



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

“Análisis jurídico del caso de juzgamiento a Jenny Rosario Peñaloza Carrillo por el delito de lesiones por mala práctica a una menor, en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, año 2019”

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales.

Autor:

Narcisa Elizabeth

Galarza Eras

CI: 010539018-1

Correo: narcisagalarzaeras@gmail.com

Director:

Abg. Diego Xavier

Martínez Izquierdo.

CI:030156337-5

Cuenca – Ecuador

21 de septiembre del 2021



RESUMEN

El presente trabajo de titulación tiene como objetivo general analizar el caso Nro.17294-2017-01300 del juzgamiento Jenny Rosario Peñaloza Quito por el delito de Lesiones por mala práctica médica y así comprender en qué momento un médico violenta el deber objetivo de cuidado y es responsable de los resultados dañosos que se genere en el paciente; análisis que se lo realiza a través del método analítico pues se empieza por un recuento de carácter doctrinario para comprender los diversos conceptos que engloban al delito culposo y sus instituciones conexas así también, la evolución del derecho penal instaurado en el COIP para luego; adentrarse en un análisis de carácter exegético pues comparamos la norma jurídica positiva penal con el caso objeto de estudio con sus particularidades propias tales como: testimonios, documentos, pericias, etc... con el objeto de entender las posiciones o teoría del caso que manejaron las partes procesales y que al final el tribunal emite la sentencia con respecto de una valoración normativamente mas no dogmática sobre la violación del deber de cuidado. Para finalizar, el actuar del sujeto pasivo como es el abandono del paciente dentro de un quirófano constituye el elemento central para que se configure tal infracción por lo que la reparación integral a la víctima se configura como un elemento importante de la sentencia impuesta por el juzgador para así proteger los derechos de la víctima que promueve nuestra constitución.

Palabras clave: Deber de cuidado. Culpa. Imputación objetiva. Riesgo desaprobado. Rol. Principio de confianza. Abandono del paciente.



ABSTRACT

The general objective of this degree work is to analyze case No. 17294-2017-01300 of the Jenny Rosario Peñaloza Quito trial for the crime of Injuries due to medical malpractice and thus understand when a doctor violates the objective duty of care and is responsible for the harmful results that is generated in the patient; analysis that is carried out through the analytical method, since it begins with a recount of a doctrinal nature to understand the various concepts that encompass culpable crime and its related institutions, as well as the evolution of criminal law established in the COIP for later; delve into an exegetical analysis as we compare the positive criminal legal norm with the case under study with its own particularities such as: testimonies, documents, expertise, etc ... in order to understand the positions or theory of the case that the parties handled procedural and that in the end the court issues the sentence with respect to a normatively but not dogmatic assessment on the violation of the duty of care. Finally, the act of the taxpayer, such as the abandonment of the patient within an operating room, constitutes the central element for such an offense to be configured, so comprehensive reparation to the victim is configured as an important element of the sentence imposed by the judge. in order to protect the rights of the victim that our constitution promotes.

Keywords: Duty of care. Guilt. Objective imputation. Disapproved risk. Role. Trust principle. Patient abandonment.



ÍNDICE DEL TRABAJO

INTRODUCCIÓN	09
CAPÍTULO I: LA CULPA	11
1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	12
1.2 LA CULPA: DEFINICIONES Y ANÁLISIS	16
1.2.1 DEFECTO O VICIO INTELECTUAL.....	17
1.2.2 DEFECTO DE LA VOLUNTAD.....	17
1.2.3 DOCTRINA DE VONZ LISZT	17
1.3 CLASES DE CULPA	18
1.4 DIFERENCIAS ENTRE EL DOLO EVENTUAL Y LA CULPA CON REPRESENTACIÓN	19
1.5 FUNDAMENTACIÓN DE LA CULPA: OBJETIVA, SUBJETIVA, NORMATIVA Y JURÍDICA.....	20
1.5.1 ASPECTO OBJETIVO.....	21
1.5.2 ASPECTO SUBJETIVO.....	21
1.5.3 ASPECTO NORMATIVO	21
1.5.4 ASPECTO JURÍDICO	22
1.6 ELEMENTOS QUE SE ENCUENTRAN EN LA CULPA.....	23
1.7 MODALIDADES DE CULPA	24
1.7.1 NEGLIGENCIA	24
1.7.2 IMPRUDENCIA	24
1.7.3 IMPERICIA EN SU ARTE O PROFESIÓN	24
1.7.4 INOBSERVANCIA DE REGLAMENTOS, ORDENANZAS O DEBERES A CARGO	25
1.8 RELACIÓN CAUSAL EN LA CULPA.....	26
1.9 ESTRUCTURA DEL TIPO CULPOSO	26
CAPÍTULO II: DEBER OBJETIVO DE CUIDADO	
2.1 INTRODUCCIÓN.....	29



2.2 DEFINICIONES DEL DEBER DE CUIDADO: CRITERIOS PARA SU CONCEPTUALIZACIÓN	30
2.2.1 TEORÍA OBJETIVA.....	30
2.2.2 TEORÍA SUBJETIVA.....	32
2.3 CONCEPTO DEL CUIDADO OBJETIVO	34
2.4 LA EXIGENCIA DE CUIDADO	36
2.4.1 LA EXIGENCIA DE CUIDADO COMO UN ESTÁNDAR OBJETIVO	36
2.4.2 LA IRRENUNCIABLE NOCIÓN DE CUIDADO	37
2.4.3 NOCIÓN DE LA VIOLACIÓN DE CUIDADO	38
2.4.4 CRITERIOS DETERMINANTES PARA LA VIOLACIÓN DE CUIDADO	39
2.5 CREACIÓN DE UN RIESGO.....	43
2.6 EL DELITO IMPRUDENTE EN LA PRÁCTICA PROFESIONAL.....	44
2.6.1 IMPRUDENCIA MÉDICA.....	45
2.6.2 LA REGULACIÓN DE CONDUCTAS.....	48
2.6.3 LOS DELITOS COMO CONDUCTAS VALORADOS QUE VIOLENTAN BIENES JURÍDICOS.....	48
2.6.4 LEX ARTIS.....	49
2.6.5 MODIFICACIONES DOGMÁTICAS EN EL DELITO IMPRUDENTE	52
2.6.6 NUEVA ESTRUCTURA DEL DELITO IMPRUDENTE	54
2.7 IMPUTACIÓN OBJETIVA.....	56
2.7.1 PRESUPUESTOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	57
2.7.2 ELEMENTOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	
2.7.2.1 POSICIÓN DE GARANTE	59



2.7.2.2 CREACIÓN DE UN RIESGO JURÍDICAMENTE DESAPROBADO.....	62
2.7.2.3 RELACIÓN DE RIESGO	63
CAPÍTULO III : ANÁLISIS DEL CASO 17294-2017-01300.....	65
3.1 TEORÍA DEL CASO Y PRETENSIONES DE LAS PARTES	
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO	
3.1.1 TEORÍA DEL CASO.....	66
3.1.2 PRETENSIÓN.....	66
ACUSACIÓN PARTICULAR: HENRY GEOVANNY MUÑOZ	
3.1.3 TEORÍA DEL CASO.....	67
3.1.4 PRETENSIÓN.....	67
DEFENSA TÉCNICA DE LA PROCESADA	
3.1.5 TEORÍA DEL CASO.....	67
3.1.6 PRETENSIÓN.....	67
3.2 ANÁLISIS DOGMATICO EN RELACIÓN DE LA SENTENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA.....	68
3.3 REPARACIÓN INTEGRAL DE LA VICTIMA CON RESPECTO A LA SENTENCIA	79
3.4 CONCLUSIONES	81
BILIOGRAFÍA	83
NORMATIVA.....	85

Cláusula de Propiedad Intelectual

Narcisa Elizabeth Galarza Eras, autora del trabajo de titulación “**Análisis jurídico del caso de juzgamiento a Jenny Rosario Peñaloza Carrillo por el delito de lesiones por mala práctica profesional a una menor, en la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, año 2019**”, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, 21 de septiembre del 2021

Narcisa Elizabeth Galarza Eras

C.I: 0105390181

Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

Narcisa Elizabeth Galarza Eras en calidad de autor/a y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación “Análisis jurídico del caso de juzgamiento a Jenny Rosario Peñaloza Carrillo por el delito de lesiones por mala práctica profesional a una menor, en la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, año 2019”, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio Institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 21 de septiembre del 2021



Narcisa Elizabeth Galarza Eras

C.I: 0105390181



DEDICATORIA

Este trabajo de titulación dedico a mi padre, por enseñarme que los sueños acompañados con disciplina pueden cumplirse; a mi mamá por cubrirme de besos yoraciones cuando más lo he necesitado; a mi hermana Jessica, por ser mi compañera de vida, fiel confidente y por secar mis lágrimas; a toda mi familia por ser mi motivación.



AGRADECIMIENTO

Principalmente a mis padres, por su infinito amor y apoyo incondicional.

A mis hermanos, por las innumerables anécdotas y horas de risa compartidas.

A mi tutor, Dr. Diego Martínez Izquierdo, quien desde el inicio de este trabajo me apoyó incansablemente hasta la consecución del mismo.

Agradezco a mi alma máter, Universidad de Cuenca por ser mi hogar, fuente de aprendizaje y el lugar donde conocí a grandes amigos.



Introducción

A lo largo de los años y gracias al avance de la sociedad, las actividades dinámicas de los seres humanos y el desarrollo de la ciencia, se ha reconocido que existe actividades de carácter especial, las cuales conllevan un riesgo que se entiende aceptado por todo el conglomerado social, incluso, por el ordenamiento jurídico. El problema deviene cuando dichas actividades especiales sobrepasan ese riesgo.

Las actividades especiales, aunque son comunes en el diario vivir, como lo son las actividades tránsito o médicas y que, producto de la violación al deber objetivo de cuidado causan la lesión de un bien jurídico tutelado, son de trato especial puesto que, el agente que lo causa no tiene la intención de aquello, siendo delitos de tipo culposo; Por lo que la norma a través del COIP intenta cubrir los escenarios que pueden presentarse.

Las actividades médicas si bien están compuestas por una serie de pasos o pautas que son complejas, se tiene de manera determinada en función de los roles, las responsabilidades que deben ser asumidas por los profesionales dependiendo su especialización o cargo, ya que, si se llega a causar un resultado dañoso al paciente, el galeno deberá asumir las consecuencias.

El anestesiólogo como todos los demás profesionales de la salud, tienen bajo su responsabilidad la vida, salud e integridad del paciente que tienen bajo su cuidado y su función debe ser cuidar, monitorear y velar al paciente desde que entra a quirófano hasta que éste despierta del anestésico. Por lo que el problema surge cuando nos preguntamos ¿En qué momento el anestesiólogo viola el deber objetivo de cuidado?, por lo que es necesario realizar un análisis dogmático de la teoría del delito que engloba el deber objetivo de cuidado y la llamada teoría de la imputación objetiva.

Puesto que, el anestesiólogo al momento de aceptar el cargo se convierte de manera instantáneamente en garante del bien jurídico tutelado del paciente, por lo que indiscutiblemente su actuar debe estar encaminado con previsibilidad y cuidado ya que, la actividad quirúrgica es una actividad que conlleva un riesgo.



En virtud de lo antes manifestado, este trabajo de titulación es de gran relevancia ya que, ayudará a dilucidar las interrogantes que surgen en torno a las actividades de un médico anestesiólogo, los cuidados que requiere el paciente en una intervención quirúrgica y lo que implica el abandono del mismo, ya que, dicha actividad dentro del juicio No.17294-2017-01300 es ideal para un análisis de carácter dogmático que enriquecerá a futuras investigaciones con respecto a los delitos culposos por mala práctica profesional.

El análisis del juicio No.17294-2017-01300 contribuye a la ciencia jurídica, ya que, por un lado, expone la posición de una institución pública de salud que no respondió oportunamente a la violación de un derecho constitucional como lo es la integridad física de un paciente, la minimización de el actuar del médico anestesióloga puesto que, dejar segundos o minutos el quirófano no tendría por qué tener mayor transcendencia y toda la complejidad que envuelve estos temas.

Para concluir, este trabajo de investigación tiene como objetivos el establecer criterios que permita a la sociedad conocer e identificar cuando se encuentren frente a un caso similar, la naturaleza del delito culposo, su connotación y aplicabilidad dentro del Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano.



CAPÍTULO I

CULPA



1.1 Antecedentes históricos

En lo que a derecho penal atañe, el delito culposo tiene su connotación histórica separándolo del hecho voluntario, esta connotación es variada puesto que difiere según el país, región o teoría que lo haya analizado.

Zaffaroni (Zaffaroni, 2014) en su obra tratado de derecho penal realiza una investigación acerca de la evolución histórica del derecho penal, en países, regiones etc. De los cuales los puntos más relevantes que nutren a este análisis son:

- Israel reconoció al homicidio culposo, y amparaba a los autores designándoles una ciudad de asilo para que permanezcan ahí hasta que falleciera el pontífice que reinaba al momento que ocurrió el hecho. En India con el código de Manu, quienes manejaban sus castigos con base a la moralidad, pues imponían una pena purificadora a quienes cometían delitos, también daba importancia a la distinción, aunque precaria entre dolo, culpa y el caso fortuito.
- Babilonia, imperio que se manejaba bajo el código de Hammurabi ya distinguía en las acciones con intención y las culposas, tanto es así que entre las fatales sanciones que existían para el causante de alguna lesión culposa, era el cubrir los gastos de la curación, en cuanto a la rama de la medicina según el código, el médico que causare la muerte de uno de sus pacientes como castigo, deba ser amputada su mano.
- El derecho romano también incluyó en esta distinción ya que a través de la lex Aquilia distinguió en entre la culpa lata, leve y levísima, distinción luego acuñada en nuestro código civil.
- El derecho penal árabe que se regía por el antiguo Korán que reconoció el homicidio culposo, donde se decía que, en el caso de que ocurra una muerte sin voluntad por quien lo cause, el agente estaba en la obligación de redimir un esclavo y debía cancelar el precio de la sangre a sus deudos.
- La escuela prácticos y glosadores quienes era positivistas, aportaron con una clara distinción entre la culpa y dolo, así también desarrollando el principio de



culpabilidad, plantearon problemas de causalidad como el homicidio con riña, muerte del herido por impericia del médico.

- También la legislación penal española en sus inicios, con el texto más importante de su época, el libro de los jueces o como popularmente se lo conocía FUERO JUZGO en el que se penaba la tentativa de homicidio, así también reconoció el homicidio como delito autónomo, pero también realizó la distinción entre homicidio doloso y culposo con gran claridad.
- Tiempo después en 1793 en Alemania, una época de movimiento reformador para el derecho penal, pues se instaura el “Código Penal de Crímenes y Contravenciones de la policía” donde lo más sobresaliente de sus normas fue que se establecía a los crímenes y delitos de los policías como una clase de crímenes culposos; Otro país europeo que desarrolló la culpa fue Portugal con su “PROYECTO DE CODIGO CRIMINAL” donde se hacía alusión a los casos en que puede considerarse a los homicidios como homicidios culposos.

El desarrollo del derecho penal europeo inspiró a los países de Latinoamericanos como Brasil, México, Argentina, Ecuador, etc. a instaurar un código penal que pueda reprimir y castigar a quienes violenten en contra de sus semejantes.

Hoy en día el ser humano es responsable de su conducta ya sea acción u omisión que les sea atribuibles y la ley penal castiga aquellas conductas que van en contra de la vida, salud, integridad física, integridad sexual, integridad psicológica, etc. Muchas de las acciones que violentan estos bienes jurídicos si bien son realizados sin la intención de causar daño por parte del agente, son por causa de la negligencia, impericia, imprudencia o inobservancia de la norma, por lo que el ordenamiento jurídico está compuesto de normas que establece como debe ser el actuar de un ciudadano en su vida diaria y también como debe actuar un ciudadano cuando se encuentra realizando una actividad propia de su profesión, tales como las actividades de un bombero o de un médico, Esa diligencia y prudencia son exigidos por el derecho para evitar un resultado dañoso.



En nuestra legislación, la culpa se encuentra tipificada en nuestro Código Orgánico integral penal

Art 145. Homicidio culposo. - La persona que, por culpa mate a otra, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Con la misma pena será sancionado el funcionario público que, inobservando el deber objetivo de cuidado, haya otorgado permisos, licencias o autorizaciones para la construcción de obras civiles que hubieren perecido, y que como consecuencia de ello se haya ocasionado la muerte de una o más personas. (Nacional A. , Código Orgánico Integral Penal , 2014)

El código también prevé el homicidio culposo por mala práctica profesional, es decir cuando el médico o algún profesional de la salud, ya sea por negligencia, impericia o inobservancia causa la muerte del paciente que está bajo su responsabilidad

Art 146 Homicidio culposo por mala práctica profesional. - La persona que, al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley. Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.



4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho. (Nacional A. , Código Orgánico Integral Penal , 2014)

Así mismo el Art 152 aunque tipifica el delito de lesiones, en uno de sus numerales, quinto en específico hace referencia a las lesiones causadas por la infracción al deber objetivo de cuidado, es decir lesiones causadas por actividades de naturaleza culposa.

Art. 152.- Lesiones. - La persona que lesioné a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas:

5. Si produce a la víctima enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano o alguna grave enfermedad transmisible e incurable, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si la lesión se produce durante concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública, será sancionada con el máximo de la pena privativa de libertad prevista para cada caso, aumentada en un tercio.

La lesión causada por infringir un deber objetivo de cuidado, en cualquiera de los casos anteriores, será sancionada con pena privativa de libertad de un cuarto de la pena mínima prevista en cada caso. (Nacional A. , Código Orgánico Integral Penal , 2014)

Como se puede apreciar en los tres artículos antes mencionados, los delitos tienen la misma naturaleza jurídica que es la negligencia, impericia o inobservancia de leyes y reglamentos que el ordenamiento jurídico establece a la sociedad y que los ciudadanos debemos cumplir.

La naturaleza de la culpa o su esencia misma, es la falta de voluntad del agente de causar un daño a la víctima; pero así mismo, es también su predisposición de no acatar las reglas o normas impuestas por el ordenamiento jurídico a la sociedad, donde, al no acatarlas causa daño a la víctima, lo que desencadena en una infracción culposa, por lo que, necesariamente debe existir y estar normado los escenarios en que podría



suscitarse. El juez al momento de valorar el actuar del agente, deberá considerar si su actuar se adecua o no, dentro de las infracciones culposas.

1.2 La Culpa: definiciones y análisis.

La culpa como punto de estudio, ha sido objeto de varias concepciones que han ido adaptándose a los distintos criterios por parte de quien lo emite

El Doctor Francesco Carrara define a la culpa como

“La omisión voluntaria de diligencia, por el autor de un hecho, en el cálculo de sus consecuencias posibles y que él podía prever” (Carrara, 2000).

Von Liszt concibe a la culpa como “La no previsión del resultado previsible en el momento en el que tuvo lugar la manifestación de voluntad” (Balestra, 1998).

El Doctor Fontan Balestra establece a la culpa tradicional como “la falta de previsión de un resultado típicamente antijurídico, que pudo y debió haberse previsto al obrar” (Balestra, 1998).

El jurista Luis Jiménez de Asúa argumenta que

Existe culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo. (Asúa, 1958)

Nuestro Ordenamiento jurídico ecuatoriano también define a la culpa, El Código Orgánico Integral Penal en su artículo 27 la define así “Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código” (Nacional A. , Código Orgánico Integral Penal , 2014).



La norma es estática, pero, el derecho es dinámico y a medida que pasa el tiempo avanza y se busca encontrar más información que pueda ayudar a resolver las problemáticas que van presentándose; cuando nos referimos a la culpa podemos coincidir que el factor esencial es la previsibilidad, y que el agente omitió voluntariamente la diligencia debida para prever lo previsible.

En los últimos años han surgido diversas teorías sobre la verdadera naturaleza jurídica de la culpa dentro del delito imprudente que, a su vez se sub dividen en:

1.2.1 Defecto o vicio intelectual

Ludwig Harscher von Almendingen sostiene que “el sentido de la palabra imputar supone la declaración de que alguien ha sido autor de una mutación en el mundo exterior, con voluntad y conciencia” (Balestra, 1998). Considerando que el individuo carece de reflexión ya que, la culpa constituye un defecto o vicio de la inteligencia. El objetivo que persigue la norma penal en los delitos culposos, es evitar el cometimiento repetitivo de dichos actos y que el autor comprenda lo perjudicial de su comportamiento.

1.2.2 Defecto de la voluntad

Llamada doctrina clásica. Sostiene que la culpa es un vicio o defecto de la voluntad donde no se previó algo que era previsible y la consecuencia de este vicio, cae en una omisión de diligencia de carácter voluntaria por no suponer las posibles y previsibles consecuencias del propio hecho.

“La doctrina de la voluntad no resulta útil para comprender la culpa con representación” (Balestra, 1998).

1.2.3 Doctrina de Vonz Liszt

La culpa según Liszt es la no previsión de un resultado que pudo ser previsible en el momento que tuvo lugar la manifestación de voluntad por parte del agente. Así mismo sostiene que el concepto de culpa requiere de tres requisitos:

- Falta de precaución en la manifestación de la voluntad
- Falta de previsión



- Falta de reconocimiento por el autor, siendo posible hacerlo, sobre el significado antisocial de su acto.

1.3 CLASES DE CULPA

Culpa según conciencia respecto del hecho: Culpa consciente e inconsciente

Culpa consciente explica Jiménez de Asúa (Asúa, 1958) es aquella en la que se tiene dudas sobre las circunstancias del hecho y se añade la no probabilidad de la producción de un resultado. En esta clase de culpa el autor expresa que el resultado que espera no llegue a producirse, a esto se le agrega la conciencia de la antijuricidad del hecho y el querer de la actividad voluntaria causante del resultado.

La falsa esperanza de que no se producirá el resultado, descansa en la negligencia de un deber en específico y que el acatarlo y cumplirlo es responsabilidad del autor como miembro de una sociedad.

La Culpa consciente según Ruiz Ramal (Ramal, 2016) se coloca en la frontera con el dolo eventual, ya que en los dos casos al sujeto se le representa el hecho, incluyendo su efecto jurídico pero se diferencian en la actitud por parte del agente. En el caso de la culpa, el agente tiene la confianza de poder evitar el resultado, por eso no lo acepta y se hubiese abstenido de obrar si él lo hubiera considerado inevitable; mientras que en el dolo eventual el agente, aunque directamente no quiere el hecho, asiente a su producción de modo eventual, obviamente ambos casos son reprochables, pero de manera diferente.

La culpa inconsciente según Jiménez de Asúa (Asúa, 1958) ,es aquella que se caracteriza por la ignorancia del hecho a pesar de la previsión del resultado. La ignorancia tiene base en la lesión de un deber que el autor debió tener conocimiento porque el cumplimiento de ese deber podía ser exigible en su calidad de miembro de la sociedad. La conducta causante del resultado puede ser a través de acción, omisión otambién por una inconsecuencia de voluntad como el olvido; por otro lado, Ruiz Ramal (Ramal, 2016) sostiene que el agente emprende la acción, lo hace y supone que el



resultado dañoso no acontecerá porque él puede preverlo y evitarlo, es decir hay una acción realizada por el agente cuya finalidad es indiscutible y diferente del hecho doloso de la misma naturaleza, ya que la culpa está dirigida a un objetivo distinto que aquel típicamente antijurídico que persigue quien obra con dolo. El resultado no es un azar de la naturaleza sino el resultado de la falta de previsibilidad, imprudencia y negligencia.

La diferencia entre la culpa consciente y la inconsciente radica en la previsibilidad que puede tener el hombre medio: si prevé el resultado será culpa consciente; de lo contrario será inconsciente si el hecho no podía ser previsto; entonces no existe culpa; sino que el hecho es fortuito. Esta Primera parte se llama previsibilidad objetiva. (Ramal, 2016)

1.4 DIFERENCIAS ENTRE EL DOLO EVENTUAL Y LA CULPA CON REPRESENTACIÓN

Gómez Carreño (Carreño, 2019) en su obra cita a Welzel quien manifiesta que el dolo eventual se presenta cuando el agente o sujeto activo se representa el resultado que no desea, pero cuya producción consciente, de ultima ratio, y corre el riesgo de causar esa posibilidad bajo el entendido de conseguir el objetivo que desea, es decir, quiere el hecho incondicionalmente también, en el caso de que lleguen a presentarse unas consecuencias secundarias.

El autor representa la distinción fenomenológica gnoseológica en un ejemplo

Si el autor sabe, al incendiar una cosa, que la mujer perderá la vida con seguridad, actúa con dolo directo (aquí existe voluntad de concreción de consecuencias secundarias que se producen con seguridad.). Si solo cree la posibilidad de la muerte de la mujer, pero quiere realizar el incendio, también en ese caso obra con dolo, pero eventual. (Carreño, 2019)

Según el autor, en la culpa consciente el agente ha previsto la posible realización de un resultado dañoso a consecuencia de la mixtura del deber de cuidado debido y el riesgo permitido, pero asume confiando en que no se producirá es decir, espera, piensa y desea que el curso causal no se desarrollará hasta alcanzarlo, ya sea porque se interpondrá



una actividad que lo evite o por considerar que las circunstancias en que la actividad se ejecuta impedirán su resultado, es decir, en éste último se niega el resultado dañoso como posible, mientras que en el dolo eventual no solo prevé el resultado, sino que lo acepta, es decir, existe una aceptación del resultado a título propio.

De la misma manera el dolo eventual se entiende que se encuentra al límite de la culpa con previsión, ya que en ambos escenarios al sujeto se le anticipa un resultado dañoso a consecuencia de su actuar, sin que su intención esté directa o indirectamente guiada a realizarlo. En la culpa con previsión el sujeto espera evitar un resultado al menos tiene confianza en que no se producirá, a diferencia que en el dolo eventual le es indiferente si el resultado dañoso se produce o no, porque asume el riesgo de que hay un resultado lesivo que él ya sabe cuál puede ser.

Gracias a las teorías finalistas, según Carreño clarifica la diferencia de dolo eventual y culpa con representación de la siguiente manera: existirá dolo eventual si el sujeto habiendo previsto no realizó ninguna maniobra contundente para detenerlo, es decir, no manifestó una voluntad de evitar o evitación, al contrario tuvo una voluntad causativa; por otro lado, existirá culpa con representación cuando ante la previsión de consecuencias dañosas por la acción cometida el sujeto no se limitó a la esperanza, sino que su actitud se traduce en confianza que no dieron resultados, ya que hizo lo posible en forma seria y objetiva para evitarlos, produciéndose un resultado dañoso por imprudencia que es la mixtura del deber objetivo de cuidado y riesgo permitido.

1.5 FUNDAMENTACIÓN DE LA CULPA: OBJETIVA, SUBJETIVA, NORMATIVA Y JURÍDICA

Fontan Balestra (Balestra, 1998) sostuvo que hay quienes se preocupan por encontrar un nexo psicológico directo entre el hecho y el autor para sustentar en la responsabilidad por culpa, no teniendo resultados favorables, ya que no tienen en consideración la realidad de las cosas; así como hay quienes intentan fundamentar la culpa normativamente, por lo que debe abordarse la fundamentación bajo distintos criterios o aspectos



1.5.1 Aspecto subjetivo: Subjetivamente la culpa grave o lata se caracteriza por la falta de previsión o la previsión tardía por parte del agente para que pueda evitar el resultado dañoso, resultado de no actuar diligentemente. Cuando hablamos de previsión tardía, se presenta como la pieza en común de las distintas clases de culpa que existen, por ejemplo en el caso del conductor que maneja un automóvil y mira la luz preventiva y no frena, sino que sigue su marcha por lo cual está a punto de atropellar al peatón, lo que le lleva a realizar una maniobra peligrosa causando otro accidente, a esto se le denomina encadenamiento causal no dominado, que es el efecto de la imprudencia desencadenante, por lo que al aspecto subjetivo del actuar culposo se le podría denominar falta de diligencia.

1.5.2 Aspecto Objetivo: El obrar de forma culposa objetivamente tiene a su vez dos elementos: la evitabilidad de lesión a un bien jurídico: es decir, que el lesionar a un bien jurídico debe ser evitable objetivamente pero cuando un resultado es inevitable y, aun así el agente hubiese realizado sus acciones con suma diligencia, a esto se le denomina fortuito y el derecho no puede reprochar al agente la producción del resultado dañoso; el segundo elemento, la tesis del riesgo mayor o también llamado riesgo innecesario: Las exigencias de la vida en sociedad llevan a que el ser humano esté inmerso en ciertas actividades que lleven riesgos que pudiesen lesionar bienes jurídicos.

Estos elementos son necesarios o aceptados para el buen andar de la vida en sociedad por lo que la actividad como tal está autorizada, obviamente después del cumplimiento de ciertas reglas o requisitos que reduzcan el peligro. Esos requisitos o reglas han aportado trascendentalmente para completar objetivamente la fundamentación de la culpa, siguiendo la tesis del riesgo necesario, el agente es culpable sólo si excede los riesgos propios de la naturaleza de cada acción.

1.5.3 Aspecto Normativo: No se le puede condenar a alguien por no prever algo que no es previsible y menos aún por el defecto o vicio de su voluntad. Las exigencias del cumplimiento de ciertos niveles de conducta sólo son exigibles al ser humano cuando el ordenamiento jurídico así lo establece, para mejorar la convivencia social y lo hace a través de normas que mandan hacer o no hacer, por lo anteriormente expuesto, un hecho sólo es considerado como culposo cuando quién obró no previendo las consecuencias o



resultados que no solamente pudo prever, sino que debió prever. El agente se vincula psicológicamente con las leyes y normas que impone el ordenamiento jurídico de hacer o no hacer.

El elemento normativo de la culpase determina dependiendo del grupo social en donde se encuentre y los ciudadanos deben acatar esas normas que ayudan a la convivencia social.

Como vimos el incumplimiento de deberes señalados en sí no es penalmente punible, sino cuando este incumplimiento lesiona bienes jurídicos previsto por la ley como típica por no actuar diligentemente, así que no toda lesión típica de bienes jurídicos causada por culpa es punible sino aquella lesión que ha sido prevista en la ley penal de manera expresa.

1.5.4 Aspecto Jurídico de la culpa

Ruiz Ramal (Ramal, 2016) realiza un análisis sobre la fundamentación jurídica de la culpa y sostiene que la previsión por parte del agente condiciona el deber de cuidado porque quien no puede prever el resultado, no puede tener bajo su responsabilidad dicho deber y por lo tanto no puede violarlo. La violación al deber de cuidado da como resultado la culpa. El deber de cuidado tiene riesgos afrontados que están fuera del desenvolvimiento permitido de la vida en sociedad, ya que como individuos sociales generalmente realizan una serie de actividades que por su naturaleza impone riesgos ya sea para quien lo realiza o terceros, así como los vehículos al transitar, actividades industriales, agrícolas, la ardua actividad de los médicos. El prever los riesgos están implícitos al aceptar llevar a cabo la actividad por parte del agente.

Por lo que se debe tener en consideración de que el agente es responsable culposamente de aquellas actividades que son plenamente previsibles o a su vez cuando se incrementa el riesgo que jurídica o socialmente están aceptados.



1.6 ELEMENTOS QUE SE ENCUENTRAN EN LA CULPA

Según Samanta López (López, 2012) en su obra Derecho Penal, describe elementos que se manifiestan dentro de los delitos culposos y que la hacen distinta del dolo e inclusive del dolo eventual:

- La conciencia de la antijuricidad del hecho, a su vez esta conciencia tiene subelementos:

Volitivo: Este subelemento involucra el libre albedrío y la libre determinación, se manifiesta cuando en el agente está el querer actuar en contra de las normas o reglas establecidas por el ordenamiento jurídico.

En la mente del agente se genera una motivación y se representa en el mundo exterior.

Cognoscitivo: Es cuando el agente tiene pleno conocimiento o sabe que la acción cometida transgrede la ley vigente.

Sabe que su actuar es contrario a derecho y a sabiendas de aquello, comete la acción.

- Exigibilidad de otra conducta: Que la conducta del agente es ajena a la esperada por el ordenamiento jurídico. Bajo la premisa del Principio de Confianza la sociedad espera que todos los ciudadanos actúen de la forma adecuada en los distintos escenarios que se presentan al realizar una determinada actividad, pero el agente rompe ese principio al actuar de manera distinta a la exigida.
- Imputabilidad: Es inherente al agente. Es la capacidad de comprender y entender la ilicitud del acto realizado, es tener plena conciencia y control de lo que hace. Una persona es imputable cuando goza de los atributos de la personalidad en este caso, la capacidad.

Las personas ya sean incapaces no son imputables porque no dimensionan la magnitud ni ilicitud de su actuar.



1.7 MODALIDADES DE CULPA

Balestra (Balestra, 1998) realiza un análisis acerca de las modalidades de falta de diligencia en las que se manifiesta la culpa: imprudencia, negligencia, impericia en un arte o profesión y la inobservancia de reglamentos, ordenanzas o deberes del cargo que a continuación se las describe a detalle:

1.7.1 Negligencia: A la negligencia la podemos definir como aquella falta de preocupación en la actividad que se realiza. La negligencia es mayor cuando más diligencia es requerida por la naturaleza del acto a ejecutarse, ya que no se necesita la misma diligencia al momento de transportar trigo o paja que transportar materiales de contenido inflamable, este ejemplo sirve tanto como para poder notar si en el caso en particular se ha incurrido en negligencia y como para graduar la pena dentro de las normas establecidas por el ordenamiento jurídico.

Posteriormente es necesario citar al Doctor Balestra quien proporciona un concepto nítido de **1.7.2 Imprudencia:**

Imprudencia se la concibe en ejecutar una actividad que lleva consigo un peligro, Jurídicamente y gramaticalmente la imprudencia significa la falta de ejercicio de la condición de prever y evitar cualquier peligro, es decir que mientras el negligente no hace algo que la prudencia indica hacer, el imprudente realiza un acto que las reglas de la prudencia indican no hacer. (Balestra, 1998)

En esos dos casos anteriores existe falta de diligencia. Un sujeto es negligente cuando sale a la calle con su automóvil sin arreglar alguna falla que tenga, por ejemplo, los frenos e imprudente es quien teniendo su automóvil en buenas condiciones maneja sin cinturón de seguridad y en exceso de velocidad. Cabe recalcar que las definiciones de negligencia e imprudencia no se pueden separar con claridad, porque claro está que tienen características marcadas y propias de su contenido, pero así mismo tienen características que las unen o parten una de la otra.

1.7.3 Impericia en su arte o profesión: La ley argentina acuña la impericia y se puede desarrollar en el desempeño de la actividad que constituye el medio de vida para el



agente o actividad para la cual está preparado, sin que sea necesario para considerarlo como arte o profesión tener algún título profesional o habilitante; el plomero, mecánico, podador de césped poseen conocimientos especiales para realizar la actividad que desempeñan.

Esos conocimientos especiales o esa capacitación son necesarios ya que solo con ese presupuesto podemos hablar de impericia en el arte o profesión. Estos conocimientos son los únicos válidos para poder tomar como índice de referencia para formar un juicio ya sea de pericia o impericia. Así mismo no podrá calificarse como impericia aquellos procedimientos que sean objeto de actividad pericial, como es en el caso de un médico que emplee una determinada maniobra al estar en una intervención quirúrgica, sino solo cuando el técnico carezca de los conocimientos apropiados para llevar a cabo la actividad y que dichos conocimientos no deberían ser ignorados en virtud de su actividad. Por consecuencia, los errores que se cometan en una actividad y no sean a consecuencia de esa ignorancia, se los puede calificar como falta de diligencia o ser contingencias de alguna actividad técnica sin que esté de por medio la negligencia o imprudencia.

1.7.4 Inobservancia de reglamentos, ordenanzas o deberes a cargo: Otra de las vías que según la ley conducen a la culpa es la inobservancia de reglamentos, ordenanzas o deberes a cargo, que puede desencadenar en un resultado dañoso. Estudiosos del derecho difieren sobre si la inobservancia de reglamentos engloba una negligencia por sí sola para incurrir en la culpa, o solo es una presunción de negligencia que necesita ser objeto de comprobación.

Actualmente se sostiene la tesis de que, si a consecuencia de la inobservancia se produce un resultado dañoso, ya no es necesario la comprobación, ya que esa omisión no es otra cosa que una forma de negligencia o imprudencia prevista por la ley. Hay que entender que la presunción de negligencia no es presunción de culpabilidad, sino todo lo contrario, el cumplimiento de los reglamentos y ordenanzas no es presunción de diligencia peor aún, exime al agente de responsabilidad por actos que sean considerados como imprudentes, negligentes o de impericia.



Es necesario que por el principio de legalidad que las disposiciones que deban cumplirse en los actos ejecutados sean dictados por la autoridad competente y adoptadas por el ordenamiento jurídico a través de normas. Cuando se trate de disposiciones de fuente privada, la inobservancia de las mismas no implica que automáticamente estemos ante una figura de inobservancia de reglamentos, ordenanzas, sino que debe estar sujeta a comprobación. Núñez sostiene que en lo referente a la inobservancia de los deberes a cargo la regla puede ser de índole privado o público, mientras sea emanada por la autoridad competente.

1.8 RELACIÓN CAUSAL EN LA CULPA

Según el Doctor Carlos Fontan Balestra (Balestra, 1998) cuando a la culpa se refiere, la mayoría pensaría que es innecesario abordar el tema de la relación causal o nexo causal, ya que este elemento siempre debe estar presente en un resultado típico y antijurídico para que pueda ser atribuido a alguien. En la culpa, aunque el hecho exista a causa de la violación de alguna norma establecida por el ordenamiento jurídico, en la praxis o práctica, en ocasiones ha llevado a ver erróneamente, en esta violación, una presunción de culpa por el resultado.

Particularmente el error se manifiesta en la inobservancia de reglamentos u ordenanzas al suponer que la posición de agente infractor le responsabiliza por todas las consecuencias dañosas que se generan, como anteriormente se menciona, la inobservancia va de la mano de la presunción de haber obrado negligente o imprudentemente, esto es distinto a la imputación por resultado porque también requiere que se haya producido un daño que la norma tipifica como culposo y que la actitud culposa sea a causa de ese resultado típico. La culpa por sí sola no es punible, sino solo cuando es causa de un resultado típico, por lo consiguiente, no es que se pena o castiga a alguien por su imprudencia o su actuar negligente, sino por haber lesionado un bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico a causa de su imprudencia o negligencia.

1.9 ESTRUCTURA DEL TIPO CULPOSO

De igual manera Balestra (Balestra, 1998) sostiene que de los elementos que tiene el delito, es el tipo uno de los más importantes ya que es en éste donde se encuentra el



matiz distintivo de estos delitos. En la acción, ya sea en delitos dolosos de comisión y delitos culposos, son un ejercicio de actividad de fin. Hay que destacar que en los delitos dolosos coincide el resultado con el fin que buscaba el autor, a diferencia de lo que pasa en los delitos culposos porque la finalidad del sujeto causante no es delictiva, pero que, a consecuencia de su falta de diligencia, causó un resultado dañoso.

La antijuricidad y la culpabilidad en los delitos culposos no necesita de un tratamiento diferente de los delitos dolosos.

También se manifiesta que los delitos culposos son delitos de trato especial, en la que juez tiene que completarlos para adecuar al caso que está juzgando conforme a un criterio rector general. Este criterio se fundamenta en que la misma norma castiga en términos generales al autor culposo de ciertos delitos, que al que, por imprudencia, negligencia, impericia de un arte u oficio o inobservancia de reglamentos o de los deberes a su cargo, causare un resultado dañoso ya sea muerte, lesiones o explosiones.

De lo anterior podemos determinar que para estar en presencia de un delito culposo es necesario que exista una infracción al deber de cuidado, para lo cual es necesario acudir a una imagen rectora: la conducta que hubiera seguido un hombre razonable en la situación del autor, entonces al hacer la comparación si se aparta de ella estamos frente a una conducta imprudente o negligente y por consecuencia quebrantadora del deber de cuidado. Es importante señalar que dicho deber va a depender de circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar donde ocurren los hechos.

Por consiguiente, resulta claro que no pueden ser las mismas exigencias en una intervención quirúrgica a un médico que se encuentra en un campo de guerra que un médico que se encuentra en un hospital, en el segundo supuesto sería difícil la adecuación del deber de cuidado a causa de una infección por falta de asepsia. Dentro de este análisis no se tiene en consideración al caso fortuito y fuerza mayor y la conducción adecuada al deber de cuidado en el tráfico diario, aunque eso requiere la creación de un riesgo que es natural en él.



CAPÍTULO II

DEBER OBJETIVO DE CUIDADO



2.1 Introducción

Al referirse al deber objetivo de cuidado, se lo debe abordar como una herramienta normativa que tiene el ordenamiento jurídico para conducir al ciudadano en cuanto a la ejecución sus actividades se trata, puesto que es una especie de regla que generalmente está descrita dentro de la norma de manera detallada, y a estas se les adiciona las consecuencias de no acatarlas. Pese a que los deberes de cuidado están plasmados en la norma, el agente puede infringir la norma establecida pero no siempre violará el deber objetivo de cuidado.

También hay que agregar que la norma es limitada y estática a diferencia de las actividades que realiza el ser humano, las cuales son infinitas y variadas, por lo que se considera imposible que la norma alcance a cubrir a todas, esto trae como consecuencia que el ordenamiento jurídico imponga disposiciones de manera general que ayudan a la convivencia social entre los semejantes.

El deber de cuidado y su violación es de trato especial, más aún esta última, ya que puede darse el escenario de que, quien recibe el perjuicio o resultado dañoso es quien violó el deber de cuidado; o a su vez que quién cause el daño lo haga a consecuencia de que un tercero que violó el deber de cuidado, como anteriormente se mencionó.

Actualmente normas o reglamentos que no necesariamente están dentro de un cuerpo jurídico penal como el COIP, sino que, estas exigencias descansan en manuales o protocolos propios de un arte o profesión, estos protocolos son exigibles a aquellos técnicos o profesionales que deben someterse a la llamada Lex Artis, como es en el caso de los médicos; también son considerados reglamentos técnicos aquellos que conducen de cierta manera a quienes están dentro de ese arte o profesión, y tienen bajo su cuidado o tutela un bien jurídico por lo que exigen un tipo de conducta por parte del agente como en el caso de un miembro de un cuerpo de bomberos.

Lo que trae como consecuencia que el juez que conozca un caso de delito culposo deberá subsumir el caso en concreto a las normas de carácter general siempre y cuando



atienda y abarque las características propias del caso. En el supuesto que existan protocolos propios, deberá recurrir a ellos conjuntamente con la doctrina o jurisprudencia si existieran lagunas o vacíos normativos.

2.2 DEFINICIONES DEL DEBER DE CUIDADO: CRITERIOS PARA SU CONCEPTUALIZACIÓN

Para desarrollar las teorías que engloban el deber de cuidado es necesario acudir al doctrinario Alberto Edgardo Donna (Donna, 2012) quien divide esta concepción de cuidado y que a lo largo de este capítulo se irá desarrollando.

Sobre el delito imprudente y el autor en el deber de cuidado existen dos corrientes o teorías: la objetiva y la subjetiva.

2.2.1 Teoría Objetiva

Esta teoría sostiene que la premisa para establecer la atención o preocupación que se exige al autor al momento de identificar algún tipo de peligro es el de “Una persona concienzuda y juiciosa perteneciente al ámbito del que procede el autor” (Donna, 2012).

Según el doctrinario, el juzgador o tribunal deberá evaluar y tomar una decisión con una expectativa *ex ante*, es decir, antes que el daño se produzca. Existen otros autores que manifiestan que puede inclusive existir los conocimientos especiales causales del autor, como es en el caso del conocimiento del maestro de que su alumno es hemofílico y con conocimiento de aquello a éste se le propina una cachetada.

Como se manifestó en la introducción, gracias a las actuaciones del diario vivir se han ido creando reglas sociales, que más allá de ser jurídicas o no, coadyuvan en reducir en la medida de lo posible todo riesgo al bien jurídico. Unos autores manifiestan que para establecer el deber de cuidado basta preguntarse: ¿Qué hubiera hecho un miembro consciente y sensato?

Casabona manifiesta que “El cuidado objetivamente debido se determina, en primer lugar, teniendo en cuenta lo que es objetivamente previsible” (Casabona, 1986), a manera de ejemplo el autor hace referencia a la responsabilidad de un médico anestesiólogo, en el que se ha provocado un desenlace fatal a su paciente, según el



autor se debe averiguar si el resultado era o no previsible, por lo que se debe comparar su actuación con la actuación de otro galeno.

Welzel afirmaba que, el deber objetivo es “El concepto de cuidado requerido en el ámbito de la relación” (Welzel, 1956) es decir, para que se efectúe el tipo objetivo el autor necesariamente debió infringir el cuidado previamente exigido. Para este autor, el cuidado objetivo era una especie de modalidad de la acción y su característica es de ser apropiado o correcto que nada tiene que ver con lo subjetivo o con la llamada precaución atenta ya que ésta es una posición espiritual y no es válida para el ordenamiento jurídico.

Lo importante como es notable no es la diligencia que tenga el agente al momento de desarrollar una actividad en la vida social sino, el cuidado que es necesario para evitar lesiones de los bienes jurídicos. Ese cuidado se establece de un modo objetivo independientemente del sujeto y su capacidad, ya que el cuidado en el diario vivir que engloba bienes jurídicos, exige que las actividades al momento de ejecutarlas, se las realice con todas las diligencias debidas en el manejo de la actividad, esto es en los medios, de modo que no causen daños a los bienes jurídicos.

Por lo que diríamos que el deber objetivo es un elemento meramente normativo y que dentro de él nacen elementos valorativos que el derecho hace suyos.

A criterio de Gossel:

La prohibición o el mandato genérico de acción rigen a toda la acción prohibida o mandada a cumplir, incluidos todos sus elementos objetivos y subjetivos, en especial la capacidad de ser realizadas dolosa o culposamente. De acuerdo con ello, el elemento objetivo de la evitabilidad del tipo objetivo aquí tratado debe ser determinado, en conciencia con la doctrina dominante, exclusivamente sobre la base de un criterio general, sin consideración de las capacidades individuales del autor para el cumplimiento de la norma. (Gossel, 1995)

Aunque después Gossel manifiesta que es necesario realizar la distinción entre los elementos subjetivos de la infracción normativa y de la capacidad individual de cumplimiento de la norma y llamó a ese comportamiento “agente cuidadoso” es



decir, el cuidado objetivo es el comportamiento que se adoptaría en las circunstancias específicas. Una persona dotada de inteligencia, discernimiento y de sangre fría, colocada en la misma situación del agente, en consecuencia, ésta sería la postura dominante, pero con desfases o problemas al momento de identificar al sujeto objetivo dentro de la actividad.

2.2.2 Teoría subjetiva

La idea de la teoría subjetiva del deber de cuidado se sostiene en que el agente está obligado a realizar la actividad con el debido cuidado o diligencia que le fuera posible de acuerdo a su capacidad, es decir, se debe tener en consideración las facultades individuales del actor. Puig sostiene que el deber objetivo supondría el mínimo exigido por la norma, pero que existen personas que poseen una serie de capacidades excepcionales, las cuales pudieran tener un cuidado mayor si estarían obligados a hacerlo.

Roxin, Blei, Wieseler, Kuhlen sostienen que el baremo de un hombre normal no es el mismo para quien posea cualidades sobresalientes o para quien tenga algún tipo de limitación física, pero esto no significa que no se pueda exigir una conducta o grado de cuidado a alguien que se halla por debajo de lo que consideramos normal, solo que su conducta no se podría considerar desde el prisma de un hombre diligente debido a la inferioridad del sujeto en cuestión.

“En los delitos de origen imprudentes de resultado, a la tipicidad pertenece, aparte de la causación del resultado, la lesión de un deber de cuidado, no general, sino correspondiente al autor individual” (Donna, 2012).

Donna afirmó que:

Quién podía haber actuado con mayor prudencia que el hombre medio y con ello evitar el resultado, debió hacerlo so pena de actuar antijuridicamente, mientras aquel que no pudo comportarse con toda la prudencia que hubiese podido desplegar el hombre medio no actuó ni siquiera antijuridicamente. (Donna, 2012)



Es importante dentro del concepto de imprudencia al igual que en el de omisión, el actuar especial del autor, además señalar que sin tener en consideración al agente lo único que puede y debe establecerse son los peligros y riesgos que están permitidos crear y cuáles no. Por su parte Jakobs, manifiesta que la norma debe ser considerada como imperativa a cada uno de los ciudadanos, por lo que el límite se lo ubica en la capacidad y cumplimiento por parte del sujeto de quien se espera tal conducta. Así mismo se sostiene que:

El injusto depende de las capacidades del autor respectivo para evitar la acción porque sus efectos vayan a realizar un tipo y que esta individualización se corresponde también como la función del Derecho penal, que no garantiza la expectativa de que todos los hombres estén capacitados por igual, sino sólo la expectativa de motivación fiel al derecho. (Donna, 2012)

Para la corriente subjetiva según el autor, el baremo objetivo no tiene el alcance para una medida suficiente que abarque el concepto de una persona sensata, tampoco logra explicar la necesidad de grado intermedio de la infracción para establecer el debido cuidado, ya que el mismo no tiene éxito por la ausencia de la medida adecuada entre la máxima abstracción y la concreción atribuida al agente. La determinación concreta del deber de cuidado podría solucionarse al recurrir a un silogismo práctico, dentro del cual se puede colegir el aspecto de la doble evitabilidad y se necesitaría la modificación de una premisa menor por el riesgo parcial conocido por el autor y las posibilidades que puedan suscitarse y de las cuales se tenga conocimiento en que reducirse el riesgo mediante omisiones, medida de precauciones, etcétera, mientras se trate de un peligro socialmente aceptado.

Todas las reglas expuestas para determinar la imprudencia parten de un baremo de origen objetivo y han tomado como base las capacidades especiales del autor; sin embargo, en un caso específico puede darse que las capacidades sean altas o disminuidas, tanto es así, como en el caso de un médico cirujano o un chofer que por causa de la falta de vista o que por la edad no tenga la misma agilidad en las manos, es decir, puede encontrarse en una situación en la que no responde a las reglas del arte o Lex Artis; otro caso podría ser que un médico cirujano excelente o un piloto de carreras



con años de experiencia que puede rendir mejor que el baremo o modelo establecido. Lo importante es saber hasta qué punto es necesario tener en consideración en la determinación de la imprudencia, las capacidades individuales del actor.

Existen dos posiciones extremas sobre las capacidades del sujeto que realiza una conducta que viola el cuidado objetivo: la primera, que las capacidades inferiores a la media no podrían excluir el tipo y la antijuricidad; y la otra que las capacidades superiores a la media que tenga el sujeto deben emplearse. Frente a estas posiciones se ha realizado una concepción intermedia:

En que las capacidades inferiores a la media no pueden excluir lo injusto, sino la culpabilidad, se deriva de la estructura sistemática del delito. La imposibilidad individual de actuar de otro modo es –al menos en los delitos comisivos- siempre un problema de culpabilidad, mientras que la imputación al tipo objetivo se vincula a los baremos de la creación del peligro y del fin de la protección, que son independientes de la individualidad del sujeto. Si se hace depender ya la realización del tipo de baremos individualizadores, entonces se anula en parte la separación entre injusto y culpabilidad. Pues verdad que también para la concepción individualizadora resta la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, el conocimiento virtual de la prohibición y la exigibilidad como componentes de una culpabilidad que hay que separar del injusto, pero como la falta de imputabilidad (por ej., en casos de ebriedad o de trastornos mentales o psíquicos) suele mermar decisivamente también el poder instrumental, o sea la capacidad de rendimiento, la falta de culpabilidad conduce sin embargo de modo mediato entales casos a la exclusión del tipo”.

2.3 EL CONCEPTO DE CUIDADO OBJETIVO

El Jurista Pablo Encalada en su obra “Teoría constitucional del delito” (Encalada, 2015) establece que las actividades que realizamos diariamente los seres humanos son variadas y éstas a su vez están normadas y con mayor énfasis, cuando aquellas actividades corren un riesgo para las personas. Por lo que el concepto de cuidado es un concepto tanto objetivo como normativo, por lo que debe analizarse ante la producción



de un resultado típico es si es que el agente infractor ha actuado o no dentro de los riesgos permitidos, el exceso de los riesgos constituye una violación al deber objetivo, por lo que se han establecido normas de carácter legales o reglamentarias que rigen ya sea, en el tránsito como es en el caso de manejo de automóviles, así también en los llamados códigos de ética de los médicos o las normas relativas a la construcción.

Los requisitos según Encalada, para que exista un delito culposo es necesario:

- Violación al deber objetivo de cuidado.
- El resultado típico, éste puede ser: Homicidio culposo, lesiones culposas.
- El nexo causal.

Bajo las premisas anteriormente citadas por el autor, se ejemplifica un caso de un delito culposo: un médico general tiene conocimiento de que las cirugías estéticas están en alta demanda y decide prestar este servicio dentro de su clínica, al ser un médico general, no cuenta con la experticia para llevar a cabo una cirugía de esta índole, tampoco cuenta con todos los instrumentos necesarios para esta práctica y mucho menos con la infraestructura necesaria para atender este tipo de procedimientos. El médico realiza la intervención de tres pacientes con éxito, mientras que con la cuarta paciente ocurren una serie de complicaciones las cuales no pueden ser solucionadas en dicho consultorio por todas las características antes manifestadas. El médico intenta llevar a su paciente a otra casa de salud, y en el transcurso la paciente fallece.

Siguiendo el análisis los requisitos para que exista un delito por culpa son:

- La violación al deber objetivo de cuidado se ejecuta al realizar cirugías en un establecimiento no apto para aquello.
- El resultado típico es la muerte de la paciente que sería tipificado en nuestro código como homicidio culposo.
- El nexo causal sería entre los dos ítems anteriores ya que la muerte de la paciente se produce por realizar una operación en una infraestructura no adecuada y también al no contar con los insumos necesarios para llevar a cabo una cirugía.



2.4 LA EXIGENCIA DE CUIDADO

Al hablar de exigencia de cuidado (Reyes, 2015) debemos realizar el cuestionamiento ¿Cómo se determina si alguien ha actuado de manera imprudente?, por lo que la exigencia de cuidado no es un término neutral sino que asume una determinada posición que necesita ser clara y perfeccionada. En primer orden es necesario mencionar que la imprudencia está compuesta por un estándar objetivo de cuidado que añade los conocimientos y capacidades del autor.

Es fundamental que la exigencia de cuidado sea considerada desde el punto de vista objetivo para que pueda ser aplicado y exigido a cualquier destinatario, por lo que se opone a una posición psicológica de imprudencia que busca falencias mentales en la acción de tipo imprudente, también es importante determinar lo que el agente debe realizar para asegurar su capacidad en el futuro no se puede renunciar de ningún modo al concepto de cuidado. Los esfuerzos dogmáticos que se centran en el concepto de cognoscibilidad o previsibilidad deberían ser rechazados por insuficientes. de la misma manera, con el fin de comprobar si el agente ha actuado o no de modo imprudente, es necesario incorporar sus conocimientos, cuidados y experticia dentro del análisis de la exigencia de cuidado.

2.4.1 LA EXIGENCIA DE CUIDADO COMO UN ESTÁNDAR OBJETIVO

Antes de la década de los setenta se sostenía una teoría sociológica de la imprudencia, uno de sus expositores es James Turner quien manifestaba que la sanción de un acto imprudente conllevaba una responsabilidad estricta y objetiva las cuales prescinden de cualquier elemento subjetivo dentro de la configuración de un delito, ya que para Turner en la sanción penal el presupuesto primigenio es que el agente tenga en su mente la idea de dañar a otra persona. La negligencia si se la considera como el estado mental de una persona que emprende un comportamiento sin advertir en absoluto sus consecuencias da como resultado que el agente o autor no tiene en su mente la idea de dañar a otra persona entonces no pudiera cumplirse con ese requisito. La pena impuesta por un delito imprudente o culposo sería en todo caso, un problema de fundamentación ya que se castigaría la no tenencia de la idea de infringir la norma, o sea, se configuraría



la responsabilidad penal en base a un espacio mental en blanco. De lo expuesto, la configuración de los tipos penales culposos escaparía al reconocimiento de los elementos subjetivos, ya que el sujeto no tiene nada en mente. La relación con el resultado típico consiste en no advertir esas consecuencias que causan daño, necesitando afirmación de una responsabilidad objetiva en todos los casos; por lo que la idea de Turner bajo un modelo sociológico radical daría como resultado que el delito imprudente no traería una responsabilidad penal ceñida a un principio de merecimiento, sino a una responsabilidad objetiva.

La forma en determinar según Reyes, si el agente en cuestión ha actuado o no de manera imprudente es un examen netamente objetivo puesto que, de manera equivalente se exija y compare a quienes se encuentren en la misma capacidad y que realicen actividades en un mismo contexto. Por otro lado, si las circunstancias del agente sufren alteración también lo harán las medidas de precaución de manera por lo que comparar los distintos niveles de cuidado es asumir que las circunstancias de la actuación son iguales. La actuación por parte del agente es muy importante, puesto que modifica los estándares de cuidado respecto de la misma persona (agente) por ejemplo: no se le puede exigir a un médico que atiende a un paciente en circunstancias consideradas normales, que a un médico que debe atender a un paciente en la vía pública al ser atropellado, pero no por eso se pasará por alto algún descuido por parte del médico, sino que las circunstancias alteran los estándares de evaluación del agente.

2.4.2 LA IRRENUNCIABLE NOCIÓN DE CUIDADO

Reyes sistematiza la exigencia o deber de cuidado como un elemento esencial en la afirmación de imprudencia que fue realizada por Karl Engish en la primera mitad del siglo XX, ya que fue él quien planteó que dentro del deber de cuidado puede cohabitar un deber interno y un externo. Lo destacado de la propuesta de Engish no fue el concepto de la noción de cuidado, sino que ese concepto nacía de un punto central de discusión sobre la imprudencia y a más de ello de que la comprensión del deber de cuidado externo por primera vez no radica en la culpabilidad sino en sede de lo injusto.



Después de la segunda mitad del siglo XX en el derecho continental el tema sobre la imprudencia ha sido fundamental en lo que llamamos exigencia de cuidado y que además se ha esforzado por encontrar elementos que refuerzen el esquema de lo que se denomina imputación subjetiva. A lo largo del tiempo han surgido posiciones que hanido en contra del concepto de cuidado por considerarlo innecesario, concentrándose su análisis en la posibilidad de que el agente tenía la posibilidad de conocer el resultado típico. Es decir, que una vez comprobada la causalidad del resultado, lo único que faltara sería es que el agente hubiera podido o no evitar ese resultado.

2.4.3 NOCIÓN DE LA VIOLACIÓN DEL DEBER DE CUIDADO

El investigador y jurista Bernardo Carreño (Carreño, 2019) en su obra sostiene que al tratar sobre la violación del deber de cuidado genera un debate de carácter epistémico, pues muchos vinculan la teoría de los derechos con el de las obligaciones o deberes. Feuerbach y Rossi en la búsqueda de la esencia de la culpa basan su estudio en la infracción de esos deberes.

La responsabilidad del agente cuando se hace cargo no es de índole moral si no de índole jurídico, porque emana de un ordenamiento y está reglado por normas creadas por el legislador. El doctor Javier Tamayo lo reconocía de la siguiente forma: que todo el derecho occidental con influencia judeocristiana se lo ha plasmado respetando la libertad humana, también que la responsabilidad jurídica o moral solo puede darse cuando el agente abusando de su capacidad racional y libertad individual ha incumplido los principios morales y jurídicos anteriormente establecidos. Es menester recalcar que los deberes jurídicos sirven como fuente al derecho y que no todas las normas son creadoras de derechos y aún menos de los deberes específicos que estudian y argumentan la culpa.

Si bien existe norma que regule el deber de cuidado que obliga a adoptar conductas cuidadosas y vetando comportamientos que se consideren peligrosos o dañinos en relación al bien jurídico tutelado, es importante que se deba concretar el deber de cuidado, en ocasiones habrá que atender a las capacidades del autor ya sea por su arte o profesión o su aprehensión cognoscitiva; sin embargo, otras tendencias negarán esa



condición proponiendo un enfoque netamente objetivo y admitiendo que los particulares conocimientos del autor amplían el deber de cuidado.

Juan Fernández Carrasquilla expone una concepción de cuidado que recoge lo anteriormente señalado, ya que incluye el considerar las consecuencias generales u objetivamente previsibles, así mismo, suma los acontecimientos y características particulares del autor y la prudencia normal dependiendo la situación en la que se encuentre, definiendo que la conducta cuidadosa es la de “un hombre prudente y razonable en la situación del autor” (Carreño, 2019).

Existe una pequeña franja del deber de cuidado, que surge por el llamado riesgo permitido y para que éste sea violado debe excederse dicho riesgo, en otro término, se aumenta el riesgo para el bien jurídico protegido más de lo que se debe o lo que la norma permite. Pero así mismo puede haber violación al deber de cuidado estando dentro del riesgo permitido.

2.4.4 CRITERIOS DETERMINANTES PARA LA VIOLACIÓN DE CUIDADO

Ya sabemos que la conducta imprudente es aquella conducta que infringe el deber objetivo de cuidado. Según Flores (Romero, 2001), será necesario verificar la imprudencia o negligencia en esa actividad que ha lesionado el deber de cuidado y por ende ha causado daño a un bien jurídico protegido. La doctrina a lo largo del tiempo ha tratado de establecer algunos criterios válidos, aunque es menester manifestar que la violación al deber objetivo de cuidado, es más que uno de los requisitos o presupuestos que debe cumplirse dentro de los delitos imprudentes, tales como la previsibilidad y la evitabilidad del resultado.

Quintano Ripollés citado por Flores Romero sostenía “la caracterización más acertada de la naturaleza de la culpa es normativa. El juez deberá precisar qué es lo debido o indebido, dependiendo el caso en concreto. No hay, por tanto, un tipo subjetivo en delitos imprudentes”. (Romero, 2001)

Torio López sostiene que el deber de cuidado, es por su naturaleza un tema muy complejo, el cual está constituido por momentos de carácter fáctico-descriptivos como:



(creación o aumento de riesgo permitido) y momentos normativos-valorativos como: (desaprobación por el derecho de tal conducta). También la doctrina distingue entre normas de cuidado, deber de cuidado y reglas de cuidado, cada uno de estos conceptos tienen significación propia. Las normas de cuidado no es más que la norma penal contenida en los tipos penales por su lado, el deber de cuidado establece la forma correcta de cómo el agente debe llevar a cabo sus actividades para que sean consideradas como correctas, y por último las reglas de cuidado están basadas en la experiencia para bienes jurídicos-penales, cuando no existe reglas o normas específicas para regular.

En la determinación del deber objetivo de cuidado es indispensable analizar algunos principios rectores dentro de esta materia, éstos a su vez pueden ser creados por la jurisprudencia o tales como: el principio de confianza, este principio y sus excepciones son de tal trascendencia e importancia en la determinación del deber objetivo de cuidado, ya que limitan, definen y concretan cuál es el límite del agente en su actuar. Este principio a su vez se conecta directamente con el riesgo permitido, el principio de confianza nació con la finalidad de delimitar el deber objetivo de cuidado y riesgo permitido.

Conforme al principio de confianza se pueden ejecutar actividades diarias apegadas a las reglas generales de convivencia bajo la presunción de que las demás personas que están dentro del entorno social, van a actuar de la misma forma, por lo tanto, esto es una situación aplicable cuando intervienen varios sujetos en la creación del riesgo, ese escenario sería una manifestación de riesgo permitido. Para Reyes Alvarado gracias al principio de confianza se pueden delimitar los riesgos que, aunque se intervenga como tercero o de la víctima, son atribuibles al agente. Welzel por su lado, hace la distinción de que el riesgo permitido se basaría en la previsibilidad y el principio de confianza en la responsabilidad. Jakobs por su parte considera que este principio no es solo un presupuesto aplicable dentro del riesgo permitido sino, más allá de aquello, ya que también posee la prohibición de regreso; así se establece la presencia de factores de carácter humano que pueden alterar el desenvolvimiento causal y las personas que son responsables por estos fallos supondrían una derivación de la autorresponsabilidad que se le atribuye a cada persona.



Este principio según Romero nació como resultado de la jurisprudencia alemana para casos de tráfico rodado o tránsito, ya que el ciudadano que transita de manera correcta presume que los demás van a actuar de la misma manera, siempre y cuando no existan indicios concretos de lo contrario. Es así que ciudadano espera una conducta correcta de los demás participantes dentro del tráfico que a la larga se vuelve la conducta que se espera de cada individuo. Esta aplicabilidad a lo largo del tiempo se extiende inclusive a las actividades de trabajo en equipo.

La doctrina al momento de apoyar y sustentar este principio también ha indicado cuáles son sus límites, ya que este principio solo operará cuando la conducta del sujeto se acomode al deber objetivo de cuidado, sea diligente en sus actividades, y si su comportamiento no sea antijurídico. Si existen elementos de juicio inequívocos que permitan presumir una conducta no reglamentaria por parte de un tercero, si ex ante es previsible la resolución de la víctima o de un tercero, el agente causante no podrá ampararse en el principio de confianza. Las personas que intervienen en el tráfico quedan obligadas de prever o anticiparse el defectuoso comportamiento de los demás participantes de la sociedad como es en el caso de los niños, ancianos o personas que tengan algún tipo de discapacidad (principio de defensa), esta limitación debe ser conocida con anterioridad por el sujeto, entonces por regla general se daría un principio de desconfianza. En este último caso decae de manera fáctica el sostener un principio de confianza permitido por quien debía ser responsable en su actuar y no tiene conocimiento de las reglas o conociéndolas no entiende la magnitud de aquellas.

A todos los límites señalados anteriormente por la doctrina se añade lo casos en que la acción tiene un objetivo principal que es el de compensar el comportamiento dañino de otras personas, esto sería una especie de garantía de que no se cause daño de enfoque general, imponiendo deberes a diversas personas que se encuentran en posición especial. Es necesario el siguiente cuestionamiento ¿Cuál es el fundamento del principio de confianza?, pregunta que ha sido dilucidada con estas respuestas, las cuales ayudan de manera significativa a comprender de mejor manera la conveniencia de los resultados propios de su aplicación:



- Una experiencia general de la vida, teniendo en cuenta que no todos los ciudadanos se comportan de la misma manera.
- Previsibilidad: se establece que al realizar conductas y que éstas no estén bajo los parámetros de conducta de tipo general, no serían previsibles debido a su escasa realización, lo cual está alejado de la realidad.
- Ponderación de intereses: Es menester que fluya el tráfico vehicular frente a la incomodidad ciudadana.

En la sociedad todos los individuos que la conforman, tienen un rol específico y las cumplen de manera diaria, inconsciente y cotidiana, conforme a ese rol asignado se confía que el sujeto se comporte de la manera adecuada dependiendo de la situación en concreto. Si cada miembro de la sociedad espera que el otro actúe conforme es debido, se vuelve un círculo social sano. No se puede esperar que el otro sujeto social actúe de manera imprudente ya que tendríamos una sociedad sumida en el caos. El principio de confianza dentro de una situación en concreto es aplicable, siendo lícito obrar como si las otras personas también obraran del mismo modo, aunque no sea siempre así, crea una especie de esperanza en otra persona.

Roxin manifiesta que:

A más de previsibilidad, cognoscibilidad o advertibilidad y evitabilidad del resultado como presupuestos o requisitos de la conducta imprudente. Además, se recurre a la teoría de la imputación objetiva para limitar la responsabilidad por imprudencia. La mayoría de las veces se recurre a la contrariedad al cuidado debido para el injusto de la acción, y a la acusación de un resultado típico para el agente. (Roxin, 1997)



2.5 CREACIÓN DE UN RIESGO

El tema del deber objetivo de cuidado y la lesión que provoca la aparición de una conducta imprudente es totalmente acorde con la teoría de la creación de un riesgo de quien Roxin es representante.

Esta teoría aparece por primera vez gracias a la obra de Kries que trataba de un incremento o no de la posibilidad de la realización del resultado. Roxin retoma este tema nuevo, pero lo delimita únicamente a los delitos imprudentes y a los comportamientos alternativos adecuados a derecho. Expresa también que, en primer orden, se debe delimitar el riesgo que se pretende evitar o controlar para que reciba la calificación de típicamente relevante. Es necesario que esta operación se la realice antes de comparar la conducta que supuestamente infringe la norma de cuidado con la conducta que está apegada a derecho.

La teoría del incremento del riesgo fue tratada por Corcoy Bidasolo para quien se realiza una comparación en términos cuantitativos; cuando se decanta por la cualidad del riesgo, al momento de llevar a cabo la comparación ex ante. Para realizar esta comparación se pueden utilizar parámetros normativos, estadísticos, o ambos.

Bidasolo manifiesta que existen dos premisas erróneas de la teoría del riesgo:

- No es posible calcular el riesgo permitido.
- No es posible dividir el riesgo permitido en dos: una permitida y una prohibida.

Así mismo, con el fin de no confundir el juicio ex ante y ex post, propone que:

Un juicio íntegramente ex post del incremento del riesgo. Así, el juez examinará la eventual presencia de peligro o de su aumento mediante la valoración, según las circunstancias del caso en concreto, de todos los conocimientos que ex post contribuirán a formar el juicio de peligro. (Romero, 2001)

En la determinación el deber objetivo de cuidado y para cerciorarse de las circunstancias en las que se realizó la conducta y si se pudo o se debió actuar de otra manera, existirá tipicidad imprudente si hay un peligro constatable o cierto del que se crea un riesgo el cual no está permitido. Hay que partir del riesgo permitido, como causa de exclusión de



la imputación del tipo. Se considera riesgo no permitido a aquella actuación por parte del agente cuando el daño producido por la infracción al deber de cuidado haya incrementado ese peligro que el ordenamiento jurídico considera desaprobado.

Paredes Castañón citado por Romero considera a la figura del riesgo permitido se aplica en:

Casos de conductas peligrosas o lesivas para el bien jurídico penalmente protegido que, sin embargo, no resultan prohibidas, pese a existir previsibilidad y controlabilidad del riesgo, en virtud de consideraciones de ponderación de los intereses concurrentes (adecuación social), consideraciones que limitan el alcance del deber de conducta que le corresponde al sujeto actuante en la situación concreta. (Romero, 2001)

Se debería determinar la titularidad del sujeto respecto a su acto y después se debe valorar su conducta. El grupo en el que encaja el llamado riesgo permitido según Castañón:

- Actos lesivos o peligrosos que son socialmente necesarios o útiles.
- Actos lesivos o peligrosos con el grado de cuidado jurídicamente permitido.
- Actos imprudentes que se consuman en situaciones de carácter excepcional.

Por interés público muchas de las actividades consideradas peligrosas están aprobadas o permitidas, siempre y cuando no sobrepase el límite “las normas de conductas penales se dirigen exclusivamente contra aquellas formas de conducta que muestran un grado de peligrosidad que va más allá de la medida permitida” (Romero, 2001).

2.6 EL DELITO IMPRUDENTE EN LA MALA PRÁCTICA PROFESIONAL

Actualmente dentro COIP la regulación de los delitos se los ha venido valorando como aquellas conductas que lastiman o atentan contra bienes jurídicos protegidos y tutelados en las normas, ya sean de carácter constitucional o no. Gracias a su estructura los delitos de carácter imprudente, gracias a su estructura, tienen un trato especial y distintos de aquellos que no lo son. Teniendo como premisa o punto de partida la infracción al deber objetivo de cuidado.



2.6.1 IMPRUDENCIA MÉDICA

Según Romero (Romero, 2001), existen diferencias entre las normas de cuidado que son de tipo general y aquellas que son dictadas por una norma jurídica de carácter especial que regulan determinados temas. Es así que el principio más importante dentro de los delitos de carácter imprudente es el principio de confianza que llega tener un significado completamente distinto y sus consecuencias son particulares, como es en el caso del médico, en el que se juegan varios factores en esa actividad:

- carácter científico de la ciencia que se aplica.
- La evolución constante en cuanto a las técnicas que se aplican en el paciente, no dejando de lado los conocimientos que deben actualizarse periódicamente conforme avanza la medicina especialización de los galenos para prestar una atención integral y especializadas.
- La limitación de las responsabilidades de cada miembro que participa en las intervenciones, tales como enfermeras, anestesiólogos, cirujano, etc.
- Coordinación y monitoreo de las intervenciones quirúrgicas.

Según el autor el caso de las cirugías estéticas es de trato diferente ya que es un tema de carácter privado y no existe una obligación de medios sino de resultados por la naturaleza misma de la cirugía.

A lo largo del tiempo, las actividades relacionadas con la anestesia y la cirugía son a las que más importancia se dan. Almela Vich señala los principios que el tribunal supremo español ha asentado con respecto a la actividad médica:

- Al momento de emitir un diagnóstico y éste es erróneo, no traerá responsabilidad a no ser que sean muy graves.
- La pericia que ha de tener un interno deberá ser la correspondiente a la clase médica.
- El médico podía evitar el resultado dañoso de su paciente con su comportamiento.
- El deber de cuidado en estas actividades se delimita atendiendo a las circunstancias concurrentes.



Hay que diferenciar entre términos que pueden prestarse a confusión. En primer lugar, cuando nos referimos a la Lex Artis es la ley artesanal, que hace referencia a reglas técnicas propias de cada profesión. Esta Lex Artis suele ser aplicada en ciertas profesiones en las que se necesitan técnicas especializadas y que tienen resultados que son percibidos por los sentidos como lo es la actividad médica. A pesar de que parece claro, hay que distinguir la Lex Artis Ad hoc que es considerada como el principio rector de la actividad médica. Se debe considerar la evolución de la actividad médica a largo del tiempo, porque un médico para cumplir con la Lex Artis, debe actualizar sus conocimientos técnicos y científicos para estar integralmente apto para su actividad.

Es importante diferenciar entre culpa profesional y culpa del profesional, esta última es la imprudencia que tiene el profesional en ejercicio de su profesión, oficio o cargo y descansa en la impericia por ignorancia del galeno lo que conlleva a una prestación defectuosa del servicio, mientras que la primera es la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión

Existirá imprudencia cuando la actuación del médico se derive una infracción al deber objetivo de cuidado, provocando un daño al paciente, siendo ésta la realización de un riesgo creado, riesgo no permitido, aunque debe añadirse algunas particularidades como la distinción entre deber de cuidado interno que sería el conocimiento de saber cómo llevar a cabo un procedimiento de forma adecuada, mientras que el deber de cuidado externo es aquel que el galeno debe adecuar a su comportamiento la reglamentación previamente establecida. Unos ejemplos de la vulneración del deber de cuidado serían: la aplicación de un tratamiento no adecuado, técnicas de curación o tratamientos que no sean conformes a las normas de salud establecidas. El principio de confianza y la división del trabajo equipo, ya sea de manera vertical u horizontal son de suma importancia para poder delimitar la responsabilidad dentro de la medicina, porque cuya complejidad obliga a una división o reparto de funciones y necesariamente conlleva a la presunción de confianza en quien debería ser competente para ejecutar las actividades propias de su profesión.



El principio de división del trabajo “permite delimitar los deberes de cuidado en la actividad desarrollada por los equipos quirúrgicos, teniendo en cuenta los distintos cometidos y ámbitos de confianza de cada miembro del equipo” (Romero, 2001).

La división del trabajo se hace con la finalidad de que los profesionales de la salud se concentren sólo en una actividad, lo que podría traer una mala comunicación entre los miembros que lo conformen causando descoordinación y un fallo dentro de la intervención quirúrgica de ser el caso. La división del trabajo horizontal, como es el caso de la relación cirujano y anestesiólogo es la que más relevancia tiene, a diferencia de las de origen vertical como lo es en el caso de una enfermera con un médico ya que es más fácil delimitar sus obligaciones dentro de la actividad.

La división del trabajo horizontal tiene el principio de que cada uno de los integrantes están a un mismo nivel de formación como especialistas y que cada uno realiza sus actividades de acuerdo a sus funciones, lo esencial es conocer las funciones concretas de cada uno de ellos. En el caso del anestesiólogo, aunque el médico es el director de la actividad quirúrgica, él es responsable en su área de actuación, por lo cual conserva su propia responsabilidad. El anestesiólogo en la primera fase tiene bajo su responsabilidad el manejo, la revisión de todos los aparatos técnicos, la preparación del paciente para que duerma durante la intervención y también se encarga del control de la sangre para las transfusiones. En la fase operatoria como tal, realiza la vigilancia de los signos vitales del paciente, mientras en la fase posterior a la operación con las complicaciones que pueden ser circulatorias o respiratorias que pueden devenir.

El anestesiólogo tiene plena autonomía, sin olvidar obviamente, que si descuida una de sus obligaciones, el cirujano, deberá tomar alguna medida correctiva, ya que si eso llegaría a ocurrir, el principio de confianza se rompe y el cirujano también sería imputable por no realizar su trabajo de vigilancia y control al anestesiólogo.

Por otro lado, en la división del trabajo vertical, la responsabilidad del médico cirujano se dará con facilidad y más aún si este profesional debe contar con la cooperación de sus auxiliares antes de cerrar una herida, ya que en la hoja de registro de enfermería se



cuentan todos los instrumentos utilizados, para así llevar un inventario de los instrumentales con los que se inició la intervención y con los que culminó.

En conclusión, los principales elementos que destacan en la imprudencia médica son: Los límites de los riesgos asumibles en la práctica médica y la determinación del sujeto responsable, cuando la prestación del servicio es asumida por varias personas de diferentes escalones o sean de la misma jerarquía.

2.6.2 La regulación de Conductas

El sistema ecuatoriano según Romero concibe que el Código Orgánico Integral Penal, cuenta con un grupo de normas que dotan de validez una conducta, ya que existen actividades que pueden afectar bienes jurídicos que son de total relevancia social. Por lo que el derecho penal está presto para cautelar las conductas del sujeto, pero sólo de aquellas conductas ya exteriorizadas, es decir, materializadas al mundo exterior, caso contrario estaremos frente a un derecho penal de tipo autoritario.

2.6.3 Los delitos como conductas valorados que violentan bienes jurídicos

Siguiendo la teoría del autor antes mencionado, dentro de un estado de derechos y justicia, como lo es el Ecuador, el legislador al momento de elaborar leyes, delimita con cuidado el lenguaje, así como la descripción minuciosa de las conductas para posteriormente adecuarlas dentro de un enunciado de carácter legal. Mir Puig manifestó que en el derecho penal es necesario diferenciar entre una norma y un texto de carácter legal, ya que este último es un conjunto de letras o símbolos de carácter lingüísticos que se deben diferenciar de la prescripción que emite. Por ejemplo, el tipo penal del Art.170 es el enunciado o texto legal.

A partir de ese enunciado, es menester realizar una correcta interpretación e inferir una norma que en la deontología del lenguaje es de tipo descriptivo. La norma jurídica se plasma de dos formas: la primera en forma de mandato y la segunda en forma de prohibición. La norma prescriptiva se consolida en un mensaje al ciudadano dentro del cual, le da buenas razones para el cumplimiento de la misma. Por ejemplo, del delito de violación se colige que existe una norma que prohíbe que la actividad de un sujeto atente



contra el bien jurídico de otra persona, ya sea lesionándolo o poniéndolo injustificadamente en peligro. La norma penal prohíbe que se viole y atente contra la integridad sexual de los demás.

No podemos olvidar que el legislador realiza una división entre las normas dividiéndolas en primarias y secundarias, las primarias son aquellas que envían mensajes incondicionales a los ciudadanos y que aquellos deben cumplirlas de manera incondicional; mientras que las segundas, son para la aplicación de los jueces, cuando se cumplen los presupuestos y tienen la consecuencia de carácter jurídico. Las normas primarias son necesarias porque son complemento de las normas de valoraciones: las normas de valoraciones pueden ser negativas o positivas; son positivas cuando se establecen cuáles son los bienes jurídicos que le interesa al derecho penal proteger de aquellas conductas que pueden llegar a causar daño; mientras que las segundas son conductas como valoraciones negativas elaboradas por el legislador. Las valoraciones positivas no pueden tutelar los bienes jurídicos por sí solas, sino que necesariamente deben existir normas jurídicas de conductas o de determinación que vinculen al sujeto para que se abstenga y tenga el cuidado necesario para no afectar bienes jurídicos, por lo que las normas primarias se refieren a la lesión de determinados bienes jurídicos como la vida, libertad, etc. A partir de esa premisa, es necesario que las normas impongan una conducta o a su vez la prohíban.

En el caso de los delitos imprudentes el objetivo de la norma no es la prohibición de manejar un automóvil, sino que va dirigida a personas que tienen una acción descuidada y así evitar la destrucción de una vida por la acción realizada. Por lo que el objetivo o función del derecho penal no es otro sino el de prohibir conductas, que es la tesis defendida por la teoría del injusto personal, y no de resultados peligros, teoría que fue defendida por Roxin y Jakobs.

2.6.4 *Lex artis*

Existen un grupo de reglas de cuidado (Donna, 2012) y aunque no estén descritas han sido acuñadas por la sociedad de forma paulatina. Maurach-Gossel lo define como “un conglomerado de reglas puramente fácticas y seguidas socialmente como correctas,



pero que carecen de una consagración escrita completa, con una pretensión social de vigencia “ (Donna, 2012).

Casabona afirma que:

Para comprobar si hubo o no un comportamiento imprudente por parte de una persona, es preciso comparar la conducta realizada por una persona, es preciso comparar la conducta realizada por ella con las normas de cuidado exigible en la actividad social de que se trate. (Casabona, 1986)

Este autor también señala que no es tarea fácil el establecer el contenido específico del deber de cuidado objetivamente necesario, ya que existe gran variedad y complejidad que revisten las conductas que se someten a una crítica, añade que:

El contenido del deber objetivo de cuidado puede llegarse acudiendo a las reglas generales aplicables a casos típicos o semejantes. Este conjunto de reglas técnicas o procedimientos es lo que se conoce por lex artis, y que, lógicamente, es diferente según el sector social y, más concretamente, la profesión y especialidad de que se trate. (Casabona, 1986)

Hava García por su lado menciona que la lex artis se la debe concebir como un conjunto de reglas de carácter técnico a la que se le debe sumar una experiencia superior y conocimientos, los cuales han sido aceptados y aprobados por la comunidad científica o profesional. La lex artis es un principio que preside en las actuaciones profesionales en el ejercicio de su actividad y lo definen como un concepto dinámico debido a su cambio y evolución, Casabona manifiesta que:

Por lex artis no debe entenderse necesarias y únicamente las reglas aceptadas por la generalidad en ese sector profesional, pues no hay también que aceptar aquí la libertad de método o procedimiento, en los que, desde luego, no entra a valorar el jurista y, en su caso, el juez, pues su idoneidad y corrección debe ser emitida y transmitida a éste por técnicos o peritos (en su caso, también por el



forense). Esta idea es la única compatible con el progreso de la ciencia y su consideración en sí misma como tal. (Donna, 2012)

Con lo anteriormente manifestado, la infracción de la lex artis no es igual a un fallo técnico y la lex artis y fallo técnico no es igual que la infracción al cuidado debido. Para poder entender de manera más amplia, Casabona la diferencia de la siguiente manera: Cuando hablamos de un fallo técnico se supone que es un desperfecto de la aplicación de técnica o procedimientos en el desarrollo de la actuación de un profesional médico ya sea en la indicación, diagnóstico o la realización de un tratamiento. Se debe entender que un fallo técnico no tiene un juicio de valoración jurídica porque corresponde únicamente a la comprobación de carácter fáctico, por ejemplo, puede darse que un caso médico no sea analizado correctamente desde un punto de vista técnico, lo que se necesitará comprobar si se produjo la infracción al deber de cuidado.

También se manifiesta que no siempre un fallo de carácter técnico, implica una infracción de la lex artis. La lex artis no es única, ya que existe la posibilidad de nuevas técnicas que pueden ser empleadas, puede ser aplicable sólo en situaciones típicas y no para casos excepcionales. Tanto las normas técnicas y jurídicas tienen sus fines propios y la infracción de una no implica la infracción de otra.

Debe quedar claro que en los casos normales no necesariamente se infringe el deber de cuidado el médico que se atenga a la lex artis, aunque no logre sanar a su paciente y que la violación a la misma es una presunción de violación al debe objetivo de cuidado.

El cuidado que deben tener los médicos exige que cada uno de ellos, dentro de sus posibilidades no desatienda la continuación de su formación profesional, ya que, si no se siguen educando, se podrían convertir en un asesino. Ningún médico puede cerrarse a nuevas teorías o avances por comodidad o egoísmo. Y que se concluye que las reglas de cuidado o lex artis son un conjunto de normas que se describen gracias a expertos que las han ido desarrollando a través del tiempo para evitar el perjuicio a un bien jurídico, dentro de aquellas también existen reglas para actividades consideradas peligrosas y el cuidado que se debe tener dentro del ámbito de la relación, y que el perjuicio de un bien



jurídico solo se encuentra consumado de una forma inadecuada y evitable cuando se infrinjan dichas normas establecidas con respecto a una ejecución cuidadosa.

2.6.5 Modificaciones dogmáticas en el delito imprudente

Román (Román, 2015), a lo largo de su obra analiza el delito culposo y realiza el análisis con base en una nueva construcción dogmática, pues la legislación penal ha sufrido modificaciones:

- Es necesario clarificar que es óptimo utilizar el término imprudente cuyo significado es sin cuidado; mientras que otro término que utiliza nuestro código es culpa, que presta a confusiones con la palabra culpabilidad que es de carácter dogmático.
- El sistema de nuestro código penal es cerrado o también llamado numerus clausus, es decir, sólo cuando se encuentre descrito de manera especial en el COIP será relevante para una sanción con pena privativa de libertad, ya que, si la conducta no tiene relevancia de tipo penal, por consiguiente, será atípica. El artículo 27 del COIP, se refiere a la conducta culposa como:

Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código. (Nacional A. , Código Orgánico Integral Penal , 2014)

Así podemos ejemplificar los casos de: homicidio culposo, lesiones culposas, homicidio culposo por mala práctica profesional.

- Cuando el COIP hace alusión a la culpa, se refiere a la infracción del deber objetivo de cuidado, pero en función del principio de legalidad en cuanto a ser estricta. En el art.146 – “La persona que, al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra” (...). (Nacional A. , Código Orgánico Integral Penal , 2014)

Dentro del mismo artículo establece los criterios de interpretación de lo anteriormente dicho.



Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
 2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.
 3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
 4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho. (Nacional A. , Código Orgánico Integral Penal , 2014)
- El tipo penal del homicidio por mala práctica profesional como las lesiones culposas por mala práctica profesional, son un delito especial impropio, puesto que, se depende de un delito simple (homicidio o lesiones), pero que se constituye en una modalidad autónoma, ya que solo puede ser realizada por un profesional en el ejercicio de sus funciones. El sujeto activo siempre será un especialista de la salud.
 - En la ley penal, los delitos de tipo imprudente o culposos son actividades de fin, ya que se debe producir una infracción al deber objetivo de cuidado. Los anteriores textos legales del Código Penal contenían en sus artículos, en el 14 en específico, “el que causare por negligencia, impericia o imprudencia”. (Ecuador, 2012) .Actualmente eliminados del COIP, porque tenía un enfoque causalista, enfoque que busca el mero movimiento causal sin tomar en consideración ningún contenido de carácter valorativo como la violación de la norma primaria o de conducta, establecida por la dogmática jurídica.
 - Por consiguiente, la culpa o imprudencia no se lo visualiza como un escalafón menos que el dolo, sino que hace referencia al llamado deber objetivo de cuidado que debe ubicarse en el tipo penal, dentro del cual tenemos el elemento sustantivo que sería la acción y los elementos adjetivos como: la tipicidad, antijuricidad y la culpabilidad, según Zaffaroni.



- Cuando la posición penal se centra en delimitar al delito imprudente, se lo establece de manera distinta al delito doloso, en relación a la tipicidad, aunque no es así en relación con los filtros que deben cumplirse, ya que son aplicables tanto en el delito imprudente y doloso, los filtros son: acción típica, antijurídica y culpable.

2.6.6 Nueva estructura del delito imprudente

El delito imprudente o de origen culposo tiene una diferente estructura y composición que el delito doloso: evitabilidad, previsibilidad y el resultado como elementos que componen la infracción al deber objetivo de cuidado y tiene como consecuencia de la imputación de un resultado dañoso. El COIP ha identificado plenamente los elementos que deben concurrir para que se dé la infracción al deber objetivo de cuidado, lo establece en el Art.146:

Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho. (Nacional A. , Código Orgánico Integral Penal , 2014)

Donna citado por Román en su obra (Román, 2015) manifiesta que los autores que defienden el finalismo sostienen la tesis de que la estructura del delito culposo tiene a su vez dos elementos: el normativo y el intelectual. Se debe considerar todos los elementos de *facto* que están presentes en el caso, puesto que, se debe utilizar un criterio de carácter intelectual (previsibilidad) y otro de carácter normativo que es aquel que restringe el actuar del sujeto como el de un hombre sensato e inteligente, como es el



caso de un médico, en el que se pueda establecer el cuidado objetivo que debe aplicarse en el caso en concreto para así evitar un resultado dañoso.

El autor establece los elementos del tipo injusto de los delitos imprudentes serían:

1. La acción humana descuidada: En los delitos culposos la acción debe ser pre jurídica, es decir está dentro del mundo físico y es relevante para el derecho. No se puede olvidar que la acción de los delitos culposos y la voluntad de realización de la acción no incluye el resultado, pero el actuar de manera despreocupada es usar medios erróneos para la obtención de resultados y que no se pudo evitar el resultado. Hava García manifestaba que en el delito imprudente el descuido sustituye la decisión.

Siguiendo el margen de la acción imprudente, debe ser personal, propia de un ser humano libre y responsable; la libertad implica la responsabilidad, entonces es necesario hacer alusión a la teoría de José Cerezo Mir en cuanto a la acción final en el delito imprudente:

En el tipo de lo injusto de los delitos de acción imprudente se comprenden acciones finalistas, cuyo fin es irrelevante para el tipo, pero no así los medios o la forma de su utilización. La dirección finalista de la acción no corresponde a la diligencia debida. Como consecuencia de la inobservancia del cuidado se produce un resultado material externo o el peligro concreto de un bien jurídico, o concurre una determinada cualidad de la acción, no queridos. (Román, 2015)

Para finalizar, la acción realizada no tiene conexión alguna con el resultado dañoso, sino con la forma de ejecutar la acción.

2. El deber objetivo de cuidado: gracias a los avances de la tecnología se van creando peligros y riesgos para el bien jurídico protegido, que serán derivados para tratar de encontrar un mejor nivel de vida, para lo cual el derecho penal con el fin de reglar y direccionar aquellos peligros y en la medida de lo posible reducir los efectos dañosos a través de reglas de conducta, así como el cumplimiento de obligaciones en relación de quienes participen de la actividad. También se manifiesta que el evitar la lesión de bienes jurídicos es la diligencia o deber de



cuidado, por lo que, si un sujeto realiza una acción conforme al cuidado debido, vincula aquella acción impuesta por las normas de conducta.

3. El resultado dañoso: El último de los elementos de imputación al deber objetivo de cuidado es el resultado dañoso ya que debe provenir de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias conexas.
4. Relación de causalidad entre la acción descuidada y resultado dañoso: El análisis de la relación de causalidad es que debe existir acción y el resultado, verificado de manera empírica y adaptable a leyes de carácter natural. Según a Hava García manifiesta que dicho análisis debe sustentarse en las condiciones de equivalencias, pero con el correctivo actualizado de la teoría de las condiciones. Por eso es necesario que las acciones deben ser demostrables con base de leyes científicas, donde se puede determinar si son o no lesivas contra el bien jurídico, además, que nuestro COIP exige que el resultado sea un elemento para que un delito imprudente sea un delito consumado.

2.7 IMPUTACIÓN OBJETIVA

Siendo de gran importancia el tema de la imputación objetiva, necesariamente debemos abordar los estudios del jurista Gustavo Villanueva Garrido que en su obra llamada La “imputación Objetiva”, realiza un análisis bastante avanzado de este nuevo enfoque y retoma sentencias y casos de connotación e importancia nacional.

Esta concepción (Villanueva, 2010) aparece en principio como un desarrollo de la relevancia típica que estaba encaminada a solucionar el problema de atribución de resultados, en palabras simples, determinar si a un sujeto se le puede atribuir el resultado de una acción, tesis sostenida por Roxin. Actualmente la imputación objetiva no se limita a solucionar el problema de atribución de resultados o de concausas, sino que se ha venido desarrollando como una teoría de carácter penal que, a través de ella permite explicar de una manera orgánica y ordenada todas las formas de comportamientos que tienen los sujetos, dogmáticamente entendiéndose como el delito de acción y no solo el de omisión, incluso el delito doloso y no solo el culposo.



Por ello se puede colegir que la imputación objetiva orienta a determinar de manera sistemática el saber cuándo estamos frente a una conducta que se encuentra prohibida por el ordenamiento jurídico. Así mismo cuenta con dos grandes estructuras: La primera, llamada imputación de comportamientos en la cual no es importante el resultado, ya que su importancia se centra en analizar si se ha realizado una conducta típica; y la segunda llamada imputación de resultados, donde se estudia si la conducta realizada, al ser prohibida, ha causado un resultado típico. Es importante la estructura antes mencionada y en el orden mencionado puesto que no todos los tipos penales son de resultado, sino que existen delitos de actividad. En nuestro derecho Penal no solo basta la imputación de un comportamiento por una conducta considerada prohibida pues también es necesario la concreción del resultado como es en el caso de los delitos culposos.

Lo que primero debe hacerse para imputar un comportamiento a un sujeto es: establecer si esa conducta está prohibida por el ordenamiento jurídico y para hacerlo es necesario a analizarlo desde la teoría del riesgo jurídicamente desaprobado, por lo que se debe insistir en determinar si la conducta ejecutada por el sujeto independiente de los resultados que se genere, está o no prohibida. En segundo lugar, ya imputado el comportamiento por haber realizado una actividad que se encuentra prohibida por el ordenamiento jurídico, conlleva a otro nivel que sería el de resultados, es importante analizar el otro elemento llamado relación de riesgo, lo que permite entender algunas estructuras de la imputación objetiva y en concreto en las acciones de propio riesgo que se consideran y analizan el nivel de riesgo jurídicamente desaprobado.

2.7.1 Presupuestos de la Imputación Objetiva

Según Villanueva para que exista la imputación ya sea de comportamientos o de resultado, se necesita de 3 presupuestos:

1. La posición de garante: Para ingresar a un juicio de imputación se necesita de esta llave, dejando por fuera los fenómenos de mera omisión. Si no existe la posición de garante no se le puede imputar un comportamiento y menos aún el resultado. Debe examinarse primero si el sujeto se encuentra o no en posición de garante, dicha posición se la debe entender tanto en acción como omisión.



2. Si el sujeto ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado: dentro de este presupuesto debe examinarse: El riesgo permitido, Principio de confianza, Las acciones a propio riesgo y la prohibición de riesgo.
3. La relación de riesgo: Reyes Alvarado sostiene que consiste en un análisis de si el riesgo jurídicamente desaprobado realizado por el sujeto, se realizó o no en el resultado. Este elemento reemplaza el concepto tipo tradicional de relación de causalidad, ya que permite establecer un nexo entre la actividad creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado que es relevante en materia penal.

Dentro de este tema, la Corte Constitucional de Colombia en sentencia SU-1184 de 2001 M.P manifiesta:

La imputación de una conducta o un resultado en derecho penal, depende del ámbito de competencia a que corresponda su protección. Para su delimitación (la del ámbito de su competencia) hay que precisar en primer lugar (1) cuál es la posición de garantía que tiene el sujeto (si esta se origina en la creación de riesgos o en roles institucionales) y cuáles son los deberes que surgen de ella. Establecido este elemento,(2) hay cuatro que sirven para concretar el juicio de imputación: i) el riesgo permitido que autoriza la creación de peligros dentro de los límites que la sociedad va tolerando en virtud de las necesidades de desarrollo, ii) el principio de confianza, indispensable para que pueda darse una división del trabajo y que le permite al sujeto delegar ciertas tareas sobre la base de que los demás son personas auto responsables que cumplirán con las expectativas que surgen de una determinada función. iii) las acciones a propio riesgo, en las cuales se imputa a la víctima las conductas que son producto de la violación de sus deberes de autoprotección y iv) la prohibición de regreso cual, el favorecimiento de conductas dolosas o culposas por un tercero, no le son imputables a quien las hubiere facilitado dentro del riesgo permitido. Demostrada la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, se requiere además (3) una realización del riesgo. Es decir que el mismo riesgo creado para el sujeto sea el que se concrete en la producción del resultado. Criterios como el fin de la protección de la norma de la



diligencia, la elevación del riesgo y el comportamiento doloso o gravemente imprudente de la víctima o un tercero, sirven para saber cuándo se trata de la misma relación de riesgo y no de otra con distinto origen, no atribuible a quien ha creado inicialmente el peligro desaprobado. (Colombia, 2001)

Los dos primeros elementos: la posición de garante y la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, son elementos comunes de la teoría del delito, ya que describen las formas de comportamientos, ya sea acción u omisión independientemente si son dolosos o culposos. Según el funcionalismo los dos primeros elementos de la imputación objetiva son los anteriormente señalados, ya que son propios de la imputación de comportamiento, así también, son válidos la tentativa y el delito consumado, sólo que se trata de delitos de resultados y es necesario el elemento de relación de riesgo. Según esta dogmática el resultado no es una mera condición objetiva de punibilidad, sino es un elemento del tipo por lo que no es suficiente el desvalor de la acción, ya que existen delitos donde no cabe la tentativa como el caso de los delitos culposos.

Gracias al primer elemento de imputación objetiva se puede corroborar si el agente tiene o no la obligación de tener un comportamiento específico o de evitar un resultado. A través de una norma se le faculta la posición de garante a un agente y el saber si cumplió o no con las expectativas propias de su actividad.

2.7.2 ELEMENTOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

2.7.2.1 POSICIÓN DE GARANTE

Es el primer elemento de la imputación objetiva (Villanueva, 2010), y aparece de la organización o de una clase de competencia de carácter institucional, ya sea por acción u omisión. En la vida en sociedad existen actuaciones de tipo general que son atribuibles a todos los seres que viven en sociedad, pero existen actuaciones especiales dentro de las cuales, las personas no son tratadas de manera individual sino a través de un concepto normativo o de carácter reglamentario. Dentro de este tema es importante referir a las competencias por organización, estas competencias figuran al hombre que está dentro de la libertad que posee para poder modificar, actuar y sin embargo tiene, el



primer rol que es mantener separado sus ámbitos de organización con los de sus semejantes, así mismo, no debe invadir los otros ámbitos de organización de los demás. Los seres humanos tienen el derecho de actuar como mejor le parezca, de generar los riesgos que crea necesarios, siempre y cuando estos sean los permitidos por la norma.

Ahora se debe hacer alusión a las Competencias Institucionales, bajo este marco, el ser humano está configurado su mundo dentro del cual debe realizar sus actividades impuestas o configuradas en el ámbito social o normativo. Lo que le diferencia a este tipo de la competencia por organización es que aquella nace de la obligación del titular de un rol y como éste se muestra en un mundo en común. En este tipo de competencias no es importante que se haya creado el riesgo, ya que lo importante es el deber de protección de determinados bienes jurídicos frente a cualquier amenaza, por eso se trata de deberes de carácter positivos que surgen de la consecuencia de pertenecer a una institución y que por imperativo normativo quien tiene la calidad de titular, debe tener una actitud o rol de carácter positivo o interventor.

En cuanto a los deberes de aseguramiento dentro de la posición de garante es menester mencionar que cuando el sujeto tiene el control sobre fuentes de peligro, con el fin de asegurar el bienestar de quien está a cargo, debe hacer frente a sus deberes de diligencia y cuidado, ya que quien tiene la titularidad de los deberes de aseguramiento debe impedir que un peligro logre exteriorizarse de alguna manera. Estos deberes insisten en impedir que las personas realicen actividades que causen daños a terceros, en los siguientes casos:

- Cuando la propia persona es quien origina o crea la actividad peligrosa: Normalmente es cuando el garante junto con otras personas origina una actividad considerada como riesgosa, tal como es en el caso de la coautoría o complicidad.
- Cuando sea dueño de los objetos que pueden ser utilizados por tercera personas con el objetivo de causar daño.
- Cuando se ejerce poder sobre determinadas personas.



Así como tenemos deberes de aseguramiento, también tenemos deberes de salvamento que no son otra cosa que evitar la realización de peligros que ya han abandonado el ámbito del garante y han conseguido la esfera de una organización por parte de terceros, es decir, quien ha realizado una conducta peligrosa anteriormente y esta ha generado un riesgo para determinados bienes jurídicos atribuibles a tercera personas, tiene deberes de salvamento; por otro lado. En la injerencia Según Rudolphi no solo es necesario la producción de un riesgo de carácter peligroso y que aquello dé origen a undeber de salvamento en quien lo genera, ya que es necesario que la conducta a más deseo peligrosa y que lastime un bien jurídico, sea además antijurídica. Es importante recalcar que los deberes de salvamento no se muestran cuando la conducta es socialmente correcta. Forero Ramírez y Cruz Bolívar manifiestan que, en cuanto a la posición de garante, la injerencia debe ser siempre antijurídica, estableciendo como requisito propio de su estructura que el riesgo a más de ser típicamente relevante debe ser cognoscible. Gómez Pavajeu completa este concepto adicionando que, si el riesgo no es antijurídico, el peligro sería socialmente aceptado. Así mismo la injerencia tiene excepciones, cuando no hay obligaciones de salvamento, cuando una conducta anteriormente aceptada, es decir está dentro del riesgo permitido, ni cuando se trata de peligros lejano en el tiempo.

También es importante señalar que la asunción del riesgo dentro los deberes de aseguramiento y salvamento emergen de un compromiso por parte del agente en asumir deberes de protección de manera efectiva. Al igual que la injerencia, se opta por una concepción de carácter material de la posición de garante que no deriva de la ley, sino de un tipo de interacción social y como mecanismo de protección de bienes jurídicos, ya que quien crea y asume riesgos tiene los deberes de aseguramiento o salvamento. La posición de garante es un elemento común tanto en la omisión como en la acción porque el fundamento de la responsabilidad no consiste en si se dio o no el actuar, sino en que si se tiene o no el control en una fuente de peligro o si asumió el control de dicha fuente. Se debe asegurar que no se exceda el riesgo permitido, entonces lo relevante es que ya sea por acción u omisión creó un riesgo jurídicamente desaprobado.



La distinción entre omisión y acción, se empieza a probar dentro de la competencia institucional, ya que lo fundamental es saber quién ha infringido el deber y el estatus que el sujeto tiene en una situación en concreto frente a un bien jurídico protegido, como consecuencia existe la vinculación de la teoría de participación con su característica fundamental del estatus institucional.

2.7.2.2 CREACIÓN DE UN RIESGO JURÍDICAMENTE DESAPROBADO

Una vez que se ha comprobado que el sujeto ya sea por organización o institucional, tiene la posición de garante, conviene establecer si en la posición el garante ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado y a su vez este riesgo engloba: el riesgo permitido, el principio de confianza, prohibición de regreso y las acciones a propio riesgo. Cuando entendemos que nos encontramos en una sociedad de riesgo, podemos concebir y conceptualizar al riesgo permitido que no es otra cosa que el actuar que tiene el agente dentro de los parámetros o marcos por lo que sería imputable, aunque llegara a causar daño.

Uno de los criterios que permiten clarificar la legitimidad de los riesgos permitidos es la utilidad social que se da cuando al permitirse un riesgo se crea un conflicto ya que si bien, toda persona tiene el derecho a que se respeten sus derechos, hay ocasiones que por temas de utilidad que son favorables a la ciudadanía, no se tutela completamente. A este criterio se le suma la necesidad del riesgo que al encontramos una sociedad de interacción existen ciertos tipos de actividades, las cuales no se podrían concebir si no existieran los riesgos necesarios como lo es en actividades industrializadas.

La costumbre también se constituye como uno de los elementos del riesgo permitido, debido a que existen riesgos que han sido adecuados a lo largo del tiempo gracias a la costumbre, como lo es en algunas disciplinas de carácter deportivo. Así mismo, los riesgos permitidos están avalados o pre cautelados por el ordenamiento jurídico, pero más que ello, el ordenamiento jurídico establece qué riesgos son los que están prohibidos y lo hace a través de la norma penal. En nuestro caso COIP con lo que respecta a las leyes de tránsito que si bien, no logran establecer todas las actividades que pueden conllevar un riesgo jurídicamente desaprobado debido a que los seres



humanos tienen actividades de carácter diverso, se puede acudir a lo que se conoce como experiencias de la vida que coadyuvan al no existir por parte del ordenamiento jurídico una descripción de todos los deberes de cuidado necesarios para llegar a determinar en qué momento estamos frente a un riesgo permitido. Estas experiencias emergen del actuar que tienen las personas en el ejercicio de su actividad. La Lex artis son normas de carácter técnico que muchas de las veces son de carácter privado o reglamentario, es decir, no se encuentran en la norma de forma directa en el COIP.

Otro elemento que determina si estamos frente a un riesgo jurídicamente desaprobado es el principio de confianza que parte del punto de que las personas que participan dentro de una sociedad organizada actúan y ciñen sus actividades dentro del marco que la ley permite, y eso hace que, si todos los integrantes de la sociedad actúan de esa manera, la sociedad sigue su curso sin recibir alteración alguna. Se adiciona el elemento llamado prohibición de regreso que actualmente gracias a la necesidad que tienen los sujetos que viven en sociedad, sirve para establecer los techos o límites a la teoría de la equivalencia de condiciones que relacionado al nexo de causalidad y que cuando un agente realiza una conducta, ya sea imprudente o irrelevante estimula a la comisión de un delito culposo o doloso. Es necesario hacer alusión a las acciones a riesgo propio para delimitar el riesgo jurídicamente desaprobado, que son aquellas actividades en las que el agente como titular de un bien jurídico se auto impone y se debe establecer si el sujeto activo debe asumir las consecuencias por auto imponerse. Ocupa estudiar el comportamiento de la víctima para establecer si ese comportamiento impide la imputación del resultado al sujeto.

Existen situaciones en las que se deben establecer escenarios donde la acción a propio riesgo de quien resulta dañado el bien jurídico, no absuelve la imputación penal de la persona que haya colaborado a la creación del peligro. En este punto se desarrollan cuatro situaciones: Cuando quien lo comete tiene la posición de garante para con la víctima en la autoría mediata, homicidio consentido y cuando el objetivo de la norma penal es proteger a las personas que de manera voluntaria y negligente se exponen al peligro.

2.7.2.3 RELACIÓN DE RIESGO



Este es el tercer elemento de la teoría de imputación objetiva (Villanueva, 2010), también es parte de la segunda fase de imputación y solo es aplicable a los delitos de resultado ya que consiste en la concreción del riesgo jurídicamente desaprobado en resultado y por aquello los daños de manera planificada son evitables y se reflejan como resultado de un riesgo no permitido.

Según Villanueva para estar en esta fase es necesario que se cumpla con: la relación de causalidad, que el agente haya creado el riesgo típicamente relevante, por lo que si faltan alguno de estos elementos no habría nada que imputar. Para analizar el juicio de imputación de resultados se debe verificar que al sujeto se le puede imputar como obra suya y que pueda responder como un delito ya consumado o por tentativa. Siguiendo este concepto, una persona sería imputable en el sentido normativo-funcional, que la concibe como la realización de riesgo que está prohibido en la actividad, debemos entenderla como la necesidad de corroborar si en el resultado causado se ha realizado un riesgo típico desaprobado de la acción.

Según Fernando Velásquez establece 4 escenarios sustentados bajo el criterio antes expuesto:

1. Falta de realización del peligro por la irrupción de otra cadena causal.
2. Falta de realización del riesgo permitido cuando el sujeto ejecuta una acción peligrosa permitida.
3. Fin de protección de la norma como cuando el agente supera el riesgo permitido pero el resultado no le es imputable objetivamente por no ser éste no es de los que trata de evitar la norma infringida
4. En los eventos de realización de una conducta alternativa conforme a derecho que se presenta cuando el agente de forma imprudente causa un daño que de todas las maneras no se habría evitado, aunque él se hubiera comportado de forma correcta.



CAPITULO III

ANÁLISIS DEL CASO Nro. 17294-2017-01300



3.1 TEORÍA DEL CASO Y PRETENSIONES DE LAS PARTES

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

3.1.1 TEORÍA DEL CASO:

El día 09 de octubre del 2014 a las 08H30 en el hospital Baca Ortiz, la niña Katherine Muñoz Topón, de 1 año once meses fue intervenida en el quirófano número 7, para que se realice un tratamiento de carácter odontológico integral por caries. Intervención que se practicó con anestesia general, interviniendo la odontóloga Julia Anabelly Mora Delgado, la anestesióloga Jenny del Rocío Peñaloza Carrillo, como auxiliar Rocío Vizuete y el circulante enfermero Fernando Salguero. Una vez iniciado el procedimiento y tras 20 minutos de intervención, la odontóloga se percata que la paciente tiene los labios negros y da la voz de alarma, donde la persona que debía monitorear a la niña, se había ausentado del quirófano abandonando a su paciente, por lo que solicita se busque a la anestesióloga Jenny del Rocío Peñaloza Carrillo quien regresa y estabiliza a la niña, la paciente sufre una hipoxia isquémica, la misma que se produce por la falta de oxigenación de células, causando que la niña quede en estado vegetativo; La anestesióloga violentó el deber objetivo de cuidado al momento que abandonó la sala de cirugía, y pese a que fue una cirugía programada, manifiesta que salió a buscar un medicamento dejando encargado a otro médico que no tenía los conocimientos necesarios para asumir ese rol. Así mismo no hizo uso del capnógrafo que le permite medir el nivel de oxígeno en la sangre de la niña violentando el deber objetivo de cuidado y Lex Artis, lo que generó una incapacidad permanente e irreversible en la paciente.

3.1.2 PRETENSIÓN:

Que se le sentencie a la anestesióloga **Jenny del Rocío Peñaloza Carrillo** por el delito establecido en el artículo 152 numeral, así mismo el inciso tercero de Código Orgánico Integral Penal en concordancia con el artículo 146, con el grado de autora directa e inmediata.



ACUSACIÓN PARTICULAR: HENRY GEOVANNY MUÑOZ CARRERA.

3.1.3 TEORÍA DEL CASO:

La acusación particular incoado por el señor Henry Muñoz se adhiere a la teoría sostenida por fiscalía, haciendo énfasis en que se probará los daños causados a la menor ya que tuvo que someterse a varias cirugías, quedando descerebrada debiendo someterse a una cirugía des comprensiva, por lo cual demostrarán los daños y la necesidad de la reparación integral.

3.1.4 PRETENSIÓN:

Que se le sentencie a la anestesióloga **Jenny del Rocío Peñaloza Carrillo** por el delito establecido en el artículo 152 numeral, así mismo el inciso tercero de Código Orgánico Integral Penal en concordancia con el artículo 146, con el grado de autora directa e inmediata; así mismo que a Peñaloza en sentencia se le ordene el pago de una cantidad simbólica por el concepto de reparación integral.

DEFENSA TÉCNICA DE LA PROCESADA

3.1.5 TEORÍA DEL CASO

La niña Katherine Muñoz Topón acudió a realizarse un procedimiento odontológico, quien fue previamente evaluada por la médica anestesióloga Estefany Mora, quien entregó a la Dra. Jenny Peñaloza y debido a que la niña presentaba destrucción en el tejido dentario requiriendo anestesia; interviniendo la Odontopediatra Anabely Mora, la auxiliar Rocío Vizuete y el circulante enfermero Fernando Salguero. La Dra. Jenny Peñaloza verifica por 30 minutos la máquina de la anestesia y al constatar que no existía novedad alguna procede a colocar la respiración de tipo mecánica, indicándole al señor Salguero que se dirigía a la bodega descentralizada que se encuentra a 10 pasos del quirófano, y al cruzar el umbral de la puerta es alertada por el señor Salguero que la niña estaba presentando inconvenientes, por lo que regresa y al momento de asistir a la paciente, constata que los labios estaban cianóticos por lo que luego de controlar la saturación, la estabiliza, donde empieza a presentar de problemas en la frecuencia cardiaca, por lo que se coloca atropina por dos ocasiones y pide al señor Salguero que



busque ayuda, ingresando el Dr. Jaime Reyes y el Dr. Paul Salazar quienes logran estabilizar a la paciente y su saturación, trabajando la Odontopediatra dos minutos más; se traslada a la paciente a la sala de cuidados intensivos con una frecuencia cardiaca y presión arterial estabilizada; enterándose posteriormente la Dra. Peñaloza que la paciente había quedado en estado vegetativo, sin tener responsabilidad alguna.

3.1.6 PRETENSIÓN:

Se ratifique el estado de inocencia, levantando las medidas cautelares puestas en su contra

3.2 ANÁLISIS DOGMÁTICO EN RELACIÓN A LA SENTENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA.

Nuestro Código Orgánico Integral penal define a la infracción penal conocida como delito en su Artículo 18 “Infracción penal. - Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código” (Nacional A. , Código Orgánico Integral Penal , 2014).Es decir, en la parte general del COIP nos determina el concepto universalmente utilizado con respecto al delito o infracción penal, por lo que es plenamente aplicable dentro del problema jurídico el bien llamado, teoría del delito.

Es importante mencionar que, se aborda la problemática que debate la sala de lo penal de la Corte Provincial de Pichincha con respecto a la lesión del bien jurídico de la víctima, en concreto, la integridad personal; teoría del caso que defiende Fiscalía General del Estado en su acusación, así como también antes, en su imputación; dicha teoría guarda armonía y concordancia con la acusación particular; distinto a la teoría del caso que sostiene la defensa de la procesada pues, señalan que si bien la anestesióloga se ausentó del quirófano, fue para ir en busca de un medicamento que podría servir dentro de la intervención, y que al cruzar el umbral de la puerta le llaman a lo que ella rápidamente acude y constata que la paciente tenía labios cianóticos por lo que luego de controlar la saturación, la estabiliza, donde la paciente empieza a presentar de problemas en la frecuencia cardiaca, por lo que se coloca atropina por dos ocasiones y



pide al señor Salguero que busque ayuda, ingresando dos galenos más, quienes logran estabilizar a la paciente y su saturación, posteriormente la paciente es trasladada la sala de cuidados intensivos con una frecuencia cardiaca y presión arterial estabilizada; enterándose posteriormente la procesada que la paciente había quedado en estado vegetativo.

Una vez situados los problemas jurídicos, corresponde analizar las categorías dogmáticas del delito en función de la sentencia dada, ya que a criterio personal la sentencia de la sala penal de la Corte Provincial de Pichincha hace un análisis de carácter normativo, pero no adecua normativamente su análisis en función de la dogmática penal que efectivamente debería hacerse ya que el COIP lo permite, sin dejar de lado los elementos como la lógica, la razonabilidad y la comprensibilidad, por lo que es necesario abordar estos conceptos con el fin de tener sentencias de calidad en el marco de los procesos penales.

En función de las Categorías Dogmáticas del delito esto es: Acto, típico, antijurídico, y la culpabilidad, es menester que sea de mayor análisis o relevancia el carácter objetivo del tipo, es decir, la tipicidad fundamentalmente en la teoría de la imputación objetiva; teoría defendida por la corriente del funcionalismo. En el Ecuador es importante abordar este tema puesto que se nos permite, en función al artículo que aborda la posición de garante que es atinente al delito de carácter imprudente, objeto de estudio en este trabajo de investigación.

Primero analizamos la primera categoría dogmática del tipo llamada **Conducta**, es el núcleo del delito, con el cual se lesionan el derecho de otra persona, por lo que debemos cuestionarnos, ¿Cuál es la conducta de la médico anestesióloga?, es decir, acción u omisión; revisando el proceso se puede colegir que se trata de una omisión a la Lex Artis, puesto que deja de monitorear a la paciente dentro de la intervención odontológica que fue programada con anticipación y que se llevó a cabo el día 09 de octubre del 2014 a las 08H30 en el hospital Baca Ortiz. En segundo lugar, adecuamos los elementos objetivos y subjetivo del tipo:



Tipicidad: El primer elemento es el *sujeto activo*, brevemente hacemos una conceptualización corta y concreta que el Jurista Pablo Encalada expone en su obra y lo define.

Es la persona natural que comete el delito de acuerdo a diversas formas de participación, el sujeto activo puede ser:

- a) Calificado: Cuando para ser sujeto activo se necesita alguna calidad en especial, por ejemplo, el juez en el prevaricato o el funcionario público en el peculado.
- b) No calificado: Cuando cualquier persona puede ser responsable del delito, que son la generalidad de los delitos, por ejemplo “el que matare”, “el que hurtare”, etc. (Encalada, 2015)

Se establece quien es el sujeto Activo dentro de esta omisión y es quien lesiona el deber jurídico protegido, en este caso es la médica anestesióloga Jenny del Rocío Peñaloza, no hay que olvidar que este tipo penal es calificado ya que, es atribuible sólo a un facultativo.

Dentro de la tipicidad se debe establecer también el *sujeto pasivo*, que es el titular del bien jurídico lesionado, sería la menor Katherine Topón y que necesariamente debemos hacer mención a Encalada que realiza la clasificación del sujeto pasivo

- a) Calificado: Cuando se requiere de una calidad especial para serlo, por ejemplo, en el delito de femicidio (ser mujer) en el estupro (menor de 18 y mayor de 14), violación en persona menor de 14 años.
- b) No calificado: Cuando no se requiere ninguna calidad, sino que cualquier persona puede serlo. Ejemplo: robo, asesinato, lesiones. (Encalada, 2015)

También hay que establecer el *verbo rector* entendiéndose como la acción ejecutiva del cometimiento del delito, según Encalada “el verbo rector no es exclusivamente el verbo como categoría gramatical sino en general una conducta prohibida por el legislador” (Encalada, 2015), en este caso en concreto es lesionar en relación al artículo 152. 5 del COIP



Art. 152.- Lesiones. - La persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas:

5. Si produce a la víctima enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano o alguna grave enfermedad transmisible e incurable, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. (Nacional A. , Código Orgánico Integral Penal , 2014)

Otro elemento, es el *bien jurídico* tutelado subsidiariamente, teoría sostenida por Roxin y varios autores, se lo denomina así por la razón de que los bienes jurídicos en Ecuador se llaman fundamentales o constitucionales que están establecidos en la norma constitucional en su parte orgánica, pero no todos los bienes jurídicos van a ser tutelados por el derecho penal, ya que serán tutelados los bienes jurídicos relevantes para el ordenamiento jurídico y este concepto se lo vincula históricamente con un concepto de valor que les da la sociedad a determinadas cosas; por ejemplo existen países en los cuales el delito de violación no es aplicable en la relación de marido y mujer porque el concepto de valor es distinto al nuestro; en el caso que objeto de análisis, la integridad física que es el bien jurídico protegido dentro del caso en concreto se encuentra constitucionalmente tutelado en el artículo 66 numeral 3 literal 1

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte.
2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.

3. El derecho a la integridad personal, que incluye:

- a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. (Nacional A. , Constitución, 2008)

Ahora conviene ubicarnos en el esquema normativo en nuestro país instituido en el COIP dentro del capítulo Segundo: delitos contra los derechos de la libertad, en la sección



primera en la que se encuentra los delitos contra la inviolabilidad de la vida, es aquí donde encontramos el tipo penal de lesiones, en el artículo 152.

El *objeto material* es otro elemento dentro de la tipicidad que no es más que la cosa que es lesionada; tiene una estrecha relación con el bien jurídico puesto que hay ocasiones en que el bien jurídico y el objeto material son lo mismo; en nuestro caso es la persona nombrada así genéricamente.

Dentro de la tipicidad existen elementos secundarios o también llamados accidentales, que son: descriptivos, normativos valorativos o complementarios, los cuales los describiremos brevemente

- Descriptivos: Son aquellos que ayudan a terminar de describir el tipo penal, ayuda a completar la oración.
- Normativos: Son las descripciones que nos refieren a otras normas para comprender el alcance del tipo.
- Valorativos: Son cuestiones de tipo subjetivos que el juez como intérprete norma, le da el valor a su modo.

Ahora, es conveniente analizar dentro de la Tipicidad, a la Imputación Objetiva que nació en los años treinta a inicios del siglo XX; pero a partir de los años cincuenta del siglo pasado, Roxin irrumpió la concepción de la teoría del delito en función de la tipicidad, con respecto a la teoría de la imputación objetiva, dándole un nuevo sentido a los delitos de carácter culposo.

En nuestro país, en la concepción acuñada por nuestro ordenamiento jurídico efectivamente, revisando el expediente del juicio Nro:17294-2017-01300, es completamente aplicable la teoría de la imputación objetiva que se desarrolló en el segundo capítulo de este trabajo de titulación, ya que el COIP establece la infracción del deber objetivo de cuidado.

Entonces, vamos a abordar la teoría de la imputación objetiva según los estudios de Roxin y Jakobs ya que se adecua al caso en concreto de lesiones por mala práctica médica. Roxin manifiesta que la imputación objetiva se basa o fundamenta en los



siguientes elementos: creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, aumento del riesgo permitido y esfera del ámbito de la protección de la norma; haciendo un parangón de estos elementos con el juicio en análisis se tiene:

- Creación de un riesgo jurídicamente desaprobado: Aparece este elemento cuando, el agente que tiene bajo su cuidado un bien jurídico, realiza una acción u omisión que crea un riesgo relevante al bien jurídico tutelado; en el caso en concreto la médico anestesióloga, crea un riesgo jurídicamente desaprobado al realizar una omisión que fue dejar a la paciente sin monitoreo para ir a retirar un medicamento que podría ser necesitado.
- Aumento del riesgo permitido: Se desarrolla cuando el agente al realizar una actividad que tiene el peligro que la sociedad soporta o admite, excede dicho peligro; en el caso en concreto la omisión de la anestesióloga al no estar atendiendo a su paciente crea un riesgo permitido puesto que, bajo designación administrativa era la responsable de la menor.

En cuanto al cuidado objetivo dentro de la posición de garante, el jurista Pablo Encalada señala que “prácticamente todas las actividades de la vida en sociedad, se encuentran normadas y más aún cuando de esas actividades, se desprenden riesgos para los seres humanos” (Encalada, 2015).

Por lo que concluye que el concepto de cuidado es objetivo y normativo debido a que, frente al resultado dañoso, el agente actuó o no dentro de los riesgos permitidos. Welzel sostiene que el cuidado objetivo es una especie de modalidad de la acción, con característica de ser apropiado o correcto.

Donna por su parte menciona que, no es la diligencia que tenga el sujeto al momento de realizar una actividad dentro de su entorno social, sino el cuidado necesario para evitar un resultado dañoso de un bien jurídico tutelado y ese cuidado debe ser establecido de manera objetiva.

Ahora, adecuamos la teoría a nuestro análisis ¿La médico anestesióloga actuó o no dentro de los riesgos permitidos?



La respuesta es no, puesto que con base a las pruebas aportadas tanto de fiscalía y acusador particular se desprende que:

-La persona que debía salir por insumos en el vaso de necesitarse era el circulante, el señor Mario Fernando Salguero.

-Habiendo transcurrido de 15 a 20 minutos de iniciada la intervención, la odontopediatra observa que se presentaba la paciente una cianosis labial, la misma generada por falta de oxígeno, una vez percatada la odontopediatra, levanta su rostro en busca de la anestesióloga, la Doctora Peñaloza, quien no se encontraba en el quirófano, en el sitio de monitoreo, por lo que el circular es quien sale del quirófano en busca de la anestesióloga.

-Una vez que el circulante sale en busca de la anestesióloga, la misma había salido en busca de medicamentos.

-La médica anestesióloga conocía previamente que no existía una línea de capnografía y como se trataba de una intervención en cavidad bucal, la misma conllevaba que la paciente tenga tapado su rostro lo que dificultaba su cuidado.

Con todo lo anterior se puede establecer que la responsable del monitoreo de la menor era la médica anestesióloga quien no actuó conforme debía hacerlo que adecuando a los términos del deber objetivo de cuidado, creó un riesgo jurídicamente desaprobado ya que según Encalada

El exceso de riesgo constituye la violación del deber objetivo de cuidado por lo que se han creado normas reglamentarias que rigen la condición de los vehículos, los códigos de ética de los profesionales, la lex artis de los médicos o las normas relativas a la construcción e industrias en general, por lo tanto son requisitos para que exista delito culposo, la lesión al deber objetivo de cuidado, el resultado típico y el nexo causal. (Encalada, 2015)

Dentro de los peritajes que establece el COIP en su artículo 511 con respecto a la mala práctica médica se colige:

- Un médico en un procedimiento quirúrgico con anestesia general no se puede separar de su paciente.



- Un anestesiólogo no debe abandonar la sala a menos de que un médico se quede a cargo.
- El médico anestesiólogo no puede abandonar al paciente sólo en el caso de extrema urgencia, siendo la función del auxiliar el pasar insumos y dotar de material.
- Que, si la saturación bajaba y se presumía que, el ventilador no funcionaba el anestesiólogo no puede ausentarse.
- De acuerdo a los protocolos un auxiliar de enfermería no puede monitorear a un paciente, siendo el deber del médico al verificar que el ventilador no funciona, proceder a ventilar manualmente.
- Con la observación clínica se suple la ausencia del capnógrafo.
- El anestesiólogo es quien debía monitorear a la paciente durante el procedimiento, lo que hubiere permitido percatarse de la falta de oxígeno y, por ende, evitar el daño neurológico causado en la víctima.

Lo anteriormente citado demuestra que la médico anestesióloga a través de su actuar, creó un exceso de riesgo permitido y a su vez, violenta el deber objetivo de cuidado, incumpliendo lo que la lex artis y demás protocolos ordenan a un galeno en esa situación. Ya que se puede colegir que su actividad era previsible, es decir, salir del quirófano a ver un medicamento lo hubiera hecho el circulante sin problema alguno.

- Esfera del ámbito de protección de la norma: Surge cuando la lesión al bien jurídico está dentro del ámbito de la norma, es decir, si está amparada en el ordenamiento jurídico; aplicándolo al proceso la lesión que recibió la paciente está dentro del ámbito de protección de la norma, en específico, en el artículo 146;28;152.5 del COIP. Entonces ese derecho o bien jurídico lesionado cuenta con toda la protección del ordenamiento jurídico.

Ahora Jakobs coincide con el elemento del riesgo permitido expuesto por Roxin, pero a su vez, agrega y plantea la llamada fuente de peligro, que son los instrumentos que utiliza la anestesióloga en la consecución de su actividad y que debían ser utilizados de manera adecuada y más allá de aquello, debían ser monitoreados de manera permanente ya que su descuido podría incurrir en un delito de carácter culposo.



Jakobs también aborda el principio de confianza que está desarrollado en el capítulo segundo de este trabajo de investigación, la prohibición de regreso y la actuación a propio riesgo de la víctima que, para ser prolijos, es llamada autopuesta en peligro o heteropuesta en peligro que brevemente lo relacionamos con el caso materia de estudio

- Principio de Confianza que no es más el actuar que tienen los integrantes de una sociedad o grupo social y este se direcciona a su vez, de tal modo que los demás confían en que se va a desarrollar con normalidad; En el caso que nos atañe los integrantes del equipo médico, estos son: odontóloga, circulante enfermero y auxiliar realizaron su labor atendiendo los requerimientos de ese tipo de intervención, mas no la anestesióloga quien rompió el principio de confianza pues, al descuidar su actividad o rol, causó el daño a la menor.
- La prohibición de regreso se enmarca en los roles que tienen todas las personas dentro de una actividad ya que, para determinar la responsabilidad se debe, ante todo, establecer quién era el responsable de aquella, pues el rol empieza y termina en él, la prohibición de regreso evita que la responsabilidad se retrotraiga a personas que intervinieron de alguna manera en una actividad precedente que tiene relación con el resultado.
- Actuación a propio riesgo que, a su vez, se divide en autopuesta en peligro que la víctima teniendo conocimiento de que la acción que se va a realizar es peligrosa a mi bien jurídico, dejó que suceda; en cambio, la heteropuesta en peligro es que el agente que está a cargo de una persona, la expone. Aquí es necesario preguntarse con respecto al caso, Según el rol y resultado dañoso, ¿quién estaba a cargo de la paciente? La respuesta es clara, la médica anestesióloga fue quien según el rol que desempeñaba, era la responsable de la saturación de oxígeno de la menor y al salir de la sala de quirófano, puso en peligro a la paciente, ya que los padres como representantes de la menor, confiaron en los médicos y en el procedimiento que se iba a llevar a cabo, por lo tanto, no tienen responsabilidad alguna.

Ahora conviene analizar si el actuar de la médica anestesióloga fue doloso o imprudente, por lo que abordaremos la culpa que:



Según Pablo Encalada, para que se configure un delito de carácter culposo, es necesario la infracción al deber objetivo de cuidado, el resultado típico, que puede ser lesiones o muerte y el nexo causal. Siguiendo esa misma línea debemos adentrarnos a lo que dice el COIP con respecto a la culpa, en su artículo 27. “Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código” (Nacional A. , Código Orgánico Integral Penal , 2014).

Ya desarrollado el análisis a lo largo de este tercer capítulo, se colige que la profesional actúa con culpa ya que infringe su deber objetivo de cuidado al salir del quirófano y como la norma menciona que para que se constituya un delito culposo, la responsabilidad debe ser correspondida al agente de manera personal, elemento que se cumple dentro del caso ya que, la anestesióloga fue posesiona de manera debida dentro de su cargo.

Lo que corresponde preguntarse es ¿Es culpa consciente o inconsciente?

Revisando el expediente se establece que existe culpa consciente ya que el sujeto actúa con representación del resultado, es decir que, a pesar de haber previsto el peligro, su actuar culposo e imprudente, lo realiza.

Mediante las pruebas aportadas, es palpable la negligencia del agente ya que informada de que la intervención no contaba con un capnógrafo, de igual manera, salió del quirófano, dejando al circular, quien no tenía los conocimientos para monitorear el oxígeno a la menor. Se anticipa el daño, pero confiada, de igual manera lo realiza. Su actuar imprudente causó el daño a la menor.

Ahora, la tercera categoría del delito es la antijuricidad, que está presente en toda la normativa penal. Se lo define como “una conducta contraria al derecho, la cual en principio está supeditada a que no hay causas de justificación o situaciones que la conducta típica, sea jurídica, así como en los casos de legítima defensa o estado de necesidad” (Encalada, 2015), Muñoz Conde sostiene:

Una vez afirmada la tipicidad, del caso real concreto, es decir, una vez comprobado que el caso es subsumible a un supuesto de hecho del tipo de delito



previsto en la norma penal, el siguiente paso, en orden a la averiguación de si ese caso puede engendrar responsabilidad penal, es determinación de la antijuricidad, es decir la constatación que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito. (Conde, 2010)

La característica de la antijuricidad (Conde, 2010), es la contradicción entre la acción realizada por el agente y las exigencias del ordenamiento jurídico, así mismo es importante manifestar que, el término antijuricidad no es propio del derecho penal sino un concepto unitario, válido para todo el conglomerado social. La misma no es creada por el derecho penal, sino que es seleccionada a través de la tipicidad, ya que un hecho típico genera la duda de que también es antijurídico, aunque puede existir causas de justificación.

Existen dos clases de antijuricidad formal y el material. La primera aparece como una contradicción entre la acción y el ordenamiento jurídico, mientras que la segunda, existe esa contradicción, pero se suma un contenido de carácter material y este se refleja en una ofensa al bien jurídico tutelado.

En el caso materia de análisis, existe antijuridicidad y más allá de aquello es una antijuricidad material, ya que, si bien existe la contradicción entre el actuar del médico que fue abandonar a la paciente y la lex artis, que establece que un médico anestesiólogo no puede abandonar al paciente puesto que, es el responsable de monitorearlo. Entonces, se cumple la primera exigencia, ahora existe una ofensa o daño al bien jurídico que es la integridad física de la menor, por lo que una vez comprobado que es un derecho tutelado por la norma penal, se establece que se cumple con esta categoría dogmática.

Ahora conviene analizar la culpabilidad, que es la última categoría dogmática, considerada por la teoría neokantista como juicio de reproche que hace la sociedad del autor del hecho, el COIP, en su artículo 34 lo define como “Culpabilidad. - Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”. (Nacional A. , Código Orgánico Integral Penal , 2014).



El COIP adecúa dos elementos en la culpabilidad, la imputabilidad que en el caso que nos atañe, el sujeto activo es plenamente consciente, no tiene ningún problema psíquico; ahora, actuar con conocimiento de la antijuricidad de su conducta, que por el actuar de la procesada se conoce que sabía que su actuar negligente y falta de previsibilidad que podía traer consecuencias adversas y que era contraria a la ley.

A estos dos elementos se le agrega la doctrina, la exigencia de otra conducta, que sería el estar pendiente en el monitoreo de su paciente, en todo el momento de la intervención.

3.3 REPARACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA CON RESPECTO A LA SENTENCIA.

Los jueces al resolver la autoría directa de la procesada, al momento de resolver y encontrar a la procesada culpable por el delito de Lesiones culposas, en el grado de autora directa, manifiestan la pena y su reparación integral.

En base al Art. 152. 5, en concordancia con el antepenúltimo inciso 152; 146 último inciso y 42.1. del COIP, se estableció una pena privativa de libertad de 1 año 3 meses.

La reparación integral fundamentada en la Constitución de la República en su artículo 78

Art. 78.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales. (Nacional A. , Constitución, 2008)

De igual forma, el COIP señala en su artículo 77 y 78

Artículo 77.- Reparación integral de los daños. - La reparación integral radicará en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado.



La restitución integral constituye un derecho y una garantía para interponer los recursos y las acciones dirigidas a recibir las restauraciones y compensaciones en proporción con el daño sufrido. (Nacional A. , Código Orgánico Integral Penal , 2014)

Artículo 78.- Mecanismos de reparación integral. - Las formas no excluyentes de reparación integral, individual o colectiva, son:

1. La restitución: se aplica a casos relacionados con el restablecimiento de la libertad, de la vida familiar, de la ciudadanía o de la nacionalidad, el retorno al país de residencia anterior, la recuperación del empleo o de la propiedad, así como al restablecimiento de los derechos políticos.
 2. La rehabilitación: se orienta a la recuperación de las personas mediante la atención médica y psicológica, así como a garantizar la prestación de servicios jurídicos y sociales necesarios para esos fines.
 3. Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales: se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicoamete.
 4. Las medidas de satisfacción o simbólicas: se refieren a la declaración de la decisión judicial de reparar la dignidad, la reputación, la disculpa y el reconocimiento público de los hechos y de las responsabilidades, las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas, la enseñanza y la difusión de la verdad histórica.
 5. Las garantías de no repetición: se orientan a la prevención de infracciones penales y a la creación de condiciones suficientes para evitar la repetición de las mismas. Se identifican con la adopción de las medidas necesarias para evitar que las víctimas sean afectadas con la comisión de nuevos delitos del mismo género.
- (Nacional A. , Código Orgánico Integral Penal , 2014)

Con los artículos anteriores, los jueces subsumen el caso de la menor Katherine Topón y la conducta de la anestesióloga Jenny Peñaloza que causó una lesión irreversible tanto



a su salud como a su integridad física. De las pruebas que sirvieron para establecer la reparación integral, se pueden establecer las siguientes:

- La menor a la fecha de la lesión tenía 1 año 11 meses, edad que fue corroborada gracias a la prueba aportada por las partes procesales,
- Certificado de la INEC, respecto de la esperanza de vida de la población femenina del año 2012-2020 a la edad de 80 años.
- Certificado de la INEC del valor de la canasta familiar de fecha febrero del 2018 que corresponde a la cantidad de \$710,46
- Facturas de gastos de atenciones médicas y medicinas a la víctima (se lineamientos valorativos atendiendo a criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo que respecta a la naturaleza de reparación integral manifiesta que, esas reparaciones tienen el objetivo de cesar los efectos de las violaciones cometidas, del bien jurídico afectado, y el daño material e inmaterial ocasionados, de ninguna forma implicará enriquecimiento o empobrecimiento ya sea para la víctima o sus sucesores.

Los criterios utilizados para el establecimiento de la indemnización son los de equidad e igualdad, fijándose la cantidad de \$378.240 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, que debían cancelarse a los padres de la menor.

Como medida simbólica de reparación y no repetición se estableció la publicación de la sentencia en la página WEB del Hospital de niños Baca Ortiz; y la réplica por parte del Ministerio de Salud Pública del Ecuador y el conocimiento en la red de hospitales públicos del país.

Por último, se resolvió que el Hospital de niños Baca Ortiz debía entregar atención preferente y prioritaria a la menor hasta que cumpla los 18 años.

3.4 CONCLUSIONES

En el análisis dogmático antes realizado a la sentencia del juicio Nro. 17294-2017-01300 por los jueces y juezas de la sala Especializada de lo Penal, Militar, Policial y Tránsito de



la Corte Provincial de Pichincha a Jenny Rosario Peñaloza Carrillo por el delito de lesiones con base al Art. 152.5 del Código Orgánico Integral Penal, podemos colegir las siguientes conclusiones:

- Si bien, la motivación realizada por los jueces es normativamente aceptable, no realizan un análisis de carácter dogmático ni doctrinario para referirse a la violación del deber objetivo de cuidado ya que, refieren su sentencia a la norma competente, COIP.
- Las pruebas aportadas, en especial las de Fiscalía General del Estado ayudan a establecer el momento preciso en que la médico anestesióloga viola el deber objetivo de cuidado ya que, al salir del quirófano 7 en busca de un medicamento y dejar sin monitoreo de oxígeno a su paciente lesionó su deber que le fue atribuido, causando una hipoxia cerebral, dando como resultado una incapacidad severa, total e irreversible a la menor.
- El actuar del médico anestesiólogo si bien, no fue un actuar doloso; fue por demás imprudente contraviniendo los reglamentos y protocolos que rigen para los profesionales de la salud en cuanto a los procesos odontológicos pediátricos que lo podríamos describir como el NO abandono del paciente.
- En cuanto a la norma en la que se sustenta la sentencia, el Art.146 inciso 2, es importante mencionar que, ese artículo en su título hace referencia al homicidio culposo que, si bien lo describe en su primer inciso, ya en el segundo describe los elementos para la determinación para la infracción al deber objetivo de cuidado, lo que hace ver una especie de mezcla de la parte especial con la parte general.
- Así mismo, el Art 28 de COIP hace referencia a la omisión dolosa que nada tiene que ver con el caso materia de análisis, pero en su segundo inciso establece quien se encuentra en la posición de garante, mezclando dos conceptos totalmente distintos, ya que la definición de posición de garante puede ser aplicado tanto para delitos culposos y dolosos.



BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

- Asúa, L. J. (1958). *La Ley y el Delito*. Buenos Aires : ABELEDO PERROT.
- Balestra, C. F. (1998). *Derecho Penal Introducción y Parte General*. Buenos Aires: Abeledo .
- Cabanellas, G. (2005). *Diccionario Jurídico Elemental* . Argentina : Heliasta. Obtenido de Slideshare.
- Carrara, F. (2000). *Programa del curso de Derecho Criminal*. Italia : Jurídica Continental .
- Carreño, B. (2019). La culpa desde la teoría sintética de la acción penal y su fundamentación en la justicia restaurativa. *Vs Juris*, 25.
- Casabona, C. R. (1986). *El médico ante el derecho: la responsabilidad civil y penal del médico*. España: Servicio de Publicaciones.
- Colombia, C. C. (13 de Noviembre de 2001). *Corte Constitucional de Colombia*. Obtenido de Corte Constitucional de Colombia: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/SU1184-01.htm#:~:text=1184%2F01&text=Las%20v%C3%ADctimas%20de%20los%20hechos,y%20a%20que%20se%20haga%20justicia.&text=As%C3%AD%C2%A1la%C2%A0Corte%C2%A0estima%C2%A0que,tramite%20ante%20el%C2%A0juez%C2%A0natural>
- Conde, F. M. (2010). *Teoría general del delito*. Bogotá: TEMIS.
- Donna, E. A. (2012). *El delito imprudente*. Buenos Aires: RUBINZAL-CULZONI EDITORES.
- Ecuador, C. I. (2012). *CÓDIGO PENAL*. QUITO : Corporación de Estudios y Publicaciones .
- Encalada, P. (2015). *TEORÍA CONSTITUCIONAL DEL DELITO*. Quito: CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES.
- Gossel, K.-H. Z. (1995). *Derecho penal. Parte General 2*. Buenos Aires: Astrea.
- López, S. G. (2012). *Derecho Penal I*. Viveros de Asís, Mexico: Red Tercer Milenio.
- Nacional, A. (2008). *Constitución*. Montecristi: Grafikos.
- Nacional, A. (2014). *Código Orgánico Integral Penal* . Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones .
- Nacional, C. (2005). *Código Civil*. Quito : Corporacion de Estudios y Publicaciones .
- Ramal, A. R. (2016). Delitos Culposos. *Universidad Ricardo Palma*, 15.
- Reyes, I. (2015). Sobre la construcción de la exigencia de cuidado . *Revista Política Criminal* , 56-91.
- Román, Á. (2015). EL DELITO IMPRUDENTE EN LA MALA PRÁCTICA PROFESIONAL. En R. Á. Santamaría, *CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL: Hacia su mejor comprensión y aplicación* (págs. 147-160). Quito: CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL.



- Romero, B. (2001). La imputación objetiva en los delitos imprudentes . *Anales de Derecho*, 259-278.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal parte general*. Madrid: Civitas.
- Villanueva, G. (2010). *La imputación objetiva*. Bogotá: EDICIONES NUEVA JURÍDICA.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Roque de Palma.
- Zaffaroni, E. R. (2014). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDIAR.



NORMATIVA

- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial N° 180 -- lunes 10 de febrero de 2014.
- Código Penal Registro Oficial Suplemento 147 de 22-ene-1971.