla grata y pacífica.

Igualmente, inquietante es el hecho de que la actual intolerancia social frente a cualquier daño, propia de la también denominada sociedad “sentimentalizada”, entendida como la sociedad regida por los sentimientos, ya se ha extendido al ámbito médico. En efecto, una idea recurrente en las recientes publicaciones científicas es el nivel alcanzado por los procesos judiciales de responsabilidad iniciados contra los profesionales de la salud al punto de plantearse una crisis de *mala praxis* médica.<sup>(2,3,4)</sup>

Frente a tales manifestaciones, el desafío radica en formular en el orden político-criminal propuestas válidas que permitan garantizar al ciudadano la calidad de la atención médica sin demandar, de los profesionales de la Medicina, conductas gloriosas, mágicas o improbables según la propia ciencia. Del mismo modo, que aseguren que la incertidumbre inherente a la práctica médica no se traduzca en un frecuente cuestionamiento de su pericia.<sup>(5)</sup>

Las reflexiones que siguen se fundamentan en la sistematización de las distintas posiciones que existen en torno a la progresiva judicialización de la actividad médica y las causas que la estimulan. Como objetivo secundario se analiza la correcta interpretación de la *lex artis* como mecanismo de heterointegración normativa del deber de cuidado del sujeto ejecutor de actos médicos, en aras de evitar excesos en la aplicación de la ley penal en este ámbito de actuación profesional.

## MÉTODO

Se llevó a cabo un estudio de carácter documental, mediante una revisión bibliográfica en bases de datos como Scopus, SciELO, Google Académico y PubMed, a partir de las siguientes palabras clave: “*mala praxis* médica”, “imprudencia médica”, “responsabilidad médica”, con el objetivo de sistematizar las diferentes posturas teóricas que en la actualidad se aprecian en torno a la judicialización de la actividad médica y las causas que la estimulan.



Para centrar la búsqueda se utilizaron los operadores booleanos OR o AND y establecieron límites idiomáticos (español, inglés) y temporales: (publicados en los 10 últimos años). Se consideraron artículos originales y revisiones sistemáticas y se excluyeron los que no eran actuales, relevantes, ni trataban adecuadamente el tema objeto de interés. También se realizó la revisión de la temática en textos de la literatura jurídica especializada.

La indagación se realizó el 16 de marzo de 2023 y, de los artículos que abordan la problemática de la judicialización de la praxis médica, solo 11 fueron elegidos para el estudio según los criterios de selección. Se definió un esquema para el razonamiento de la información a partir del análisis de la bibliografía, el instrumento utilizado fue la ficha de contenido; posteriormente se procedió a la redacción del texto científico.

## DESARROLLO

### La responsabilidad penal por imprudencia médica, tendencias y controversias

Según la opinión doctrinal más extendida, es en la esfera de la imprudencia en la que, como regla general, se mueve la responsabilidad penal del profesional de la salud. En este sector profesional la responsabilidad culposa figura como la principal (única) fuente de responsabilidad penal, en tanto la intención de privar de la vida a una persona o lesionarla resulta incongruente con el fin que motiva la prestación de los servicios médicos. Así se colige de la letra del primer artículo de la Ley de la Salud Pública de Cuba, en el que queda establecido que las relaciones sociales en este ámbito se dirigen a "(...) la promoción de salud, la prevención de enfermedades, el restablecimiento de la salud, la rehabilitación social de los pacientes y la asistencia social".<sup>(6)</sup>

Si bien lo anterior no debe tomarse como un dogma inquebrantable, ciertamente explica el porqué de la excepcionalidad de las conductas dolosas en este sector. De hecho, cuando el profesional de la salud lleve sus pasiones humanas al ejercicio de la profesión, o sea, cuando prevaliéndose de su condición ejecute una figura de delito, su responsabilidad penal será la misma que la de cualquier otro ciudadano que delinque. Es más, lo probable es que esta circunstancia sea tenida en cuenta por el juez como elemento de agravación al momento de fijar la medida de la pena.

Por tanto, cualquier aproximación al ámbito de la responsabilidad penal por *mala praxis* médica supone una referencia a la elaboración teórica de la imprudencia como forma de la conducta constitutiva de delito. Así, en términos generales, podemos entender que la responsabilidad penal por imprudencia médica es la obligación que tiene el personal técnico-profesional del sector de la salud con competencia específicamente de diagnóstico y terapéuticas, de sufrir las consecuencias jurídico-penales por la infracción de un deber de cuidado coligado a la ejecución de un acto médico del que resulta una lesión a la vida o la salud del paciente.



Hasta la segunda mitad del siglo XX, la imprudencia como categoría dogmática ocupaba un lugar secundario en el Derecho Penal<sup>(7,8)</sup>, que hasta ese momento se había desarrollado en torno al esquema del delito doloso. Fue con la creciente tecnificación de la sociedad moderna o sociedad de riesgo, y los peligros suscitados por ella para la vida, la salud y los bienes de las personas, que aumentó la importancia práctica del delito culposos.

Frente a los problemas característicos de la modernidad el Derecho Penal debe adaptar sus instrumentos técnicos y en la actualidad se deja ver una configuración de la imprudencia, afianzada en sus rasgos fundamentales.<sup>(7)</sup> Lo anterior con independencia de las discusiones que aun suscita en las que se encuentran entretejidos problemas de la teoría del delito que al trasladarse al ámbito de discusión de la responsabilidad médica adquieren rasgos peculiares.

En pleno contraste de lo que ocurre en otros ámbitos de riesgos, los fines que motivan el ejercicio de la Medicina y los bienes jurídicos que al mismo tiempo pueden resultar lesionados, producto de un obrar sin la debida diligencia profesional, favorece toda una gama de valoraciones al momento de definir la imprudencia médica penalmente relevante. En base a ello, se aprecia una variedad de enfoques normativos y jurisprudenciales en los que las posturas no son pacíficas.

No es difícil comprender esta situación cuando a lo largo de la historia los puntos de encuentros entre el Derecho y la Medicina no han sido del todo pasivos. Ambos saberes se cuestionan mutuamente por la inexistencia de un efectivo análisis a la problemática de la responsabilidad médica, con la pretensión de que cada uno aporte seguridad en relación al tratamiento de situaciones cuyo resultado depende del comportamiento de variables que ostentan un alto grado de incertidumbre. Desde el Derecho se ha reclamado a la Medicina la certeza en el diagnóstico realizado y en la terapéutica empleada, como si estuvieran referidas a un sujeto anodino y único, sin ningún tipo de particularidades que pudieran actuar directamente en los resultados esperados. Por su parte, la Medicina le exige al Derecho una especie de inmunidad en su actuación profesional, bajo el presupuesto de que si lo realizado es aquello que está médicamente indicado y aceptado, requiero me asegures que no seré objeto de reclamo judicial alguno.<sup>(5)</sup>

En claro contraste, la Medicina solo puede asegurar que el proceder médico ejecutado por el profesional de la salud se ajusta a la *lex artis* establecida para casos similares.<sup>(5)</sup> Ello sin obviar que no siempre el cumplimiento del protocolo excluye la imprudencia médica, sobre todo en aquellos casos en que su aplicación automática y acrítica no es pertinente frente al caso clínico concreto que a la vista de un profesional prudente, exige la adopción de un proceder distinto, toda vez que existen enfermos y no enfermedades.<sup>(2,9,10,11)</sup> A su vez, en plena armonía con lo expuesto, el Derecho solo puede asegurar y no con certeza absoluta, que si el profesional cumple las exigencias de la *lex artis* médica, no debe en principio, incurrir en responsabilidad legal alguna dado el caso de verse requerido en un proceso judicial. Sin embargo, ni una ni otra ciencia pueden asegurar el desenlace del proceder médico o del proceso judicial.<sup>(5)</sup>



Lo anterior justifica que evaluar las posturas sociales frente a la exigencia de responsabilidad penal a los profesionales de la salud por resultados infaustos oscile entre los defensores de un trato privilegiado, atenuado, hasta quienes demandan una respuesta rigurosa. Los primeros señalan que el reproche penal se debe limitar a los casos en los que la imprudencia médica califique como grosera o burda. También fundamentan su postura en la necesidad de evitar que el profesional lleve a cabo los procedimientos propios de su actividad presionado por el temor de acabar ante los tribunales, con los riesgos que ello supone frente a la efectiva atención y cuidado del paciente. En cambio, los segundos destacan el singular valor de los bienes jurídicos que pueden resultar lesionados en este ámbito, razón por lo que deben extremarse las medidas de cuidado. Consecuentemente, para los defensores de esta postura, cualquier descuido de la *lex artis* médica podría dar paso a la responsabilidad jurídica.<sup>(2,12)</sup>

Ante este panorama, es comprensible que el mayor grado de exigencia a los profesionales de la salud en la actualidad tenga orígenes diversos, los que Rodríguez Vázquez clasifica en sociales, médicos y normativos.<sup>(3)</sup> En el orden social, se manifiesta un nuevo tipo de paciente más consciente de sus derechos en materia de salud, que a diferencia de otras épocas, es crítico, desconfiado y beligerante; consulta en Internet para ver si lo que le indicaron es correcto y denuncia cuando se siente dañado. También se trata de un paciente que ha encontrado en la red de redes una plataforma ideal para llevar a cabo un proceso de concienciación de sus derechos y un instrumento para denunciar.<sup>(13,14)</sup>

Por otra parte, del médico de cabecera, cuyo criterio, diligencia y competencias nadie osaba cuestionar, se ha pasado al contexto hospitalario en el que generalmente el diagnóstico o el tratamiento es resultado de la participación de una pluralidad de sujetos. En este escenario se produce una cierta despersonalización del acto médico que provoca que la intitulada relación médico-paciente deje de ser el tradicional encuentro entre una confianza y una conciencia, con las alteraciones y riesgos que esta actitud puede generar.

Hoy se reconoce la relación médico-paciente como una auténtica relación jurídica, vista en diferentes países como una relación contractual en cuyo marco surgen para el médico nuevas exigencias, sobre todo en un escenario signado por la transición del paradigma paternalista a un paradigma defensor del principio de autonomía como expresión del derecho a la autodeterminación terapéutica del paciente.<sup>(2,15,16)</sup>

Otro elemento clave es el de la paradoja que producen las publicaciones a través de Internet y algunos medios de comunicación. Por un lado, se suelen divulgar noticias relativas a hechos de *mala praxis* médica, en ocasiones no probados, que dan lugar a una sensación social de inseguridad. Al mismo tiempo, al divulgar los grandes avances de la Medicina como si se tratase de una ciencia exacta e infalible capaz de solucionar los distintos problemas de salud, crean en el imaginario social la idea de que la curación es un derecho.<sup>(2,14,17)</sup> Ello, junto al aumento de la esperanza de vida, crea una mayor expectativa sobre los resultados de la atención médica. Incluso, como refiere Wierzba<sup>(18)</sup>, la fantasía sobre la inmortalidad flota en el imaginario popular, apreciándose la muerte como un fracaso de la medicina y a los médicos como responsables de tal fracaso.



En cuanto a los factores médicos, se encuentra ante un ejercicio de la Medicina tecnificado, capaz de intervenir en ámbitos que estaban totalmente fuera de su alcance. Sin embargo, la capacidad transformadora de las tecnologías que hoy se utiliza en la *praxis* médica ofrece mayores posibilidades de curación, pero a la vez implica riesgos de dimensiones proporcionales. Primero, porque una mayor capacidad asistencial se traduce en el incremento de los procedimientos médicos y, con ello, una mayor probabilidad de que se realicen actos de *mala praxis*. Segundo, porque la tecnificación de la práctica médica implica la especialización de quienes la ejercen y esto puede favorecer problemas en la comunicación, información, coordinación y/o en el tratamiento del paciente por parte de una pluralidad de profesionales de la salud.<sup>(3,13)</sup> En efecto, esta nueva característica de la Medicina ha implicado el progresivo abandono del método clínico, y con ello “(...) la deshumanización de la más humana de las profesiones se extiende peligrosamente por diferentes latitudes e implica el riesgo de que ese fenómeno se generalice”.<sup>(17)</sup>

Los factores normativos, por su parte, son expresión de la búsqueda de solución a las tensiones generadas en la relación médico-paciente. Se diseñan esquemas jurídicos que privilegian los reclamos en sede penal como vía más expedita y valedera para la obtención de indemnizaciones. Así, entre los efectos negativos que produce la percepción de una mayor judicialización de la Medicina y, una vez en estos predios su criminalización, se destaca la medicina defensiva.<sup>(2,13)</sup>

Algunos autores asocian al temor de la responsabilidad profesional la reducción del número de facultativos en aquellas especialidades que enfrentan más procesos legales (Cirugía, Anestesiología, Ginecología).<sup>(3)</sup> Aun cuando no se puede afirmar que la denominada medicina defensiva sea una práctica generalizada, no hay dudas de que es expresión de la actuación de los profesionales de la salud condicionada por el temor al reclamo judicial. Ello implica que el facultativo centre su atención más que en el mejor resultado para el paciente, en cómo actuar para alejar el riesgo de incurrir en cualquier tipo de responsabilidad.

Igualmente condiciona que la institución del consentimiento informado se convierta en una expresión de la medicina defensiva; en efecto, de instrumento asegurador de la autonomía del paciente deviene en instrumento mediante el cual desplazar los riesgos del acto médico y toda la responsabilidad que de él derive en cabeza de aquel. Dicho de otro modo, el consentimiento informado se transforma de mecanismo de tutela de la autonomía del paciente en herramienta de defensa médica frente a reclamos judiciales, en clara contraposición a la máxima de que el consentimiento al acto médico en ningún caso ampara la *mala praxis* médica.<sup>(2,15,19,20,21)</sup>

El temor al reclamo judicial deviene en un parámetro que puede subyugar la actuación médica hasta conducir al profesional a excederse en la asistencia del paciente (como, por ejemplo: la sobreutilización de pruebas diagnósticas y la superposición de terapias), para que no se le pueda imputar ninguna omisión (medicina defensiva positiva). Sin embargo, estas conductas pueden generar riesgos de sufrir lesiones, en algunos casos graves e irreversibles, además de una deficiente gestión económica de los recursos humanos y materiales. También puede conducir al rechazo de los casos más complejos o con menores probabilidades de éxito (medicina defensiva negativa).<sup>(9,13)</sup>



Finalmente, debemos destacar que en lo que respecta a la imprudencia en sede penal, entendida como forma de la conducta y criterio de imputación, resulta necesario la revisión del contenido de sus presupuestos, lo cual ha sido entendido como un desafío conceptual y práctico.<sup>(22,23)</sup> Las divergencias fundamentales se advierten sobre la definición de las fuentes del deber de cuidado, de cuya determinación deriva la concreción de los parámetros válidos para medir la acción realizada por el profesional de la salud.

### **El deber objetivo de cuidado o prudencia. Observaciones sobre la *lex artis***

El deber de cuidado, entendido como elemento nuclear del delito imprudente, constituye una especie de baremo con el cual comparar la acción de un sujeto en función de definir su relevancia penal según su carácter de conducta típica o atípica, esto es: subsumible o no en una figura de delito. En el proceso de su concreción, es necesario acudir al sector de actividad en el que se realiza la acción que se sospecha imprudente. Una vez identificado el contexto (tiempo/lugar) se ha de precisar lo que en él conforman las denominadas reglas de cuidado, a las que Roxin se refiere como normas jurídicas y normas de tráfico.<sup>(7)</sup>

Existen sectores de actividad que adolecen parcial o totalmente de reglas de cuidado propiamente jurídicas, pero se ordenan con el fin de evitar perjuicios a los bienes jurídicos, por normas más o menos formalizadas escritas o no. Ejemplo de estas lo son por excelencia las normas técnicas del ámbito médico que los autores tienden a designar bajo la expresión *lex artis*.<sup>(3,14,24,25)</sup> Esta situación obedece, en lo esencial, al progresivo desarrollo que se produce en estos ámbitos, que convertiría en inútil cualquier intento de establecer en normas jurídicas ese estándar mínimo de comportamiento para controlar los peligros que le son inherentes. Una norma que contuviera tales reglas de cuidado adolecería con rapidez de los perfiles de actualidad, permanencia y estabilidad que la deben caracterizar. El lograrlo exigiría un prolífico proceso legislativo que no puede sino traducirse en términos de inseguridad.

¿Qué incidencia tiene en la determinación de la conducta imprudente la infracción de las reglas de cuidado? Las respuestas a esta interrogante no son pacíficas. La doctrina dominante es aquella que le otorga un valor relativo o limitado, es decir, indiciario<sup>(7,24)</sup>; en cambio, la minoría de los autores consultados atribuye un valor absoluto a las reglas de cuidado.<sup>(3)</sup>

Las razones que se argumentan para afirmar el valor relativo o indiciario de estas reglas en la determinación del deber de cuidado penalmente relevante son clasificadas por Rodríguez Vázquez en materiales y formales.<sup>(3)</sup> Las primeras tienen que ver con la generalidad y abstracción que las caracterizan frente a los peligros típicos y habituales que se generan en el ejercicio de las actividades que ordenan. Esto implica que puedan darse situaciones que no contemplen, e incluso ciertos supuestos en los que su cumplimiento sea perjudicial para los bienes que las mismas tratan de proteger. Es por ello que la autonomía decisional del profesional de la salud frente a cada caso médico no puede verse supeditada de forma absoluta e irracional al interés de control inherente a todo intento de estandarización y normalización.<sup>(9,10)</sup>





Más álgido es el debate que se suscita en cuanto a la definición de los márgenes de la *lex artis* en la actividad médica. En este sentido, las posturas se mueven entre los que le atribuyen un alcance extraordinariamente amplio, con el planteamiento de que en este concepto se pueda llegar a incluir métodos poco o nada experimentados, hasta aquellos que sostienen una idea restringida para quienes integra solo aquellas reglas de cuidado que son aceptadas por la mayoría del cuerpo médico. Sin embargo, ambos extremos son criticables.

El punto de vista probablemente mayoritario estima que no se puede identificar la *lex artis* con los métodos y reglas técnicas de actuación que cuentan con más adeptos.<sup>(3)</sup> No puede olvidarse que un rasgo inherente a la ciencia médica es su constante evolución. Lo que teóricamente goza de la aceptación mayoritaria puede quedar obsoleto con la misma relativa velocidad con la que evoluciona esta ciencia. Por otra parte, tal forma de pensar anularía el principio de libertad de método generalmente defendido en estos predios. Un método minoritario pero reconocido como válido por la comunidad científica o al menos no rechazado por esta, debe considerarse en los márgenes del cumplimiento de las reglas de cuidado que establece la *lex artis* médica.<sup>(3,9)</sup>

Lo anterior no significa que deban incluirse en la *lex artis* los métodos de eficacia no comprobada. Aquellos procedimientos médicos que no han sido suficientemente experimentados y no cuentan con el respaldo de la comunidad científica no deben formar parte de esta bajo el argumento de la libertad de método. El profesional de la salud es libre de elegir el método que estime beneficioso al caso concreto, siempre que tal elección no supere el riesgo permitido, es decir, el deber de cuidado que está obligado a observar. El margen de la libertad de método viene determinado por el deber de cuidado más que por la *lex artis*.<sup>(2,3)</sup>

A efectos penales, la *lex artis* como toda regla de cuidado, solo posee un valor indiciario y permite identificar el fallo técnico desde un punto de vista estrictamente médico, por lo que la definición de su incumplimiento corresponde a profesionales de la salud (médico forense o peritos médicos). No obstante, la verificación de su inobservancia no equivale a una valoración jurídico-penal del acto médico. La relevancia delictiva de la infracción del deber de cuidado concierne única y exclusivamente al juez. Corresponde al tribunal valorar, además de la *lex artis*, otros aspectos y circunstancias que en su conjunto configuran los parámetros jurídicos con los que comparar la conducta médica y concluir si ha existido o no imprudencia penalmente relevante. En definitiva, la *lex artis*, regla pensada en abstracto, tropieza con las circunstancias de cada caso como obstáculo que frena su identificación automática con el deber de cuidado penalmente relevante.<sup>(3,21,24,26)</sup>

De acuerdo con Rodríguez Vázquez, en sede penal, la *lex artis* deviene en reglas de cuidado con vocación de generalidad, en tanto la determinación del deber de cuidado es el resultado de su propia integración junto con otros elementos contextuales y personales del paciente y el profesional actuante. Mientras que el deber de cuidado es un concepto valorativo cuya determinación corresponde al jurista, aquella es una regla indicativa de lo que la comunidad médica considera correcto realizar con carácter general a la hora, por ejemplo, de tratar una determinada enfermedad.<sup>(3)</sup>



*Lex artis* y deber de cuidado son conceptos autónomos que no deben confundirse en ningún caso. Es necesario preservar esta diferenciación y delimitar los ámbitos de actuación del médico y del jurista (del perito y del juez) en relación con la definición de los criterios que permitan decidir cuando la conducta de un profesional de la salud es o no imprudente. Si bien el contenido de la *lex artis* resulta resorte exclusivo de la Medicina conforme a los principios técnicos y epistemológicos que la rigen, la norma de cuidado es competencia del juez.<sup>(3)</sup>

## CONSIDERACIONES FINALES

En la sociedad contemporánea, parece claro que a pesar de su antigüedad la cuestión de la responsabilidad penal del profesional de la salud adquiere mayor importancia, tanto en la práctica como en la discusión teórica. Sin embargo, todo parece indicar que la progresiva intervención del Derecho Penal en el ámbito médico no es el paradigma político-criminal más eficiente. Muestra de ello son las preocupaciones que genera el recurrente problema de la llamada medicina defensiva ante el temor de los galenos de acabar en los tribunales tras la ejecución de un acto médico.

Ante esta situación, la necesidad de proyectar con carácter proactivo un modelo que posibilite una mejor conjugación del principio de responsabilidad, la instrumentación de mejores condiciones para el ejercicio de la Medicina y la tutela de los bienes jurídicos involucrados resulta pertinente. En fin, un modelo favorecedor del equilibrio, confianza y respeto entre ambos extremos de la relación médico-paciente.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Silva Sánchez J-M. La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas; 2001.
2. Perin A. El fenómeno de la medicina defensiva como cuestión político-criminal. ¿Cómo conjugar autonomía y responsabilidad? En: Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal. Bilbao-Granada: Editorial Comares; 2020. p. 1-23.
3. Rodríguez Vázquez V. 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; 2012.
4. Domecq Gómez Y, Freire Soler J, Querts Mendez O, Columbié Reyes JL. Consideraciones actuales sobre la iatrogenia. MEDISAN [Internet]. 2020 [citado 16 Mar 2023]; 24(5):906-24. Disponible en: <http://scielo.sld.cu/pdf/san/v24n5/1029-3019-san-24-05-906.pdf>
5. Ciruzzi MS. Mediación penal en la mala praxis médica. Buenos Aires: Cathedra Jurídica; 2010.
6. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley No. 41 «Ley de la Salud Pública» [Internet]. 1983 [citado 20 Nov 2019]. Disponible en: <http://www.parlamentocubano.gob.cu/index.php/documento/ley-de-la-salud-publica/>



7. Roxin C. Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2ed. v.l. España: Civitas, S. A.; 1997.
8. Alarcón Borges RY, San Pedro Estrada YV, Martínez Carballosa E. La responsabilidad penal médica en Cuba transitando por los senderos de un Derecho Penal garantista. Derecho Salud. 2019 Jun [citado 16 Mar 2023]; 29(1):82-112. Disponible en: [https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/vol29n1\\_02\\_02\\_Estudio.pdf](https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/vol29n1_02_02_Estudio.pdf)
9. Perin A. Imprudencia penal médica. Definición criteriológica de un modelo de imputación deóntico y liberal. En: Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal. Bilbao-Granada: Editorial Comares; 2020. p. 117-47.
10. Perin A. Estandarización y automatización en medicina: El deber de cuidado del profesional entre la legítima confianza y la debida prudencia. Rev Chil Derecho Tecnol [Internet]. 2019 [citado 16 Mar 2023]; 8(1):3-28. DOI: <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2019.52560>
11. Miguel Beriain I de. Los delitos relacionados con las omisiones del personal sanitario a partir de su regulación en el Código Penal español y la reciente jurisprudencia. En: Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal. Bilbao-Granada: Editorial Comares; 2020. p. 75-92.
12. Urruela Mora A, Libano Beristain A. 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: Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal. Bilbao-Granada: Editorial Comares; 2020. p. 93-115.
13. Perin A. La redefinición de la culpa (imprudencia) penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva. Bases desde una perspectiva comparada. Polít Crim [Internet]. 2018 Dic [citado 16 Mar 2023]; 13(26):858-903. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v13n26/0718-3399-politcrim-13-26-00858.pdf>
14. Varela Mejía HF, Sotelo Monroy GE. El deber de cuidado del médico en México. Rev Fac Med UNAM. 2019 Jun [citado 16 Mar 2023]; 62(3):40-9. Disponible en: [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0026-17422019000300040](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0026-17422019000300040)
15. Jericó Ojer L. Tratamiento médico, consentimiento y Derecho penal. En: Libro Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lince: Universidad Inca Garcilaso de la Vega; 2018. p. 293-315.
16. Camilo Momblanc L, Mendoza Pérez JC. El consentimiento informado y la autonomía del paciente en Cuba. Un binomio indispensable. Opinión Juríd [Internet]. 2021 [citado 16 Mar 2023]; 20(42):321-47. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v20n42/1692-2530-ojum-20-42-321.pdf>
17. González Menéndez RÁ. Ética para proveedores y usuarios de salud. La Habana: Editorial Científico-Técnica; 2018.
18. Wierzba SM. La Responsabilidad Médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Rev Responsab Civ Seguros-Ley. 2015 sep.; XVII(9):5-25. [citado 16 Mar 2023] Disponible en: <https://www.fmed.uba.ar/sites/default/files/2018-02/cod2.pdf>
19. Romeo Casabona CM. ¿Es oportuna la incorporación al Código Penal del llamado delito de tratamiento médico arbitrario? En: Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal. Bilbao-Granada: Editorial Comares; 2020. p. 25-58.



20. Nicolás Jiménez P. Trascendencia penal del deber de secreto médico. Especial consideración a la protección de la intimidad genética. En: Derecho y medicina defensiva: legitimidad y límites de la intervención penal. Bilbao-Granada: Editorial Comares; 2020. p. 59-74.
21. Graziano R. Colpa professionale, p.m., indagini preliminari e dibattito. En: Diritto et Medicina: due scienze convergenti? [Internet]. Taranto: Edizionidjsge; 2019 [citado 21 Jul 2020]. p. 55-61. Disponible en: <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Diritto-e-medicina.-4-5-maggio-2018-a-cura-di-Giuseppe-Losappio.pdf>
22. Daunis Rodríguez A. La graduación de la imprudencia punible. España: Aranzadi; 2020.
23. Vargas Pinto T. Responsabilidad penal por imprudencia médica. Un examen práctico de los principales problemas para la determinación del cuidado debido. Chile: DER Ediciones; 2018.
24. Fernández Romo R, Goite Pierre M, Obando Freire FM, Obando Ochoa A, Velázquez Velázquez S. Una reflexión a priori sobre la responsabilidad médica en el Ecuador. En: El Derecho Penal y la Criminología Su práctica en Angola, Cuba y Ecuador en el siglo XXI. La Habana: Editorial UNIJURIS; 2019. p. 93-110.
25. Camilo Momblanc L. La responsabilidad jurídica del médico, conceptos que se debaten entre dos ciencias. Rev Cubana Med Gen Int [internet]. 2021 [citado 16 Mar 2023]; 37(3):1-8. Disponible en: <https://revmgi.sld.cu/index.php/mgi/article/download/1574/477>
26. Ruberto B. Profili penalistici della colpa professionale del medico. En: Diritto et Medicina: due scienze convergenti? [Internet]. Taranto: Edizionidjsge; 2019 [citado 21 Jul 2020]. p. 49-51. Disponible en: <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Diritto-e-medicina.-4-5-maggio-2018-a-cura-di-Giuseppe-Losappio.pdf>

**Declaración de conflicto de intereses:**

Los autores declaran que no existen conflictos de intereses.

**Contribución de los autores:**

*Conceptualización:* Liuver Camilo-Momblanc.

*Curación de datos:* Liuver Camilo-Momblanc, María Elena Jardines-O´Ryan.

*Análisis formal:* Liuver Camilo-Momblanc, María Elena Jardines-O´Ryan.

*Investigación:* Liuver Camilo-Momblanc, María Elena Jardines-O´Ryan.

*Metodología:* Liuver Camilo-Momblanc.

*Administración del proyecto:* Liuver Camilo-Momblanc.

*Recursos:* Liuver Camilo-Momblanc, María Elena Jardines-O´Ryan.

*Supervisión:* Liuver Camilo-Momblanc.

*Validación:* Liuver Camilo-Momblanc, María Elena Jardines-O´Ryan.

*Visualización:* Liuver Camilo-Momblanc, María Elena Jardines-O´Ryan.

*Redacción-borrador original:* Liuver Camilo-Momblanc.

*Redacción-revisión y edición:* Liuver Camilo-Momblanc, María Elena Jardines-O´Ryan.

**Financiación:**

Los autores no recibieron financiación para el desarrollo de la presente investigación.

