

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho Procesal

La responsabilidad penal en la mala práctica médica en el Ecuador. Un enfoque desde la actuación probatoria

Autor: Wilson Guillermo Espín Rosales

Director: Álvaro Román Márquez

Quito, 2016



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Wilson Guillermo Espín Rosales, autor de la tesis titulada *La responsabilidad penal en la mala práctica médica en el Ecuador. Un enfoque desde la actuación probatoria*, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha:

Firma:

Resumen

El 10 de agosto de 2014, entró en vigencia el Código Integral Penal, el cual acopló nuevas figuras penales acordes con las exigencias sociales actuales. Una de ellas fue la tipificación de la mala práctica profesional, concebida como un concepto moderno de imprudencia y definida como *la violación al deber objetivo de cuidado*.

Con la vigencia del tipo penal en mención, se identificó que existe una reducida producción nacional de estudios sobre el delito imprudente y, todavía en menor cantidad, sobre la responsabilidad penal en la práctica profesional médica que permita brindar una guía a jueces, fiscales y abogados sobre los alcances de esta problemática penal.

En este sentido, se consideró la necesidad de realizar un estudio que abarque las complejas facetas del delito imprudente y el deber objetivo de cuidado. En primer lugar, fue necesario limitar los alcances del tipo imprudente. Al momento de definir aspectos como su naturaleza jurídica y categorías dogmáticas, esta tarea sumó a su propia complejidad la existencia de grandes debates doctrinales, principalmente en lo que respecta a la determinación de la violación al deber objetivo de cuidado. Por esta razón, dicho análisis se elaboró a partir de los parámetros positivizados en el Código Integral Penal.

En el aspecto sustantivo penal, se identificaron las condiciones legales exigidas al acto médico imprudente, para que sea encasillado en los delitos que nuestra legislación prevé, como son el homicidio y las lesiones culposas. Finalmente, en el aspecto procesal, se realizó un estudio de los medios probatorios, a través del análisis de un caso concreto. De esta forma, se definieron ciertos parámetros para la valoración judicial, en casos de mala práctica profesional, acordes con la aplicación, como regla general, del principio de presunción de inocencia, en primer lugar, y de culpa —y no dolo— en segundo, en el campo del actuar médico.

Agradecimientos

Agradezco a todas las personas que colaboraron en la culminación del presente trabajo; y, de manera especial al Dr. Álvaro Román, quien con su orientación, experiencia y conocimiento permitió alcanzar los objetivos de la presente investigación.

Dedicatoria

A mis abuelitos: Manuel, Rosita, Guillermo y Tulita que desde el cielo me cuidan y me bendicen a diario.

Tabla de contenido

Introducción	8
Capítulo uno.....	10
El delito imprudente: el deber objetivo de cuidado y la imputación objetiva	10
1. Definición, generalidades y estructura	10
1. 1. Denominación.....	10
1. 2. La regulación normativa del delito imprudente.....	11
1. 3. Estructura y autonomía.....	12
1. 4. Desvalor de la acción y del resultado	14
1. 5. El delito imprudente como un tipo abierto	16
2. El deber objetivo de cuidado.....	18
2. 1. Criterios de conceptualización	18
2. 1. 1. Concepción objetiva	19
2.1.2. Concepción subjetiva.....	21
2.1.3. El doble baremo. objetivo-subjetivo. Toma de posición	25
2.2. Criterios de determinación del deber objetivo de cuidado	28
2.2.1. Reglas de determinación: “La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o <i>lex artis</i> aplicables a la profesión”. Normas Jurídicas.....	29
2.2.2. Delito imprudente e imputación objetiva: “La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado”; “El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas”	33
2.2.3. Formación profesional, previsibilidad y evitabilidad: “Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho”	50
2.3. Imprudencia y culpabilidad	56
2.3.1. Conocimiento de la antijuridicidad.....	58
2.3.2. Exigibilidad.....	60
Capítulo dos	63
Responsabilidad penal y mala práctica profesional médica	63
1. La actividad médica	63
1.1. La salud como derecho humano	63
1.2. El acto médico	66
1.3. La relación médico-paciente.....	66

2. La mala práctica profesional	69
2.1. La responsabilidad penal por mala práctica profesional	70
2.2. Los delitos cometidos en ejercicio de la actividad médica.....	71
2.2.1. El homicidio culposo por mala práctica profesional médica.....	71
2.2.2. Lesión culposa por mala práctica profesional médica	87
2.2.3. El trabajo en equipo y la participación en los delitos médicos	94
Capítulo tres	98
La prueba en la mala práctica profesional y su apreciación judicial en el Ecuador ..	98
1. Generalidades sobre la prueba penal	98
1.1. Los medios probatorios	99
2. Análisis jurisprudencial sobre la mala práctica profesional en el Ecuador. Análisis del caso Andrea S. Errores en la apreciación judicial y valoración probatoria.	100
2.1. Antecedentes del caso.....	100
2.2. Prueba practicada en juicio.....	102
2.2.1. Testimonial	102
2.2.2. Documental.....	106
2.2.3. Pericial	109
2.3. Antecedentes judiciales	112
2.3.1. Etapa intermedia	112
2.3.2. Primera instancia.....	113
2.3.3. Segunda instancia	113
2.3.4. Casación.....	115
2.4. Análisis probatorio a la luz del art. 146 del COIP y de la apreciación judicial en el caso concreto.....	115
2.4.1. ¿La prueba practicada demuestra dolo o culpa del personal médico en la administración del medicamento?	116
2.4.2. ¿Las conductas procesadas se subsumen al art. 146 del COIP?	123
2.4.3. A manera de conclusión.....	129
Conclusiones.....	132
Bibliografía	135

Introducción

La presente investigación se centra en el estudio de una de las innovaciones que trajo consigo la vigencia del nuevo Código Integral Penal y que provocó mayor controversia social: la inclusión en el catálogo de delitos el homicidio culposo por mala práctica profesional. Entender el tipo objetivo de este delito como la violación al deber objetivo de cuidado no es tarea sencilla. Por ello, se consideró indispensable en el primer capítulo extender la investigación hacia las categorías dogmáticas del delito imprudente, que no han sido desarrolladas aún de manera sólida por la jurisprudencia nacional. También se realizó el estudio, uno a uno, de los criterios de determinación del deber objetivo de cuidado; entendido como uno de ellos, la imputación objetiva del resultado que prima en los delitos del tipo culposo, desde la óptica y modelo del mayor precursor funcionalista Claus Roxin.

Una vez claro el alcance del tipo imprudente, se consideró necesario, en el segundo capítulo, introducir el estudio específico de la mala práctica profesional médica y la responsabilidad penal, así como los delitos que pueden configurarse en el ejercicio de dicha profesión. Esta investigación consistió en establecer los elementos de los tipos penales de homicidio y lesión culposos, en relación con la práctica médica, con la finalidad de aclarar al lector aspectos fundamentales —como los elementos subjetivos y el bien jurídico protegido— que permitan subsumir, de manera técnica, el acto médico en los mencionados tipos penales.

Finalmente, y desde el ámbito netamente procesal, en el tercer capítulo, se materializan los aspectos tratados en los anteriores capítulos —en lo que se refiere a la prueba de la mala práctica profesional médica— pero no de manera abstracta, sino a través del estudio de un caso concreto. Esto consistió, primero, en el estudio de los medios probatorios en este ámbito; en segundo lugar, en evaluar la apreciación judicial en las distintas instancias judiciales; y, por último, se buscó determinar la viabilidad jurídica en la aplicación del Art. 146 del Código Integral Penal, a la casuística concreta.

El lector verá, en esta investigación, que el tema de la imprudencia médica es sumamente complejo. Por lo cual, la intención del autor es que este trabajo sirva para enriquecer el reducido estado de la cuestión de esta temática en el ámbito nacional,

con el objetivo macro de que jueces, abogados y fiscales puedan profundizar sus conocimientos sobre el error médico de relevancia penal.

Capítulo uno

El delito imprudente: el deber objetivo de cuidado y la imputación objetiva

1. Definición, generalidades y estructura

1. 1. Denominación

Desde las primeras enseñanzas universitarias se expone con gran júbilo, y sin mayor complicación, los dos grandes hemisferios que marcan la responsabilidad penal: la culpa y el dolo. Estas modalidades se fundamentan en el presupuesto necesario de la voluntad humana para la concreción de un acto y en la conciencia de sus efectos.¹

El dolo está marcado por la intención de cometer un acto, pero también un resultado; la culpa, por el contrario, se basa siempre en la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de ley del agente, cuya acción produce un resultado —no querido— de daño al bien jurídico protegido. Ambas formas de responsabilidad, en conjunto con la imputabilidad y la exigencia de una conducta adecuada a una determinada disposición del ordenamiento jurídico, marcan el gran concepto de culpabilidad. Por tanto, se debe distinguir de manera categórica los conceptos de culpabilidad y culpa; el primero es el concepto genérico y el segundo es elevado únicamente a categoría de elemento constitutivo del primero.

Edgardo Donna advierte la necesidad de usar de manera adecuada el lenguaje, evitando la confusión de conceptos y contenidos distintos como el de culpa y culpabilidad; también manifiesta que el concepto adecuado es cambiar delito culposo —usado por la legislación española y ecuatoriana— por delito imprudente, para evitar confusiones en el lenguaje jurídico y común. Alega que se distingue delito imprudente del concepto de imprudencia como uno de los elementos que lo componen, entendida esta como falta de prudencia, cuidado o diligencia, lo cual deja

¹ Alfonso Zambrano Pasquel, *Estudio introductorio al Código Orgánico Integral Penal, referido al Libro Primero, parte especial o delitos en particular*, t. II (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 174. El autor manifiesta: “ya desde tiempos remotos se deslinda el dolo de la culpa —aun como formas de culpabilidad— porque esta supone la voluntaria realización de un hecho, la no previsibilidad del resultado que se causa y la omisión de la diligencia o del cuidado debido, no hay el elemento voluntario de querer la realización del hecho (decimos del tipo) que se exige al dolo”.

perfectamente claro la distinción de términos². Por lo expuesto, y sin que sea necesario profundizar en la discusión doctrinaria y normativa del derecho comparado acerca de la denominación, para objeto del presente documento se usará la denominación de *delito imprudente*, que permita distinguirlo de forma clara de la denominación de culpabilidad como un elemento constitutivo del delito en conjunto con el tipo, la antijuridicidad y la punibilidad.

1. 2. La regulación normativa del delito imprudente

Donna determina que al menos existen tres sistemas para establecer el modo de regulación normativa de la imprudencia:³

El primero está caracterizado por una regulación extensiva a todos los tipos penales, como un modo de responsabilidad genérico *numerus apertus*, es decir, un sistema abierto —no taxativo— que prevea la realización imprudente inclusive de todos los tipos penales en conjunto con el dolo.

El segundo está configurado por la previsión legal imprudente, únicamente, en la parte especial de los Códigos Penales, sin que se refiera a ella en la parte general, haciendo restrictiva su aplicación únicamente a los tipos penales que la consagran. Se ejemplifica, esta modalidad, con el Código Penal alemán, argentino, español entre otros.

Finalmente, se encuentra el sistema de regulación concurrente en la parte general y especial de la ley sustantiva penal, haciendo de su aplicación un régimen excepcional —*numerus clausus*—.

La legislación ecuatoriana, en relación con la regulación de la imprudencia, se encuentra definida por el tercer sistema descrito. Tanto el Código Penal de 1971 —actualmente derogado— como el vigente Código Integral Penal⁴ prevén, en la parte general y en la parte especial, el régimen de la imprudencia (como se dijo con anterioridad, definida como culpa en el texto legal). No obstante, la diferencia se encuentra en que el —hoy extinto— Código Penal, en su parte general, únicamente definía la infracción culposa sin mayor precisión sobre su alcance⁵, mientras que el

² Edgardo Donna, *El delito imprudente* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2012), 18-9.

³ *Ibíd.*, 20-21.

⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 180 (10 de febrero de 2014). En adelante se cita este Código como COIP.

⁵ Ecuador, *Código Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 147 (22 de enero de 1971). El art. 14, inciso quinto, en relación con la definición de culpa, establece: “La infracción es dolosa o culposa. La

actual COIP no solo define a la culpa, sino que condiciona su punibilidad a la tipificación como infracción en la parte especial. Es necesario recalcar que la concepción de culpa se basaba en la estructura tradicional de constitución por negligencia, impericia, inobservancia de ley o reglamentos; mientras que, en el COIP, se adapta una estructura con base en la violación del deber objetivo de cuidado, como se verá a continuación.

El delito que se usará en particular para el estudio del presente trabajo es el art. 146 del COIP, el cual tipifica el homicidio culposo por mala práctica profesional; siempre en concordancia con el art. 27 del mismo cuerpo legal que define a la culpa en los siguientes términos: “art. 27.-Culpa. 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”.

1. 3. Estructura y autonomía

Un delito se encuentra definido, desde la visión más general, como la contradicción de un acto con una conducta socialmente deseada, cuya infracción se encuentra positivizada y sancionada por el ordenamiento jurídico. De esta manera, la antijuridicidad de la conducta se constituye sobre la base del libre albedrío y la decisión querida —en el delito doloso— o imprudente —en el delito culposo— de incumplimiento de la norma positiva. En palabras de Donna: “este concepto de norma exige el reconocimiento de la libertad de decisión y la posibilidad de dominio causal, es decir, la posibilidad fáctica de poder cumplir con el mandato”⁶. Efectivamente, tanto en los delitos dolosos como culposos, el sujeto debe encontrarse en dominio de la acción causal; en otras palabras, debe tener la capacidad de escoger entre lo debido o indebido. En el caso de encontrarse coaccionada la voluntad, es inminente la aplicación de una causal de exclusión de responsabilidad fundamentada en la inexistencia de antijuridicidad del acto.

infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto, pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de Ley, reglamentos u órdenes”.

⁶ Donna, *El delito imprudente*, 29.

El delito imprudente es, por lo tanto, el resultado de no evitar un acto dañoso a un bien jurídico protegido determinado.⁷ El fundamento de sanción del delito imprudente, por consiguiente, no se encuentra en el querer del resultado final de la acción dañosa como en los delitos dolosos, sino en el castigo de la ausencia del cuidado debido del autor, para evitar el resultado lesivo para el bien jurídico protegido. De esta manera, se establece su separación estructural y autonomía respecto de los delitos dolosos. En efecto, la infracción del autor no está en el resultado final, sino en la acción inobservante del cuidado debido establecido de forma normativa *ex ante* por el ordenamiento jurídico.

Precisamente, existe una diferencia sustancial entre delitos dolosos y culposos. Así, en los primeros, la norma prohibitiva o prescriptiva es diferente para cada delito —“no matar”, no robar”, “no lesionar”—; mientras que en los delitos culposos la norma mandante es única y se constituye como el respeto al deber objetivo de cuidado, dado por el observancia de las normas del tráfico diario y de convivencia armónica, que precisamente eviten el peligro de lesión a los distintos bienes jurídicos protegidos.

El desvalor del curso causal hacia el resultado final se encuentra en permitir, por falta de cuidados atribuibles a su autor, la producción de un resultado dañoso a un bien jurídico protegido. La conciencia y representación de los efectos del curso causal imprudente de la acción no se determinan en la consecución del resultado, sino más bien en la decisión de no emplear las medidas que aseguren que se evite, a pesar de preverlas y poder ejercerlas. Ellas forman un deber de cuidado, siempre positivizado en la normativa.

Al tratar sobre el tipo de la imprudencia, Claus Roxin determina con seguridad que es un problema del tipo, pues solo en él se decide si la conducta es imprudente o no.⁸ El deber de cuidado objetivo es un elemento del tipo y no de la culpabilidad como antiguamente se creía⁹. Este autor cita como los precursores de

⁷ Karl Bidding, *Die Normen*, t. IV, 339, citado por Edgardo Donna, dir., *El delito imprudente*, 30-31. Este autor explica el fundamento del delito imprudente, el mismo que al ser eliminado del campo del azar o de la casualidad, lleva a que el pueblo tenga conciencia del contenido de las prohibiciones y mandatos de las normas jurídicas. De este modo que esto rige no solo por las normas, cuya infracción imprudente también hace responsables a las personas, sino que también ello no tiene excepciones.

⁸ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General, t. I: Fundamentos la estructura de la teoría del delito* (Madrid: Ed. Civitas, 1997), 997-8.

⁹ *Ibíd.*, 997. Para este caso Roxin, pone el ejemplo de si un joven cita a su novia para encontrarse en un lugar, donde ella muere por el golpe de un meteorito, se trataría, según la doctrina antigua, de un homicidio típico y antijurídico, no castigado simplemente a razón de la falta de culpabilidad

esta reforma sistemática de la imprudencia a la teoría de las normas de Engisch, para quien, al basarse en normas de determinación creadas por el legislador, en los tipos no pueden prohibir la mera causación sino una determinada conducta contraria al cuidado debido. En este sentido Roxin, atribuye este traslado a la concepción del injusto personal del finalismo, así como a la teoría de la imputación objetiva, puesto que si una conducta no supera el riesgo permitido, no solo está disculpada, sino que provoca la desaparición misma del injusto penal.

Corcoy Bidasolo reconoce que la postura de la lesión del cuidado debido en el ámbito de lo injusto es aceptada no solo por el finalismo sino también por la doctrina dominante tanto española como alemana¹⁰, que considera como esencia de la imprudencia el momento normativo de la infracción de la norma de cuidado. “Esta lesión o infracción del cuidado objetivo, como contenido del desvalor de la acción, constituye el núcleo del tipo del injusto imprudente”¹¹.

Este criterio de manera inequívoca es adaptado por la legislación ecuatoriana, pues, en el art. 146 del COIP, la existencia del tipo de homicidio culposo por mala práctica condicional se encuentra condicionada a la inobservancia del cuidado debido. Por lo que, de esta manera, queda determinada por el legislador la pertenencia de la lesión del deber de cuidado al tipo de lo injusto imprudente y no al ámbito de la culpabilidad¹².

1. 4. Desvalor de la acción y del resultado

A decir de Roxin, la concepción actual del delito en general presupone un desvalor de la acción pero también del resultado, excepto en casos como la tentativa donde si bien existe un desvalor de la acción no se produce un desvalor del resultado por causas externas al autor.¹³ Para este tratadista, no es posible que en un delito exista desvalor del resultado sin desvalor de la acción —y ambos elementos como

imprudente. Mientras que, en la concepción moderna, en caso de conducta completamente intachable del causante, ni siquiera se realiza el tipo del homicidio imprudente.

¹⁰ Mirentxu Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente: Criterios de imputación del resultado* (Barcelona: Julio Cesar Faira, 2008), 26. Menciona al autor como defensores de esta concepción en España a Arroyo Zapatero, Cerezo Mir, Bustos Ramírez, Gimbernat Ordeig, Luzón Peña, Mir Puig, Muñoz Conde, entre otros. En Alemania: Binavice, Bockelmann, Engisch, Hirsch, Jakobs, Jescheck, Armin Kauffman, Niese, Samson, entre otros.

¹¹ *Ibíd.*, 27-8.

¹² De igual manera la culpa, concebida como la violación del deber objetivo, se encuentra prevista en el art. 27 del COIP, el cual se encuentra dentro de la sección primera “TIPICIDAD”, del capítulo primero “CONDUCTA PENALMENTE RELAVANTE”.

¹³ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 320, 998.

parte del tipo—¹⁴. Tanto en los delitos dolosos como en los culposos, si “no ha pasado nada”, no se ha quebrantado la *paz jurídica*, aun cuando la acción haya incumplido un deber objetivo de cuidado y, por tanto, en estos casos, se puede renunciar a una reacción jurídico criminal.¹⁵

Para Donna, si el objeto de la prohibición es la falta de cuidado debido en la acción que provoca el daño al bien jurídico, por violar la norma, el resultado sigue siendo parte de la acción antijurídica (debido a la falta de cuidado debido)¹⁶. Cerezo Mir, por su parte, al comentar la obra de Welzel, señala:

Si lo injusto material de los delitos culposos quedara ya plenamente constituido con el desvalor de la acción, no se explicaría por qué se exige que la lesión del bien jurídico protegido sea precisamente consecuencia de la falta de observancia del cuidado objetivamente debido. Debería bastar con que existiera un vínculo causal entre el resultado y la acción antijurídica. El resultado aparecería entonces como una condición objetiva de punibilidad y no pertenecería al tipo.¹⁷

En el mismo sentido, Romeo Casabona sostiene que en la responsabilidad penal por imprudencia médica no basta, sin embargo, con una conducta imprudente del profesional sanitario, sino que hace falta además que se haya producido un resultado material perjudicial para el paciente: “lesión de un bien jurídico penalmente protegido por el tipo correspondiente: la vida o la integridad personal”.¹⁸

De las posiciones descritas se desprende que, en el delito imprudente, forman parte del injusto tanto el desvalor de la acción como del resultado¹⁹. Una acción imprudente por tanto perderá relevancia penal, cuando no se produzca un resultado atentatorio contra un bien jurídico protegido. Si la violación del deber objetivo de cuidado forma parte del desvalor de la acción, no será suficiente para su sanción, si no ha ocasionado en el mundo exterior un efecto lesivo que se presenta como segunda y necesaria exigencia, para la configuración del injusto como un resultado

¹⁴ Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, 79. Esta afirmación también es sostenida por Niece, “...la antijuricidad de las acciones no dolosas no resulta tampoco solamente del desvalor del resultado, sino también, y preferentemente, de su desvalor de la acción, que aquí no reside en una finalidad juridicopenalmente relevante, como en el dolo, sino en la infracción del deber objetivo de cuidado”.

¹⁵ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 320. Roxin reconoce ciertas excepciones como los delitos de peligro, en los cuales aun cuando no existe un resultado perceptible, pero la mera actividad es susceptible de una sanción por el riesgo generado para los bienes jurídicos protegidos, se cita como ejemplo a la circulación rodada y delitos de peligro común.

¹⁶ Donna, *El delito imprudente*, 40.

¹⁷ Hans Welzel, *El nuevo sistema del derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. esp. y notas de José Cerezo Mir (Madrid: Ariel, 1964), 38.

¹⁸ Carlos María Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal: Los problemas actuales de la biomedicina*, t.II (Barcelona, Rubinzal-Culzoni, 2011), 284.

¹⁹ Welzel, *El nuevo sistema del derecho penal*, nota no. 6, 55. Cerezo Mir concluye que solo cuando el desvalor de la acción se le una el desvalor del resultado “quedara plenamente constituido lo injusto de los delitos culposos”.

previsible y evitable, conectado de manera indefectible a la acción desvaliosa, por lo que en definitiva se descarta la punición de la tentativa imprudente²⁰.

1. 5. El delito imprudente como un tipo abierto

Welzel sostiene que: “En los delitos culposos la acción del tipo no está definida en la ley. Sus tipos son, por ello, abiertos o con necesidad de complementación, ya que el juez tiene que completarlos para el caso concreto conforme a un criterio rector general”²¹.

Por tanto, como la tipificación de un delito imprudente es “incompleta”, le corresponde al juez establecer los criterios que delimitan la violación del deber objetivo de cuidado²² —en la situación concreta y en el ámbito de la relación— y, posteriormente, determinar si esa conducta se ajustó a ese cuidado a fin de señalar la presencia, o no, del injusto²³.

Se ha cuestionado si dicha insuficiencia en la construcción del tipo por la ley penal es atentatoria contra el principio constitucional de legalidad, pues quien completa la tipología es el juez a través de un ejercicio de valoración casuística concreta. En relación con esto, Hava García manifiesta que: “si bien es el juez quien debe descubrir en cada caso en qué consiste el cuidado objetivamente debido, no por ello es quien engendra tal regla de cuidado, dado que estas son preexistentes a la labor judicial”²⁴.

²⁰ Zambrano Pasquel, *Estudio introductorio al Código Orgánico Integral Penal* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 177. Autores nacionales como Alfonso Zambrano consideran que existe la posibilidad de configurar imprudencia aun sin la presencia de un resultado dañoso, “bastando el peligro o riesgo en los tipos culposos de mera actividad. Pone como ejemplo de ello, varias contravenciones de la ley de tránsito, como conducir en estado de ebriedad; el no tener las luces reglamentarias; el no respetar las señales de tránsito”. Creemos que como el autor mismo cita la sanción de esta clase de conductas pueden verse plasmadas en contravenciones mas no en delitos culposos como tal donde es imprescindible el resultado dañoso en torno al bien jurídico que la norma busca proteger.

²¹ Welzel, *El nuevo sistema del derecho penal*, 113.

²² Beatriz Romero Flores, “La imputación objetiva en los delitos imprudentes”, *Anuales de derecho, Universidad de Murcia*, No. 19 (2001): 264, <<http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/56651/54601>>. Romero Flores, al citar a Quintano Ripollés, sostiene que la caracterización más acertada de la naturaleza de la culpa es la normativa. El juzgador deberá precisar que es lo debido o indebido en el caso concreto.

²³ Eugenio Zaffaroni, Raúl Alagia y Alejandro Slokor, *Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires: Ediar, 2000), 489. Para Zaffaroni, los tipos culposos son abiertos, es decir, necesitados de la búsqueda de una norma de cuidado que los complete, lo que no se explica por efecto de una mera arbitrariedad legislativa sino porque es imposible prever las innumerables formas en que la realización de una acción puede violar un deber de cuidado y crear un peligro.

²⁴ Esther Hava García, *La imprudencia inconsciente* (Granada: Comares, 2002), 196.

También en este sentido se pronuncia Corcoy Bidasolo, al determinar que el juez no completa el tipo penal, sino que únicamente “valora” cuál es el cuidado debido en una determinada situación y esto se da a razón de la complejísima tarea que implicaría la determinación de las formas de violación de un deber objetivo de cuidado²⁵. Romeo Casabona sostiene que: “no parece suficiente una lectura literal del CP, para comprender el alcance de la responsabilidad imprudente y su repercusión en el médico. Corresponde por consiguiente al intérprete de la ley (en último extremo, al juez, que es quien tiene que aplicarla) concretar y desarrollar los elementos con que dicha responsabilidad ha de manifestarse para que tenga relevancia jurídico-penal”.

26

Es necesario mencionar que existen autores como Von Bar, que advierten de posibles excesos en la construcción del tipo imprudente, por la existencia de una medida arbitraria. La interrogante planteada acerca del impacto del tipo abierto en el principio de legalidad y seguridad jurídica ha sido respondida por Edgardo Donna, en el sentido de que el tipo imprudente está cubierto por el principio de legalidad, precisamente al hallarse expresamente descrito en los códigos y con determinada sanción. Esto permite a los ciudadanos prever que el Derecho protege un determinado bien jurídico de cualquier lesión, lo que ampara el principio de seguridad jurídica.²⁷

Ante las diversas posiciones, es de necesidad imperiosa atender la propia estructura legislativa del delito imprudente, que —a criterio del autor de esta investigación— es de carácter bivalente. Es de carácter cerrado debido a que la misma ley establece como presupuesto del tipo imprudente la sola violación del cuidado debido con un resultado dañoso, y la determinación del cuidado debido se encuentra dada en virtud de parámetros propuestos por el propio ordenamiento jurídico. Es abierto en el sentido de que el juez valora la situación concreta y determina qué conducta era exigible con base en la amplia disposición de normas que configuran el cuidado debido; más aún si estas no se encuentran escritas y

²⁵ Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, 99-100.

²⁶ Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal*, 263-264. En este mismo sentido más adelante complementa: “el contenido jurídico de ese deber de cuidado no aparece precisado de modo general en la ley (tarea que por lo demás, sería infructuosa, al ser tantas y tantas las conductas sometidas a ciertos deberes de cuidado), sino que es el juez (por supuesto, con el auxilio de los peritos oportunos), quien ha de valorar en cada caso concreto si hubo o no infracción del deber de cuidado [...]”.

²⁷ Donna, *El delito imprudente*, 117.

corresponden a reglas de experiencia o costumbre, es irrefutable que existe la tarea del juez de completar la disposición normativa aplicable a un hecho concreto.²⁸

2. El deber objetivo de cuidado

2.1. Criterios de conceptualización

El equilibrio de la vida social se basa en el libre albedrío de las personas y en su actuar concienzudo y dotado de respeto a los derechos del universo de personas. Por tanto, queda en el arbitrio de cada individuo optar por las acciones que realiza; no obstante, el modo de ejecución de dichas acciones en ningún caso es ilimitado, pues se deberá observar las normas que rigen al desempeño de una determinada acción o actividad, más aún si se considera peligrosa o contentiva, *en su naturaleza*, de un alto índice de riesgo para la afectación de bienes jurídicos protegidos. Este deber de observancia ha sido recogido por el Derecho y denominado como *cuidado debido*²⁹.

El tipo penal, en forma general, es una proposición descriptiva de conductas que se encuentran en contradicción con las normas del ordenamiento jurídico. En los delitos dolosos, la finalidad como elemento de la acción se encuentra direccionada a la realización de un resultado típico³⁰; mientras que en el delito imprudente, al decir de Gossel, está direccionada a la afectación de un deber objetivo de cuidado respecto del bien jurídico protegido, es decir, en el hecho de que el perjuicio del bien jurídico era objetivamente evitable mediante una ejecución diferente de la acción.³¹

²⁸ Zambrano Pasquel, *Estudio introductorio al Código Orgánico Integral Penal, t.II*, 176. Así lo reconoce también Alfonso Zambrano Pasquel, quien establece que frente a cada caso concreto le corresponde al juez examinar si se incumple el deber objetivo de cuidado. Dimensionese allí la capacidad que debe tener el juez para delimitar el tipo culposo complementando la tarea del legislador.

²⁹ Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal*, 263-264. Al respecto manifiesta: “la exigencia de este requisito viene impuesta por que la norma penal subyacente en los delitos imprudentes ordena a los ciudadanos que su comportamiento en la vida social (en cada ámbito de la vida social) se acomode a ciertos deberes o reglas con el fin de evitar la puesta en peligro o la lesión de bienes jurídicos, especialmente cuando suele entrañar mayores riesgos, [...]. Esto es lo que conocemos como cuidado debido”.

³⁰ Welzel, *El nuevo sistema del derecho penal*, 42. Welzel, precursor de la teoría final de la acción, establece al respecto: “Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, éste, conforme a un plan, a la consecución del fin, la espina dorsal de la acción es la voluntad, consciente del fin”.

³¹ Reuinhart Maurach, Karl Gossel y Heinz Zipf, *Derecho Penal Parte General: Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho* (Buenos Aires, Astrea, 1995), citado por Edgardo Donna, *El delito imprudente*, 31.

Dado que la acción no busca la afectación de un bien jurídico protegido, se ha cuestionado el fundamento de punición del delito imprudente. En relación con esto, Stratenwerth afirma que “la desconsideración de los intereses jurídicamente protegidos no comienza recién con la decisión consciente contra ellos, —característica del dolo—, antes bien comienza ya cuando el autor aprecia tan escasamente esos intereses que ni siquiera hace el esfuerzo de pensar en los peligros por su temeridad. De ahí que al delito imprudente le corresponda, en Derecho Penal, una posición absolutamente legítima”.³²

La punición, por tanto, halla su fundamento en la vulneración de bienes jurídicos debido al descuido evitable de quien no ha observado una conducta cuidadosa y acorde con las normas de convivencia social, las cuales componen precisamente un concepto de deber de cuidado. En la doctrina, se ha considerado como un problema mayor si las normas de cuidado deben ser valoradas de manera objetiva y abstracta en relación con un individuo *cuidadoso* —creado como baremo deseable de comparación— o, por el contrario, de forma subjetiva en función de las capacidades especiales del infractor. Por consiguiente, para conceptualizar de manera adecuada el deber de cuidado es necesario analizar las teorías objetivas y subjetivas al respecto.

Romeo Casabona, al hablar de la valoración del deber objetivo de cuidado del personal sanitario, sostiene que esta debe hacerse en torno a la conducta realizada, con aquella exigida por la norma del sector de la vida social y comprobar si existe correspondencia o no entre ambas, esto es, si se infringió el deber de cuidado o no³³.

2. 1. 1. Concepción objetiva

Desde el punto de visto objetivo, el deber de cuidado se encuentra determinado por el ordenamiento jurídico, el cual exige un determinado comportamiento en una situación concreta de riesgo, para evitar la lesión de un bien jurídico protegido. A *contrario sensu*, la desatención *voluntaria* de ese deber objetivo convierte a la conducta en penalmente relevante, ya que ha lesionado un bien jurídico protegido a través de un resultado típico.

Sin embargo, la actividad judicial encuentra su dificultad en la determinación de la conducta debida o cuidadosa en una situación concreta. La interrogante se

³² Gunther Stratenwerth, *Derecho Penal –I* (Buenos Aires: Hamurabi, 2005), 500.

³³ Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal*, 264.

concentrará en conocer: ¿cómo se hubiera comportado una persona consciente y cuidadosa perteneciente al sector del tráfico del sujeto, en esa misma situación?³⁴

Para la solución de este problema, Roxin emplea la fórmula del riesgo permitido y expresa que: “si la actuación se mantiene dentro del marco establecido por la figura-baremo, no concurre una creación de peligro o al menos no supera el riesgo permitido por tanto no procede la imprudencia. Si en cambio el sujeto ha creado un riesgo mayor al que producido la persona ficticia que sirve de comparación, entonces se realiza el tipo imprudente”³⁵. El autor finaliza aludiendo a la dificultad que implica la determinación de la conducta de la figura-baremo; ante lo cual, manifiesta que se usará como criterios rectores las normas que son conocidas en los respectivos sectores del tráfico, aun cuando estas no se encuentren codificadas o escritas al modo de las normas jurídicas como la *lex artis* en el caso de la actividad médica.

En realidad, la dificultad de definir la conducta idealizada deseable sobre la figura de un ente ficticio ha sido ya identificada. Donna, por ejemplo, reconoce que el criterio cuidadoso se encuentra dado por un conjunto de reglas sociales generalmente extrajurídicas, desarrolladas para la actuación, en el ámbito social respectivamente afectado. No obstante, reconoce que hay un problema cuando se trata de nuevas actividades, sobre las que no existe un acervo desarrollado de normas de cuidado; en este caso, señala como necesario buscar reglas sociales en ámbitos análogos³⁶.

Para Jescheck-Weingend, al estar basado el criterio de valoración en una persona concienzuda y juiciosa, el tribunal debe indagar la peligrosidad de la situación y basar su decisión desde la perspectiva *ex ante*³⁷, esto es, con anterioridad al acontecimiento del daño. Sin embargo, dichos autores no descartan la relevancia de los conocimientos especiales del autor³⁸.

³⁴ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 1009. Roxin, al tratar la figura del baremo diferenciada, explica esta situación, con el ejemplo del electricista: “Por tanto si un deshollinador o un instalador (electricista), han causado una lesión de bienes jurídicos en el ejercicio de su profesión, se ha de tomar el baremo o parámetro de la conducta de un deshollinador o instalador consciente y cuidadoso”.

³⁵ *Ibíd.*, 1009.

³⁶ Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Derecho Penal Parte General*, citado por Edgardo Donna, *El delito imprudente*, 118.

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal, t. II* (Barcelona, 1981), 779, citado por Roxana Piña, “El tipo subjetivo en el delito imprudente”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam*, 490-491, <<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-578s.pdf>>. El autor sostiene: “solamente cuando se ha constatado el aspecto objetivo del hecho imprudente (tipo injusto) puede

El baremo del *hombre medio* recurre a la figura de un ser humano ideal cuidadoso como base de comparación con la conducta realizada en el caso concreto, para la determinación de la existencia o no del deber objetivo de cuidado. Corcoy advierte que por hombre medio se entiende a la persona consciente y cuidadosa en el sector del tráfico al que pertenece el autor³⁹, por lo que el deber objetivo de cuidado será lo exigible a un ser humano diligente en la situación concreta del autor. Este deber debido se encuentra determinado por las reglas y normas de cuidado concretas y generales en el ámbito y rol en el que se desenvuelve el autor. Bajo la concepción objetiva, el deber de cuidado es un elemento normativo y valorativo consagrado por el ordenamiento jurídico de forma anterior a la conducta, para evitar la lesión a bienes jurídicos protegidos.

Welzel afirma que para la determinación del cuidado debido, el cual según su concepción es de carácter “objetivo y normativo”, no tiene importancia cuál sea el cuidado que haya observado o haya podido observar el autor, sino únicamente cuál sea el cuidado necesario en el tráfico.⁴⁰

Corcoy, sin embargo, reconoce las deficiencias de esta concepción y sistematiza las críticas a partir de los partidarios de la teoría *de los poderes individuales*, los cuales conciben que una persona normal con deberes normales no existe ni puede ser pensable⁴¹. El autor cita a Mannheim, para quien el poder objetivado ya no es un poder desde el punto de vista del autor y el “poder” será únicamente fundamento en el deber. De igual manera, se cita a Maurach y Oehler, para quienes la utilización de la figura del hombre medio en el caso concreto sería un ilícito privilegio para los inteligentes y un reconocimiento de las malas costumbres usuales del hombre medio. Corcoy califica de arbitraria, subjetiva y “difícil” de prueba la búsqueda de estos hombres ficticios⁴².

2.1.2. Concepción subjetiva

Hasta ahora se ha visto una concepción normativa *ex ante*, del cuidado debido, regida por normas y reglas adecuadas socialmente al sector del tráfico,

seguirse preguntando si el mandato general de cuidado y previsión también hubiese podido ser cumplido por el autor individual según su inteligencia y formación, su habilidad y capacitación, su experiencia de vida y su posición social (tipo de culpabilidad)”.

³⁹ Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, 110.

⁴⁰ Welzel, *El nuevo sistema del derecho penal*, 113.

⁴¹ Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, 111-113. Notas 448 y 451.

⁴² *Ibíd.*, 113.

usando como baremo la figura de un ser humano medio, diligente y cuidadoso. No obstante, en la doctrina se ha discutido qué sucede con los casos concretos en los cuales la capacidad del autor es mayor o menor de lo que corresponde a las exigencias generales. Por ejemplo, cuando un cirujano de avanzada edad, posee vista y motricidad disminuidas, lo que no le permiten responder conforme las reglas del *lex artis*. O, en el lado contrario, un cirujano genial que puede rendir mucho más allá de las normas exigidas por el baremo medio.

Dichas características, según un respetado sector de la doctrina, determinan la realización o no del tipo imprudente, el cual se rige plenamente por la capacidad individual del sujeto⁴³. Mientras que autores como Roxin, que defienden el tipo objetivo, ubican la capacidad individual fuera del tipo y lo conciben como elemento de la culpabilidad, pues se afirma que, si se hace depender la existencia del tipo de baremos individualizadores, se anula en parte la separación entre injusto y culpabilidad. Esta concepción no pierde de vista la valoración normativa del deber de cuidado, ya que el “autor deber ser capaz de comportarse conforme lo ordena el Derecho (...), puesto que el imperativo solo podría apuntar a que se haga lo posible”⁴⁴.

La concepción subjetiva, defendida en lo principal por Stratenwerth, afirma que quien podía haber actuado con mayor prudencia que el hombre medio, y con ello evitar el resultado, debió hacerlo so pena de actuar antijurídicamente, mientras que aquel que no pudo comportarse con toda la prudencia que pudo desplegar el hombre medio, no actuó ni siquiera antijurídicamente...⁴⁵.

De igual manera, Jakobs sostiene que la motivación individual sostiene la tipicidad. Menciona que: “la norma de conducta que sirve de base al tipo, tiene que darse por satisfecha con el poder individual del autor, pues la posibilidad real de motivación no puede superar lo reconocible por el autor”⁴⁶. Para este autor, quien posee conocimientos especiales con respecto a las circunstancias de un hecho, está obligado a usarlos únicamente en razón de su posición de garante.

⁴³ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 1010; Edgardo Donna, *El delito imprudente*, 122. Ambos autores coinciden en señalar como postulantes de esta posición a importantes tratadistas como Stratenwerth, Jescheck, Jakobs, Kholer, Samson entre otros.

⁴⁴ Donna, *El delito imprudente*, 122.

⁴⁵ Gunther Stratenwerth, *Derecho Penal –I*, 323-324, citado en Edgardo Donna, *El delito imprudente*, 123.

⁴⁶ Gunther Jakobs, *Studien zum fahrlässigen erflogsdelikt*, (Berlín, 1972), 65, citado por Corcoy Bidasolo, *El delito Imprudente*, 103.

Según este postulado, el autor únicamente se encuentra obligado a prestar el cuidado que le fuere posible de acuerdo con sus capacidades individuales. Por lo que en caso de poseer superiores capacidades, se encuentra obligado a emplearlas para evitar la lesión de un bien jurídico —caso contrario, se le imputara dicha afección—⁴⁷; mientras que el limitado por debajo de la capacidad media, de no serle posible actuar conforme a la diligencia exigida, determina la exclusión de la imputación personal o imputabilidad por imposibilidad de actuar de otra manera. Sin embargo, se debe alertar que si el autor advirtió los riesgos potenciales de, su conducta, aun consciente de su incapacidad para evitarlos, existiría —según Roxin— imprudencia objetiva y subjetiva por provocación culpable por emprendimiento o asunción⁴⁸. Por ejemplo, el médico que, consciente de su capacidad visual disminuida, decide seguir adelante con una intervención quirúrgica de alto riesgo.

En cuanto a las capacidades inferiores, Corcoy Bidasolo establece lo siguiente: “al sujeto con incapacidad inferior a la media no se le prohíbe realizar la conducta sin atender al cuidado que tendría ‘el hombre medio’, sino participar en una actividad peligrosa sin tener capacidad para ello”⁴⁹. Por ejemplo, cuando una persona no observa bien, tiene la obligación de abstenerse de conducir en la noche, o un médico general de realizar una operación a corazón abierto.

En cuanto a los conocimientos superiores, la discusión se centra en determinar si el *sobre capacitado* tiene la obligación de actuar conforme sus capacidades superiores o únicamente se le puede exigir que actúe conforme al hombre promedio. Un ejemplo es el cirujano con conocimientos extraordinarios que le posibilitarían salvarle la vida a un paciente, pero que únicamente aplica los protocolos del médico promedio, lo que lleva a la muerte.

Ante este problema, Schunemann reconoce que en el tema de las capacidades superiores se deben crear baremos objetivos que acoplen estas facultades por encima de la media, y que precisamente permitan establecer estas exigencias a todos. De esta forma, la medida del cuidado se determinará de acuerdo con la habilidad de “un conductor de difícil transporte” o con la de “un cirujano especialmente capacitado

⁴⁷ Donna, *El delito imprudente*, 122. Donna cita como defensores de esta posición a Roxin, Cramer, Wieseler, Kuhlen.

⁴⁸ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 1014.

⁴⁹ Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, 117.

que desarrolla un nuevo sistema operatorio con menor riesgo”⁵⁰. Roxin critica esta posición en el sentido de que se pueden llegar a extremos individualizadores acordes con la especialización excepcional en conocimientos y la incertidumbre de saber qué sucedería, por ejemplo, si un cirujano es el único en el mundo que conoce un método de reducción de riesgos en una intervención quirúrgica, complicando de esta manera más el problema.⁵¹

Para Kindhauser, “la imprudencia siempre presupone, ciertamente una figura estándar, pero solo en cuanto a las exigencias normativas dirigidas al comportamiento del autor. En cambio, el conocimiento al cual se encuentran referidas estas exigencias solo puede ser el conocimiento del cual efectivamente dispone el agente individual”; y concluye: “la imprudencia es, en otras palabras, un uso deficitario de la concreta capacidad individual de evitación del autor individual que se valora como descuidado según estándares objetivos”.⁵²

Roxin intenta dar una solución homogenizada para el caso de conocimientos superiores e inferiores y el problema de la concepción generalizadora que consagra un tipo objetivo y/o individualizadora que prevé la dependencia de la existencia del tipo a los conocimientos individuales del autor. Pues dice que en lo que se refiere a capacidades inferiores a la media, en ambas concepciones, la punibilidad del sujeto no puede ir más allá de su capacidad de rendimiento, con independencia de si de dicha insuficiencia hace desaparecer el tipo —como en la concepción subjetiva de la imprudencia— o solo hace desaparecer la culpabilidad —como en la concepción dominante del doble baremo a analizarse a continuación—.

En lo que se refiere a los conocimientos superiores, sin embargo, Roxin sí identifica una diferencia, ya que, como se observó con anterioridad, según la concepción subjetiva o individualizadora, si una persona posee conocimientos por encima de la media está obligada a emplearlos so pena de ser un acto punible; mientras que en la concepción generalizadora u objetivo nadie está obligado a actuar por encima de la media.

Mir Puig coincide con esta posición al sostener que el autor que, conociendo de sus capacidades especiales, deja de utilizarles conscientemente, infringe el deber

⁵⁰ Bernd Schunemann, *Schaffstein-FS* (1975), 166, citado por Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 1018.

⁵¹ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 1018.

⁵² Urs Kindhauser, “El tipo subjetivo en la construcción del delito, una crítica a la teoría de la imputación objetiva”, *In Dret, revista para el análisis del derecho*, (2008): 20, <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/124309/172282>>.

de cuidado; no obstante, identifica que esta ejecución de capacidades especiales es obligatoria siempre y cuando el autor se encuentra en capacidad voluntaria de emplearlas.⁵³

Ahora bien, Roxin reconoce que aun con dichos criterios el debate se vuelve a relativizar y es en medida que la concepción objetiva puede crear baremos especializados según las capacidades especiales logrando criminalizar las conductas con conocimientos superiores no empleados; y, de igual manera, la concepción subjetiva puede guiar el actuar según la teoría del riesgo permitido con lo cual podrían quedar impunes conductas de autores con conocimientos excepcionales, de esta manera se consagran efectos semejantes en concepciones diferentes, aligerando la línea de separación práctica de ambas teorías.

El autor concluye que los conocimientos inferiores, de manera definitiva, deben analizarse en la culpabilidad, pues la incapacidad de actuar de otra manera es independiente de baremos objetivos como la creación de peligro no permitido y el fin de protección de la norma que, si determinan la existencia del tipo y del injusto, no así la capacidad y la conciencia. Para explicar lo inconveniencia de que el tipo dependa de a las capacidades inferiores, del autor, pone un ejemplo mediante el cual el ebrio que conduce y a causa de su capacidad disminuida causa un accidente, al no poder exigirse otra conducta por su capacidad inferior, no podría reprocharse como imprudente su conducta; por lo que debe rechazarse de plano la teoría de que el sujeto está obligado únicamente a lo que individualmente es capaz de realizar es inadecuada e inaceptable, sino que la obligación debe ser determinada *ex ante* y de acuerdo con criterios objetivos.

2.1.3. El doble baremo. objetivo-subjetivo. Toma de posición

Las posiciones doctrinales sobre el injusto imprudente netamente objetivo conciben al deber de cuidado desde una perspectiva normativa, colocada *ex ante* por el derecho a través de un ordenamiento jurídico, que le permite al juez completar la prohibición del tipo abierto imprudente. Evidentemente, se han ido relativizando de este extremo, ya que la opinión dominante excluye posiciones extremas objetivas o subjetivas; sino que, por el contrario, se ha sentado una base interdependiente entre ambas concepciones.

⁵³ Santiago Mir Puig, *Derecho penal parte general* (Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004), 294 y s.

Al respecto, Roxin⁵⁴ reconoce que la opinión dominante consagra sobre el deber objetivo de cuidado un doble baremo. Con base esta se explica que el tipo imprudente se realiza con la contravención de baremos objetivos, mientras que la cuestión de si el sujeto podía satisfacer esas exigencias únicamente es un problema —desde la posición del autor— de la culpabilidad imprudente.⁵⁵

Esta posición es reforzada con la opinión de Jescheck, para quien “solo después de constatar la faceta objetiva del hecho imprudente (tipo de injusto) se puede seguir examinando si el mandato general de cuidado y de previsión también podría ser cumplido por el sujeto individual conforme a su inteligencia y formación, su habilidad y capacitación su experiencia vital y posición social”⁵⁶. Por su parte, Roxin indica que: “el que el sujeto pudiera evitar su infracción de la norma es una cuestión de culpabilidad por regla general solo constatable a posteriori; la infracción de la norma no se elimina por la deficiencia de rendimiento”.⁵⁷

Autores de habla hispana como Edgardo Donna, siguen la posición de Roxin, al considerar de manera conclusiva que el cuidado objetivo normativo se encuentra establecido por el derecho *ex ante*, pero que la lesión al bien jurídico protegido se debe analizar *ex post*; más aún cuando el delito imprudente es de resultado casi en forma natural, al descartar la tentativa en este tipo de injusto. Este autor sostiene que:

[...] a nivel de tipo se exige actualmente, de modo todavía mayoritario un juicio de imputación objetiva posterior al establecimiento de la causalidad, en el cual se pregunta si un participante escrupuloso y razonable en el sector del tráfico relevante habría podido y tenido que evitar, de modo finalmente dirigido, la realización del tipo. Recién en el marco de la culpabilidad se tematiza, junto a los demás elementos de la culpabilidad, en cambio si el autor concreto le fue cognitivamente posible proceder de conformidad con el respectivo estándar de cuidado.⁵⁸

⁵⁴ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 1013.

⁵⁵ *Ibíd.*, 1013. Para fundamentar la opinión dominante Roxin cita como defensores de esta posición a Engisch, Jescheck, Schunemann, Welzel, entre otros. Efectivamente Engisch, sostiene: “el cuidado exigido depende exclusivamente de las circunstancias del caso y que pertenecen a las cualidades personales del autor”, de esta forma afirma que en la violación del cuidado objetivo “hay una correspondencia del sujeto con la vulneración de una norma especial”. Por su parte, Schunemann afirma que “la norma de conducta cuya infracción constituye la conducta típica, debe ser formulada ex ante y debe tomar como punto de partida la situación como así también los conocimientos del autor. Pues ella no debe regular caso hipotético alguno, sino la conducta del autor individual en una situación histórica muy concreta”. Continúa más adelante: “la imputación objetiva será afirmada cuando la norma de cuidado infringida, considerando también todos los hechos que han sido conocidos posteriormente”. De esta manera reconoce la compatibilidad del deber objetivo de cuidado (ex ante) con la imputación objetiva (ex post) atribuida únicamente al juez.

⁵⁶ Jescheck, *Tratado de Derecho Penal, t. II*, 54.

⁵⁷ *Ibíd.*, 1016.

⁵⁸ Donna, *El delito imprudente*, 162.

En el otro bando, Corcoy Bidasolo toma posición en su obra sobre la estricta relación entre el cuidado objetivo y subjetivo, pero ambos en la dependencia del tipo; manifiesta que incluso cuando son analizados por separado se condicionan totalmente entre sí. A diferencia de los autores citados, Corcoy considera que el cuidado objetivo se construye a través de la valoración de los conocimientos especiales y que, por tanto, estos forman parte del tipo⁵⁹. De esta manera, la construcción del deber objetivo de cuidado *ex ante* comprende una doble fase: la primera constituida por las reglas normativas de carácter abstracto, pero complementadas, en una segunda fase, por la capacidad del autor de entenderlas. Es decir, de preguntarse cuál sería “la conducta necesaria en el tráfico”, atendiendo a la capacidad del autor y a las circunstancias exteriores concurrentes.

Una vez construido sobre esta base el deber objetivo, se pasa al análisis del comportamiento concretamente efectuado: si la acción coincide con el cuidado jurídicamente debido, no está prohibida. Más adelante, Corcoy afirma que, al tomar en la construcción de la norma de cuidado las capacidades especiales, no contradice el carácter de la norma penal como norma de determinación.

En este sentido, para autores como Carlos Arturo Gómez y José Urbano Martínez no es admisible en lo absoluto un tipo subjetivo, pues sostienen que la culpa consciente forma parte del tipo subjetivo: “el problema de la culpa consciente e inconsciente involucra la temática del deber subjetivo de cuidado, lo cual tiene que ver con el poder ‘poder en vez de’, como elemento de la culpabilidad, lo cual desquiciaría el funcionamiento del injusto y la culpabilidad si se trasladara a la tipicidad”⁶⁰. En cuanto al criterio de que los conocimientos especiales forman parte del tipo subjetivo, estos autores opinan que:

[...] distorsionaría en grado sumo la teoría de la norma de determinación como orientadora de la conducta del ciudadano, pues el deber objetivo de cuidado no tendría alcance general sino individual y por tanto se trastocaría el mismo como patrón general de dirección de la conducta correcta, habida cuenta de que si se fijara el alcance del deber objetivo de cuidado teniendo en cuenta lo individual ya su establecimiento se haría caso por caso y como tal dejaría de tener connotación general.⁶¹

⁵⁹ Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, 122.

⁶⁰ Carlos Arturo Gómez Pavajeau y José Joaquín Urbano Martínez, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial* (Bogotá: Nomos Impresores, 2011), 1000-1001.

⁶¹ *Ibíd.*

Tomando una posición, nos adherimos con la doctrina dominante. La responsabilidad penal del imprudente debe establecerse en torno a un doble baremo: *objetivo* para determinar la existencia del tipo; y, uno *subjetivo* —no tipo subjetivo— para configurar los requerimientos de culpabilidad.

Aun cuando el art. 146, numeral 4 del COIP, consagra que, para la determinación del deber objetivo de cuidado, se deberán tomar en cuenta el grado de diligencia, formación profesional y condiciones objetivas de evitabilidad y previsibilidad, es necesario aclarar que este texto debe interpretarse desde una concepción objetiva. Si se habla, por ejemplo, de la formación profesional, al derecho no le interesa si el médico anesthesiólogo no aprendió en su vida académica las dosis de anestesia a un enfermo del corazón, sino que la labor judicial entenderá que, al ser especialista en la materia, tiene un deber mínimo de conocer las dosis de anestesia dispuestas por la *lex artis* para enfermos del corazón. Es distinto que en el ámbito de la culpabilidad se analicen los conocimientos superiores o inferiores del galeno que pudieron determinar su accionar típico pero tal vez no culpable. De igual forma, y al ser la misma ley la que lo establece, la evitabilidad y previsibilidad como componentes del tipo deben ser consideradas como puramente objetivas.

2.2. Criterios de determinación del deber objetivo de cuidado

Una vez analizados los alcances, la estructura y las concepciones del deber objetivo de cuidado, es necesario el inmediato análisis de los criterios para su determinación, establecidos para la mala práctica profesional en el art. 146 del COIP:

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.

Para el tratamiento adecuado y por sobre todo didáctico de dichas categorías, se realizará el análisis conforme el siguiente esquema:

En esta sección que corresponde al tipo objetivo, se analizarán los criterios derivados de imputación a la libertad del individuo⁶², que se encuentran específicamente detallados en el **numeral 2**: la inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión. En cuanto al **numeral 1** que establece: “La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado”; por ser claramente el acoplamiento de la teoría de la imputación objetiva será tratado en una sección independiente del cuidado, por ser dos teorías distintas —según la concepción de Roxin—. Lo dicho de igual manera aplica para el **numeral 3**, el cual determina: “El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas”.

Finalmente, se analizará de forma independiente el **numeral 4**, el cual establece la necesidad de analizar en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

2.2.1. Reglas de determinación: “La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión”. Normas Jurídicas

Cocoy Bidasolo concibe, bajo la denominación de reglas de cuidado, a las reglas técnicas de una determinada materia, subclasificadas en escritas y no escritas. Las primeras se originan y están compuestas por las normas legales, reglamentarias y técnicas y las segundas “extrajurídicas” están regidas por la experiencia y la costumbre social⁶³. Los reglamentos —dice la autora— son resultado de la constatación de peligro que entrañan determinadas formas de conducta, para cuya realización, en consecuencia, se exige una actuación acorde con el cuidado.

De igual manera, en la obra de Donna, se distinguen las reglas de cuidado escritas por expertos, las cuales pueden ser escritas y no escritas. Según el criterio de Maurach y Gossel, las reglas extrajurídicas funcionan como puntos de referencia

⁶² Donna, *El delito imprudente*, 231

⁶³ Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, 76.

para juzgar una conducta dañosa del bien jurídico protegido como socialmente adecuada o inadecuada⁶⁴.

Sea cual fuere la clasificación realizada en forma sistemática por la doctrina, lo cierto es que se coincide de manera generalizada por los autores citados, en que las reglas de cuidado se constituyen como elementos de mera referencia u orientadores en la construcción del deber objetivo de cuidado, cuya infracción en abstracto no necesariamente constituye imprudencia penalmente relevante, ni en el caso contrario, su respeto implica la necesaria adecuación de la conducta al cuidado debido.

Lo dicho es consecuencia de la imposibilidad de establecer criterios generales estáticos *ex ante* que determinen la infracción del deber objetivo de cuidado sin consideraciones de las circunstancias de la situación concreta.⁶⁵ Es por esta misma razón que el tercer inciso del art. 146 es inequívoco, en cuanto establece el requisito de concurrencia de todos los criterios enumerados, para la configuración de la infracción del deber objetivo de cuidado, y no únicamente aquel referido a la inobservancia de leyes, reglamentos y normas técnicas.

Esto ocurre en el caso de la actividad médica, por ejemplo, cuando el anestesista durante una cirugía de alto riesgo observa que la cantidad de anestesia, conforme los protocolos de la *lex artis*, no tiene efecto alguno y se ve obligado a incrementarla de forma prudente. En este caso se cumple con el deber objetivo de cuidado, pese a la infracción de una norma reglamentaria o protocolaria.

En el conjunto de las reglas técnicas que rigen el desempeño de una actividad determinada del tráfico, por ejemplo, se encuentran los manuales o protocolos; en tanto que, en el caso de las profesiones liberales, en lo principal la actividad médica, se rige por la *lex artis*, que se analizará a continuación.

La Lex Artis

⁶⁴ Donna, *El delito imprudente*, 235.

⁶⁵ *Ibíd.*, En este sentido Edgardo Donna (citando a Maurach Gossel) indica que los efectos indiciarios de las reglas de cuidado descansan sobre la idea de que, si se siguen estas reglas de seguridad, se protege el bien jurídico y es una forma de previsión de futuros peligros que están basados en la experiencia y en la razón, por eso la exigencia que tengan cierto carácter científico. Se concluye: “pero solo es un indicio y así deben ser tomados.” Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 1003. El mismo Roxin, al referirse a las normas del tráfico, establece: “la infracción de normas del tráfico es efectivamente por tanto un indicio para la constatación de la imprudencia, pero no hace superfluo un examen judicial autónomo del riesgo creado”. Y en el caso contrario dice: “el respeto a las normas del tráfico no excluye necesariamente la creación de un riesgo no permitido”. Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, 79. Finalmente Corcoy sostiene: “las pautas de conductas previstas por una ‘regla técnica’ ya sea legal o consuetudinaria, tienen un carácter indicativo”. Más adelante: “no son, por tanto, materia de prohibición (penal), sino criterios rectores del comportamiento en el desempeño de actividades peligrosas”.

Hava García sostiene que por *lex artis* ha de entenderse el conjunto de reglas generales de carácter técnico, máximas de experiencia y conocimientos emitidos que han sido aceptados y aprobados por la comunidad científica o profesional⁶⁶.

Romeo Casabona, que estudia a profundidad el tema, en primer lugar establece que la *lex artis* se concibe como un criterio orientativo para llenar el contenido del deber objetivo de cuidado. Principalmente en los casos que resultan típicos o semejantes sostiene: “Ello implica que el médico o el profesional sanitario que en su actuación se ha sometido a la *lex artis*, a lo que su ciencia o su arte indiquen como adecuado en cada momento y circunstancia, no habrán infringido por lo general sus deberes de cuidado”⁶⁷.

Más adelante, distingue entre lo que debe entenderse por *lex artis*, fallo técnico, indicación médica e infracción al cuidado debido. Este autor señala que: “el fallo técnico en medicina supone un defecto en la aplicación de métodos, técnicas o procedimientos en las distintas fases de la actuación profesional sanitario o paramédico (exploración, diagnóstico, indicación, realización del tratamiento)”⁶⁸.

El *fallo técnico* no implica un juicio de valoración jurídica, sino que se trata de “la valoración puramente fáctica de que un determinado caso sanitario no es correcto desde el punto de vista técnico, que normalmente requerirá comprobar a continuación si efectivamente se produjo la infracción de cuidado”⁶⁹. Concluye que el fallo técnico no implica vulneración necesaria de la *lex artis*; y que esta no es inmutable ni única, sino que es conciliable con la libertad de método y su apertura a nuevas técnicas o procedimientos, aunque sean en momento dado de minoría aceptación científica. La *lex artis* es válida únicamente para situaciones típicas —como las descritas en la literatura científica— pero no para casos excepcionales o atípicos. Entre normas técnicas y normas jurídicas no puede establecerse una identidad de contenido: cada una de ellas tiene fines propios y, por tanto, la infracción de aquellas no implica necesariamente la infracción de estas.⁷⁰

El mismo autor alude a que la *lex artis* se constituye como una conducta estándar para situaciones pre configuradas sin que suponga todavía la infracción del deber objetivo de cuidado, pero con frecuencia un indicio de ella, incluso en

⁶⁶ Hava García, *La imprudencia inconsciente*, 149.

⁶⁷ Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal*, 269.

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ Romeo Casabona, *El médico y el derecho penal: La actividad curativa, licitud y responsabilidad penal, t. I* (Barcelona: Rubinzal-Culzoni, 2011), 70.

situaciones atípicas el deber de cuidado, puede requerir un alejamiento de la *lex artis* generalmente aceptada en el caso concreto⁷¹.

Por su parte, con fundamento en los criterios expuestos, Donna concluye que no existe duda en dos cosas: “que en los casos normales no infringe el deber de cuidado el médico que se atenga a la *lex artis*, aunque no logre el objetivo de sanar al enfermo; y que la violación de esas reglas es una presunción seria de la violación del deber de cuidado”. Agrega en forma posterior que dichas reglas tienen un carácter indicativo, ya que ninguna profesión tiene pautas de comportamiento profesional absolutamente invariables⁷².

Finalmente, es necesario aclarar que Casabona concibe a la *lex artis* como una respuesta al “cómo del tratamiento, al método o procedimiento que se ha de seguir”, para lo cual cita un ejemplo: si se trata de una intervención quirúrgica, donde debe realizarse la incisión, cuántos centímetros debe medir, qué parte hay que extraer y cómo, etc.; y si son medicamentos, qué dosis, con qué frecuencia, etc.⁷³

Con dichas posturas, se define a la *lex artis* como el conjunto de reglas socialmente adecuadas con base en parámetros técnico-científicos en un determinado arte u oficio, que son un indicativo objetivo del proceder en una situación concreta de carácter estándar, previamente definida, y que cuya contravención es un indicio, y no una condición necesaria, de la violación del deber objetivo de cuidado⁷⁴.

No son necesarios profundos análisis de las definiciones y distinciones entre normas jurídicas (leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas) y/o *lex artis*, como lo dispone el segundo numeral del art. 146 del COIP, pues como se vio no corresponden a categorías sustancialmente distintas. Corcoy considera que las reglas técnicas pueden provenir desde leyes, reglamentos u ordenanzas, e incluso de usos y costumbres de la vida social, al igual que las normas de la *lex artis*, las cuales

⁷¹ Romero Casabona, *Conducta imprudente e imprudencia en la sociedad de riesgo*, 226, citado por Edgardo Donna, *El delito imprudente*, 249.

⁷² Donna, *El delito imprudente*, 253.

⁷³ Romeo Casabona, *El médico y el derecho penal*, t.II, 193.

⁷⁴ Legal Publishing, *Tratado de Cuantificación del Daño, Responsabilidad Médica, t. I: Muerte* (Santiago: Legal Publishing Chile, 2012), 29. En este sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Chile, Rol No. 1882-2008, dentro del recurso de casación en la forma, dentro del caso M.M con J.F. consta: “El actuar profesional conforme a la ciencia y al arte médica constituye la denominada ‘lex artis’; acatamiento de los procedimientos médicos, adecuados al diagnóstico y tratamiento de cada caso”. En estos términos, la intervención médica llevada a cabo siguiendo las prescripciones de la *lex artis*, respectiva, en principio, no deviene en delito, incluso en el caso de un resultado funesto, pues no es una acción que haya perseguido lesionar o matar. En efecto, si bien no hay médico que pueda asegurar con precisión su diagnóstico ni garantizar la curación del paciente, debe sujetarse a los procedimientos adecuados para realizar el diagnóstico y curación esperada.

pueden ser escritas como no⁷⁵. Lo cierto es que existe un acuerdo generalizado en sostener que la violación de estas normas no debe entenderse ni significa violación del deber objetivo de cuidado, sino únicamente un indicio de él y que debe complementarse con el cumplimiento del resto de criterios taxativos establecidos en la norma *iusdem*.

2.2.2. Delito imprudente e imputación objetiva: “La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado”; “El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas”

El delito imprudente fue analizado como la violación del deber objetivo de cuidado, cuyos criterios de determinación han sido taxativamente definidos por la legislación ecuatoriana en el art. 146 del COIP, concretamente en lo que se refiere al delito de mala práctica profesional. Hasta el momento se trató el criterio de delimitación con base en normas y reglas del tráfico de la actividad profesional, pero quedaron pendientes para este punto los numerales 1 y 3 de la norma citada: “1.- La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado; y, 3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas”.

Dichos condicionamientos evidentemente son concebidos desde la teoría de la imputación objetiva, cuya estructuración es distinta del deber objetivo de cuidado, aun cuando la ley concibe a la segunda como un criterio de determinación del primero. No obstante, cierto sector de la doctrina considera precisamente lo contrario, es decir que la violación del deber objetivo de cuidado se disuelve dentro de los postulados de la imputación objetiva⁷⁶.

⁷⁵ Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, 76.

⁷⁶ Véase en Enrique Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal, Parte General* (Buenos Aires, 1997), 246 citado por Edgardo Donna, *El delito imprudente*, 164. “En la dogmática de nuestros días el impacto de la teoría de la imputación objetiva sobre el delito imprudente ha conmovido algunos elementos del paradigma elaborado por la teoría finalista de la acción de una manera decisiva. En particular, se ha puesto de manifiesto que detrás del elemento infracción del deber de cuidado se ocultan diversos elementos de la imputación, que caracterizan de una manera más precisa los presupuestos de la imprudencia que aquella cláusula general. Dicho con otras palabras, el concepto general de infracción del deber de cuidado ha sido disuelto en una serie de criterios de imputación”. En igual dirección Yamanaka, *Revista de derecho penal*, 1990, 944, citado por Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 999: “la contrariedad objetiva del cuidado debido no debería poseer una significación autónoma dentro del concepto de imprudencia, sino ser absorbida por el criterio de la imputación

La ley penal vigente ecuatoriana, si bien prevé como tipo objetivo del delito imprudente a la violación del deber de cuidado, también concibe como un elemento de determinación de este la no imputación meramente causal del resultado. Postula pues, de manera categórica, que la producción material del resultado no implica violación necesaria del deber objetivo de cuidado y, de igual manera, la exclusión de elementos externos independientes o conexos a la violación deber de cuidado —art. 146, numeral 3—.

Lo dicho implica que debe realizarse una imputación *objetiva* del resultado a la acción, en la cual se considere el aporte de la doctrina al incremento deliberado del riesgo y, por otro lado, la superación de la frontera de lo que se considera el riesgo permitido. El tratamiento de la teoría de la imputación objetiva nos obliga a realizar un recuento de sus antecedentes, entre los cuales se encuentran el *causalismo* y el *finalismo*.

La imputación objetiva del resultado a la acción ha sido ampliamente desarrollada por la doctrina, por lo que en el presente capítulo se tratará sucintamente los antecedentes de la concepción moderna de la imputación objetiva, para finalmente describir el modelo de Roxin en lo referente al tipo imprudente.

Es necesario, por los motivos expuestos, analizar el modelo de la imputación objetiva, pues este no es aplicable como alternativa a la violación del deber objetivo de cuidado, sino que desde el punto de vista del legislador ecuatoriano son complementarias⁷⁷. Esto se debe a que, si bien se toma —en la ley— como eje indispensable del injusto imprudente la transgresión del cuidado debido, se incorporan los criterios de la imputación objetiva al considerar en el texto del art. 146 como insuficiente la producción del resultado, lo que precisamente trata de explicar la teoría de la imputación objetiva.

Antecedentes

A. El causalismo

objetiva”. Finalmente Maraver Gomez —*El principio de confianza en el derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de corresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva* (Madrid, 2007), Cap. 2., citado por Edgardo Donna, *El delito imprudente*, 164— menciona: “con la moderna teoría de la imputación objetiva, el deber objetivo de cuidado deja de concebirse como elemento del tipo de injusto del delito imprudente y queda diluido dentro de los criterios manejados para determinar la imputación objetiva del resultado”.

⁷⁷Donna, *El delito imprudente*, 168. Donna, siguiendo el criterio de Roxin, considera: “para que nos quede claro, la teoría de la imputación objetiva elimina el criterio de la infracción al deber de cuidado y lo reemplaza por sus propios criterios”.

La imputación objetiva surge como un producto derivado de las discusiones sobre la identificación del nexo causal entre acción y resultado, principalmente en casos difíciles donde el curso lesivo se realiza de modo indirecto.⁷⁸

La causalidad es un problema que ha sido tratado desde los albores de las corrientes filosóficas que buscan establecer cuál es la causa penalmente relevante entre todas las que podían verse envueltas en el contexto criminal de un comportamiento determinado. Platón⁷⁹ ya planteó el problema de la causalidad de las ideas, para lo cual recurrió incluso a figuras silogísticas, donde la conclusión tiene su causa en dos premisas que la definen. Aristóteles replicaría esta idea en el sentido de que las ideas son un concepto estático y no dinámico, “con ideas nadie puede edificar una casa”, pues sostiene que todo lo que se mueve se mueve por algo, es decir, existe una causa generadora de un efecto. Esta idea fue complementada por Santo Tomas de Aquino, quien sostuvo que todo impulso tiene su génesis en Dios, concebido como la primera causa, ya que todo el resto son causas secundarias.⁸⁰

Como solución nace, en primera instancia, *la teoría de la equivalencia de condiciones —conditio sine qua non—* propuesta por Jhon Stuart Mill, según la cual será condición, y por tanto causa, aquella que, si es mentalmente suprimida, provoca la desaparición del resultado⁸¹. La consecuencia lesiva, por tanto, es imputable a todos los actores generadores de las distintas condiciones que confluyeron de manera necesaria en la producción del resultado. Sin embargo, como señala Reyes Alvarado, esto no significa que la simple demostración de la causalidad conduce de manera inexorable a la responsabilidad, puesto que su precursor Von Buri ya estableció condiciones adicionales para que se configure un juicio de responsabilidad⁸².

La teoría de la *conditio sine qua non* implica la imputación de todo aquel responsable de una acción que funciona como condición indispensable para que un resultado lesivo suceda. Así, quien para robar un auto produce una lesión leve es corresponsable de la muerte de la víctima del atraco, que ingresó para revisión en una casa de salud por la pequeña lesión, pero muere a causa de negligencia médica⁸³. La

⁷⁸ Manuel Cancio Meliá, Marcelo Ferrante y Marcelo Sancinetti, *Teoría de la imputación objetiva* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998), 106.

⁷⁹ Johanness Hirschberger, *Geschichte der Philosophie*, T. I (Basel-Freiburg-Wien, Herder, 1965), 110 y ss., citado por Yesid Reyes Alvarado, *Imputación objetiva* (Bogotá: Temis, 2005), 7.

⁸⁰ Yesid Reyes Alvarado, *Imputación objetiva* (Bogotá: Temis, 2005), 7-8.

⁸¹ *Ibid.*, 10.

⁸² *Ibid.*, 11.

⁸³ Enrique Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* (Buenos Aires: BdeF, 2007), 29.

crítica principal a esta teoría —y que demuestra su insuficiencia según Reyes Alvarado⁸⁴— se encuentra dada por el amplio y exagerado ámbito de la responsabilidad, independientemente de si lo examina hacia el pasado como hacia el futuro.

En un intento por delimitar adecuadamente la teoría de la *conditio sine qua non*, Von Bar realiza el planteamiento de la *condición adecuada* que consiste en establecer una diferenciación de conceptos entre condición y causa, al manifestar que una condición adquiere la categoría de causa únicamente cuando, de acuerdo con la forma como regularmente se desarrollan los fenómenos, conduzca y sea adecuada para la producción de un resultado⁸⁵.

En este sentido, esta teoría plantea que la causa de un resultado es únicamente aquella circunstancia, que de conformidad con las reglas de la vida y experiencia pueda considerarse idónea para la producción de este, excluyendo todas las demás causas inadecuadas. Al resumir la posición de Von Bar en cuanto la causalidad adecuada conforme las reglas de la vida, Ordeig establece que no existe nexo causal de la acción con el resultado cuando: 1. las consecuencias imprevisibles de una acción no se hallan en relación con esta, porque el extraño curso tomado por el proceso causal no se ha atendido a la regla de la vida; y 2. cuando en los hechos que representan una cierta —e incluso una gran— probabilidad para la producción del resultado, la acción haya sido conforme a derecho o al comportamiento del autor de acuerdo con la regla de la vida.⁸⁶

Finalmente, la teoría de *la relevancia típica* propuesta por Mezger —su principal y único precursor en Alemania—⁸⁷ establece la necesidad de una causa adecuada en torno al resultado; por tanto, las causas inadecuadas se tornan irrelevantes. No obstante, también determina que la relevancia no se agota en la adecuación, sino que va más allá, pues incluso acciones peligrosas que no lesionan el deber diligencia son consideradas no relevantes y, por tanto, atípicas.⁸⁸

Adicionalmente, Mezger incluye conceptos que servirán de antecedentes directos a la teoría de la imputación objetiva, como son el riesgo permitido y el no incremento deliberado del riesgo de lesión al bien jurídico protegido. Este autor

⁸⁴ Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, 12.

⁸⁵ *Ibíd.*, 23.

⁸⁶ Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 30.

⁸⁷ *Ibíd.*, 66. Así lo expone Gimbernat quien identifica como único defensor de esta teoría en Alemania a Mezger, pero en España ubica a Muñoz Devesa, Jiménez de Asúa, Del Rosal, Mourullo y Córdoba.

⁸⁸ *Ibíd.*, 67.

acepta la teoría de la *conditio sine que non*, para establecer una relación causal material; sin embargo, critica como insuficiente la teoría de *la causalidad adecuada*, al establecer que, si bien una causa produce un resultado y es adecuada para ello: “el agente solo podrá ser castigado por el resultado, cuando la relación sea relevante es decir jurídicamente relevante”⁸⁹. Por último, establece que la relación causal es jurídicamente relevante cuando se realiza una interpretación adecuada del sentido de los tipos penales.

B. El finalismo de Welzel en la imprudencia

El finalismo surge como una corriente de pensamiento paradigmática, en búsqueda de generar los correctivos necesarios a la insuficiencia de las teorías causalistas. No obstante, los esfuerzos de Welzel no solo se redujeron a llenar los vacíos de las teorías causales, sino también a dotar al derecho penal de un nuevo sistema ya no basado en la causalidad como estructura óptica⁹⁰ —pues dicha metodología es incapaz de individualizar lo que verdaderamente interesa al derecho penal, como es la conducta humana—, sino en la intencionalidad, como característica inherente a la conducta humana. El mismo Welzel sostiene que él no inventó el carácter final de la acción, sino que lo había encontrado, pues concibe la naturaleza óptica de la acción en su finalidad⁹¹.

Welzel fundamenta que este sistema permite deslindar los fenómenos naturales de las acciones humanas, recurriendo al elemento intencional, por lo que en palabras propias del autor: “todo lo que sea exclusivamente causal, sin pertenecer a la intencionalidad, esta de antemano excluido de una valoración jurídico penal”⁹².

Indica que esta teoría considera como *condición sine qua non* de una conducta jurídicamente relevante ya no una causa en su sentido natural óptico, sino en su sustitución por la intencionalidad de la voluntad humana. En el ejemplo de Ordeig, si una enfermera inyecta, sin saberlo, una inyección de morfina demasiado fuerte que le

⁸⁹ *Ibíd.*, 68.

⁹⁰ Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, 55 y s.

⁹¹ Hans Welzel, *Um die finale Hand-lungslehre* (Tubingen, 1949), 7, citado por Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, 57.

⁹² Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht* (Berlín, 1969), 33, citado por Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, 56. Welzel, ante la insuficiencia de las teorías causales, establece: “en efecto, desde el punto de vista causal, no existe diferencia alguna entre la muerte de un hombre producida por el impacto de un rayo y la generada por los disparos que otra persona ha efectuado, pues en ambos casos se trata objetivamente de una simple causación debiendo reconocerse como única diferencia que en la segunda hipótesis todo ha sido finalmente ejecutado”.

ha entregado el médico y el paciente muere, no ha realizado ninguna acción de matar, pues el fin que perseguía no era el de producir una muerte.⁹³ Para Ordeig, el finalismo de Welzel, debe entenderse a través de dos grandes postulados: a) la teoría final de la acción, culpa y adecuación; y b) teoría de la adecuación social.

En referencia al primero, Welzel establece que la finalidad de producir un resultado típico debe entenderse en el sentido de que la voluntad del agente no siempre ha de estar dirigida al resultado, como en los delitos imprudentes, por lo que considera que ha de existir, en estos casos, una finalidad potencial, consistente en la posibilidad de prever el resultado y, por tanto, evitarlo⁹⁴. Al hablar de los delitos culposos, Welzel institucionaliza un nuevo concepto: el deber objetivo de cuidado. Manifiesta que: “una acción sería solo típica cuando el autor no hubiera observado la diligencia que le era posible; como la diligencia objetiva”. Por consiguiente, el desvalor de la acción es determinado a través de la finalidad real o potencial de la realización de un resultado. De esta manera, se excluyen los cursos causales inadecuados, que se definen como las acciones que han observado la diligencia debida en el tráfico por parte del hombre prudente y razonable en la misma situación del autor.⁹⁵

Sin embargo, la posición de Welzel sería modificada posteriormente y complementada por las críticas debido a la insuficiencia de su teoría para la explicación del injusto en los delitos imprudentes. Esto lo obligó a abandonar la posición de la finalidad potencial y a estructurar su nueva postura a través de la separación definitiva entre el desvalor de la acción y el resultado en los delitos culposos, para sustituirlo por el mencionado concepto de la evitabilidad (subjettiva) a través de la diligencia debida. Y concluyó que las acciones imprudentes, solamente

⁹³ Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 74-5.

⁹⁴ Donna, *El delito imprudente*, 72. Donna refiere que varios críticos tuvieron la posición de Welzel de la finalidad potencial, entre los cuales se observa a Bockelmann, Mezger y Rodríguez Muñoz y Niece. Sobre el último, Quintano explica que Niece evidenció un “subterfugio” y propuso una solución normativa al problema de la finalidad potencial: “la acción culposa no se distingue de la dolosa porque aquella esté falta de finalidad ni de evidencia, sino en estar una y otra diversamente valorizadas y encarnadas en tipos delictivos determinadas”.

⁹⁵ Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 76-9. En este punto se debe aclarar la nueva posición de Welzel, en torno a separar la unión primaria establecida entre desvalor de la acción y finalidad, pues se reconoce que en los delitos culposos la finalidad es jurídicamente irrelevante.

típicas y antijurídicas, son las que a consecuencia de la no observancia del deber objetivo de cuidado lesionen bienes jurídicos protegidos.⁹⁶

Se puede llegar a pensar que dicha modificación esencial desnaturaliza una teoría netamente finalista; sin embargo, Welzel atañe que la intencionalidad en el delito culposo se encuentra en la no evitabilidad querida del agente⁹⁷. Finalmente, es necesario agregar que Welzel considera, para delimitar el alcance del deber objetivo de cuidado, el riesgo permitido y el principio de confianza, conceptos que serán ampliados más adelante en la visión de Roxin en la construcción de la teoría de imputación objetiva.

En cuanto al segundo postulado sobre la teoría de la adecuación social, Welzel afirma que las conductas penalmente relevantes necesitan atentar contra un orden social establecido y deben ser adecuadas para hacerlo. Ordeig⁹⁸ cita un par de ejemplos para exhibir dichos postulados. Así: cuando el sobrino persuade a su tío rico para que realice un viaje en tren con la esperanza de que muera en un accidente, como efectivamente sucede, no comete delito; como tampoco lo comete el que siembra una semilla de belladona, en un paraje donde abundan plantas de esta clase, confiando en que un día un hombre la recogerá y morirá a consecuencia de ingerirla. Tales comportamientos, a decir de Welzel, se mueven dentro del orden social y, por ello, no son típicos de acuerdo con la teoría final del injusto.

Imputación objetiva funcional de Roxin. Crítica al finalismo

En la monografía sobre el concepto de acción (1962) Roxin criticó lo que consideró excesos ontológicos del finalismo. Roxin critica la concepción ontológica de la finalidad en la acción, pues niega la existencia de una estructura final preexistente; qué es final y qué no lo es depende exclusivamente del ordenamiento jurídico y para completar el concepto de acción también es necesario considerar la dimensión de su sentido. Este autor afirma que: “el sujeto que no aprehende el carácter injurioso de sus palabras, la ajenidad de la cosa o la deshonestidad de su conducta, no actúa dolosa ni finalmente; en sentido jurídico-penal no actúa en absoluto”⁹⁹. Nuevamente, Roxin considera que la finalidad presente en la acción no

⁹⁶ Choclán Montalvo, *Deber de cuidado y delito imprudente* (Barcelona, Boch), 28, citado por Roxana Piña, *El tipo subjetivo en el delito imprudente*, 60.

⁹⁷ Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, 59.

⁹⁸ Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 80-1.

⁹⁹ Claus Roxin, *Problemas básicos del Derecho penal* (Madrid: Reus, 1976), 49.

se constituye por sí sola, sino que requiere la aprehensión y dominio de los factores causales de la acción y además entender las circunstancias en las que desarrolla el hecho, el cual siempre será considerado penalmente relevante, exclusivamente por el legislador. Con esto concluye que la finalidad no es un producto óntico sino jurídico-normativo por excelencia.

Roxin advierte la necesidad de invertir el concepto de acción, finalidad y tipo, pues la acción no determina la tipicidad otorgada por el legislador, sino al contrario, la existencia o no de la acción depende de los elementos dotados por el legislador con base en consideraciones valorativas sociales, para considerar una conducta como típica, así como la presencia de la finalidad o no en la misma. Finalmente, afirma que es necesario sustituir la teoría final de la acción por la teoría final del tipo, ya que la finalidad se obtendrá únicamente interpretando el alcance de la tipología penal como elemento innatamente normativo. La *imputación objetiva*, para vincular a un sujeto al acto delictivo, exige, a más de la causalidad¹⁰⁰, la realización de un riesgo no permitido, restringiendo razonablemente los delitos imprudentes, limitando el tipo objetivo a los casos de creación y realización de riesgos insoportables para la seguridad de las personas.

Roxin concluye que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro causado por el autor y no cubierto por el riesgo permitido dentro del alcance del tipo¹⁰¹. Para el siguiente tratamiento, es importante considerar que a criterio de Roxin existe un tipo unitario tanto para los delitos dolosos como para los imprudentes, basado en la pertenencia de la previsibilidad a la culpabilidad, al igual que el dolo, haciendo del modelo de imputación objetiva perfectamente aplicable al injusto imprudente.

Criterios de imputación objetiva en el ámbito de la creación de riesgos: creación de un riesgo no permitido

A. Exclusión de la imputación en caso de disminución de riesgos

De acuerdo con este principio, una acción coincidente con el tipo no es objetivamente imputable, si es que el resultado causado por ella, evita la producción

¹⁰⁰ Es necesario aclarar al lector que la imputación objetiva no descarta la causalidad, sino que la complementa. Siempre para determinar la responsabilidad penal por imprudencia será necesario en primera instancia establecer un nexo causal en el actual imprudente y el resultado dañoso al bien jurídico protegido, para posteriormente analizar de manera funcional si dicho daño está exento de sanción jurídico penal o si debe imputarse de manera objetiva al resultado.

¹⁰¹ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 364.

de un resultado mayormente lesivo al bien jurídico protegido. Por ejemplo, el médico que por salvar la vida tiene que amputar una extremidad en observancia de la *lex artis*.

En este sentido, Roxin afirma que se encuentran excluidas de ser imputables todas aquellas conductas que no empeoran, sino mejoran el estado del bien jurídico protegido.¹⁰²

B. La exclusión de la imputación si falta la creación del peligro

Se debe rechazar la imputación al tipo objetivo cuando el autor ciertamente no ha disminuido el riesgo de lesión de un bien jurídico protegido, pero tampoco lo ha aumentado de un modo jurídicamente considerable. Para esto, el autor se basa en el riesgo normal y aceptable de las actividades socialmente asimiladas. No obstante, más adelante considera que para la definición de la conducta penalmente relevante se deben considerar el grado de previsibilidad y de conocimientos especiales del autor. Por ejemplo, si para una operación se emplea cierta cantidad de anestesia, que provoca un riesgo aceptable y permitido en un paciente sano, pero que en el paciente que sufre de anomalía cardíaca, no detectada en forma previa, produce su muerte. El médico en este caso no ha creado un peligro relevante que supere el riesgo natural de la intervención, no obstante, si el médico conocía que el paciente sufría de problemas del corazón y le inyecta la misma cantidad, provocando su muerte, crea un peligro relevante para el bien jurídico protegido y por tanto su conducta será imputable.

De la misma manera, se resuelve el problema de los cursos causales hipotéticos, como cuando alguien lesiona a una persona y, en el trayecto al hospital, muere producto de un choque. Dicha muerte no podrá ser imputable al primer causante, ni como homicidio doloso ni como homicidio imprudente. En el ámbito médico, si el galeno provoca una lesión al paciente en inobservancia de la *lex artis*, pero cuando este es trasladado a cuidados intensivos la camilla sufre un accidente y el paciente muere producto de la caída, tampoco será acusado el médico de homicidio, pues su accionar provocó un curso causal inadecuado hacia el resultado¹⁰³.

C. Exclusión de imputación en casos de riesgo permitido

¹⁰² *Ibíd.*, 365.

¹⁰³ *Ibíd.*, 366.

Implica la creación de un riesgo jurídicamente relevante, cuya imputación se excluye si se trata de un riesgo permitido. Roxin, en este punto, identifica la falta de claridad en la definición de riesgo permitido; sin embargo, lo define como “una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo”¹⁰⁴.

El autor (aun cuando no lo reconoce) evidentemente se refiere a los criterios de determinación del cuidado debido, pues pone como ejemplo la conducción automovilística, que crea un riesgo permitido, siempre y cuando se observen todas las reglas del tráfico viario, tildando de acción no típica las lesiones causadas a un bien jurídico protegido, cuando se han observado las reglas del tráfico¹⁰⁵; es decir, lo que se trató como reglas de cuidado en el capítulo pertinente al cuidado debido.

He aquí una muestra de complementariedad y no contradicción entre los modelos de determinación de la infracción al deber de cuidado y de imputación objetiva del resultado. Más aun cuando el propio Roxin considera como un “apoyo sustancial” en la definición del riesgo permitido, las reglas de cuidado como las que existen en el tráfico o para el funcionamiento de instalaciones técnicas o práctica de deportes peligrosos, etc., pues afirma que la regulación normativa de precauciones de seguridad es prueba de la existencia de un riesgo jurídicamente relevante.

En el ámbito médico, se puede decir que toda intervención quirúrgica por su naturaleza conlleva un riesgo. Cuando un paciente muere incluso cuando el médico realizó todas las acciones necesarias para evitar dicho resultado, siempre en observancia de la *lex artis*, no habrá causado su muerte desde el ámbito penal, aun cuando sí en la arista fáctica.

La realización del riesgo no permitido

A. La exclusión de la imputación si falta la realización del peligro en el resultado

Se excluye la imputación cuando el autor ha creado un peligro contra un bien jurídico protegido, pero ese peligro no se concreta en el resultado, pues este no se deriva de él sino “solo en conexión causal con el mismo”¹⁰⁶. Recordemos que los factores de determinación del cuidado debido —establecidos en el art. 146,

¹⁰⁴ *Ibíd.*, 371.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, 372.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, 373.

numerales 1 y 3 del COIP— consagran la insuficiencia de la producción del resultado, para la existencia de la violación al deber objetivo de cuidado; y, de igual manera, el imperativo normativo que determina que el resultado debe provenir directamente de la violación del deber de cuidado y no de factores independientes o conexos. Nótese en este punto el acoplamiento directo de los criterios de Roxin sobre el riesgo al establecimiento de la infracción del cuidado debido.

Si la violación al deber objetivo de cuidado provocó un resultado de lesión, posteriormente transformado en muerte por un accidente en la camilla, el médico no puede responder por muerte. Precisamente porque el peligro creado para la vida no se concretó en el resultado, sino solo en el inicio causal, fatalmente concretado por causas ajenas al accionar del autor, lo que imposibilita de plano su imputación por el resultado final. Si en la mala práctica profesional tipificada en el art. 146 del COIP, se prevé como elemento del tipo la violación del deber objetivo de cuidado y este a su vez exige que el resultado sea objetivamente imputable, y además que no provenga de causas extrañas a su violación, precisamente se hablará de que el peligro creado con la conducta en el bien jurídico se establezca con un juicio de valoración en el resultado. De tal manera que permita establecer con seguridad un nexo causal entre el efecto dañoso y la conducta violatoria de las normas de cuidado, descartando causas supervinientes derivadas de la casualidad o del accionar de un tercero.

Con relación a este punto, el autor sostiene que: “el examen de realización del peligro es previo, de tal manera que el curso de los hechos realmente producido debe medirse en un segundo juicio de peligro que hay que efectuar tras concluir la acción del autor”¹⁰⁷. Roxin considera que no existirá tal exclusión de la imputación cuando el peligro causado en el bien jurídico ha aumentado también el peligro del curso causal subsiguiente, de modo jurídicamente relevante. Lo que ocurre, por ejemplo, cuando alguien quiere matar a otro a hachazos, pero su víctima no muere por las heridas, sino por una infección producto de estas; en este caso, en el resultado se concretó el peligro causado con la acción —los hachazos— y por tanto es imputable el homicidio.

En el ámbito médico imprudente, cuando la acción violatoria del cuidado debido provoca una lesión y no la muerte, pero la infección producida por aquella lesión finalmente sí produjo la muerte, será imputable lo último al autor. Al existir un

¹⁰⁷ *Ibíd.*

nexo eslabonario e ininterrumpido por factores externos entre el peligro generado con la acción y el peligro causado en el resultado, la conducta por homicidio culposo será perfectamente imputable al médico negligente.

B. Exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido

Nuevamente, Roxin ratifica que el riesgo no permitido se materializa no solo en la acción sino también en el resultado. Así, cuando la violación del cuidado debido, mediante el cual se crea un riesgo no permitido, sea irrelevante en la producción del resultado, este no será imputable objetivamente. En otras palabras, cuando la observancia de las reglas del cuidado debido en nada hubiese podido alterar el resultado dañoso, este no es imputable.

Un ejemplo de ello es cuando el médico, en desacato de la *lex artis*, administra una cantidad de morfina contraindicada para pacientes con problemas cardíacos, pero que posteriormente en la investigación se hubiese demostrado que el paciente hubiese muerto independientemente de la cantidad de morfina suministrada —pues era alérgico a uno de los componentes químicos de la droga—, el médico no será imputable por el homicidio culposo. Esto, a pesar, de que inobservó la *lex artis*, ya que la creación de aquel riesgo no permitido no insidió en lo absoluto en el resultado mortal.

Al respecto, el autor dice que: “la infracción del deber que rebasa el riesgo permitido ciertamente es causal para el resultado, pero el riesgo de producción del resultado no se ha aumentado por la superación o exceso”.¹⁰⁸

C. La exclusión de la imputación en caso de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado

Los resultados producidos por una conducta, que aun cuando supera el riesgo permitido no se encuentra amparada por el fin de protección de la norma de cuidado, no serán imputables objetivamente a su autor. En su formulación básica, el principio indica: “que imputable solo lo es el resultado que es producto del riesgo que quiso prevenir la norma violada, no otro no abarcado por esa norma”¹⁰⁹. Se desprende, pues, la necesidad de determinar cuál es el fin de protección de la norma de cuidado

¹⁰⁸ *Ibíd.*, 376.

¹⁰⁹ Joaquín Cuello Contreras y Caffarena Borja Mapelli, *Curso de Derecho Penal. Parte General* (Madrid. Ed. Tek-nos, 2011), 72.

infringida, para lo cual deberá recurrirse necesariamente al método teleológico de interpretación normativa.

Al respecto, es impensable no citar el criterio de Gimbernat Ordeig, quien afirma que “las normas que imponen deberes de diligencia, los imponen no para impedir un resultado en general, sino uno bien determinado”¹¹⁰. A continuación, lo explica con varios ejemplos, así: debido a que un guardabarreras imprudente no cierra la barrera cuando va a pasar un tren, un suicida se arroja ante la locomotora y perece. Si el guardabarreras hubiese actuado prudentemente, la muerte del suicida se hubiese evitado, ya que la barrera era tan alta que este no habría podido saltarla.

Ante este problema, Ordeig responde que las barreras bajadas sirven para avisar a los que quieran seguir en este mundo que se aproxima el paso de un tren y no para constituir un obstáculo al paso de suicidas, pues este no es un medio idóneo para evitar el paso de los que se arrojan hacia el tren; como sí lo sería una medida mucho más radical, como suprimir la circulación ferroviaria. En este sentido, concluye que casos como estos no pueden resolverse simplemente bajo la teoría de la *conditio sine qua non*, la cual debe ser únicamente un medio auxiliar. Entonces afirma que lo decisivo será determinar si el resultado producido es o no uno de los que se querían evitar con un cierto nivel de diligencia, lo cual es impuesto por la norma.

Finalmente, para el injusto imprudente y el tema médico que nos atañe en este trabajo, Ordeig cita el ejemplo del uso de la novocaína como anestésico, que provoca un “incidente de narcosis”, dada la extraña condición del paciente, en el cual, con su empleo no se había reducido la glándula *timo linfática*. Posteriormente, citando a Roxin y a la doctrina dominante, determina que un “incidente de narcosis” hubiera sido producido no solo con la novocaína, sino con cualquier otro anestésico que le hubiesen aplicado, porque la razón de la prohibición del uso de la novocaína en ciertos casos obedece a la circunstancia de que es mucho más fuerte que otros narcóticos de la misma especie.

Por todo esto, concluye que: “serán, pues, los resultados a consecuencia de estas características específicas de la cocaína, los que se quieran evitar al establecer la prohibición de utilizarla; que una muerte a consecuencia de un ‘incidente de narcosis’ no tiene nada que ver con estas propiedades peligrosas de la cocaína”.¹¹¹

¹¹⁰ Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 149-150.

¹¹¹ *Ibíd.*, 152.

El autor manifiesta que en los delitos culposos la solución parte de que los deberes de diligencia, cuya infracción hace que una acción sea imprudente, buscan evitar impedir determinados resultados. Si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que se querían evitar con el establecimiento del deber en la norma *ex ante*, el autor estará exento de responsabilidad.

Para la aplicación de este principio en la práctica médica se deberá recurrir a la complicada tarea de establecer la finalidad de protección de las normas de cuidado derivadas de la *lex artis* —muchas veces no escritas—, lo que dificulta la aplicación del método teleológico para la determinación del alcance y sentido de protección del cuidado, que permitan la imputación objetiva de un resultado de forma adecuada.

D. Conducta alternativa conforme a derecho y a la teoría del incremento del riesgo

Con este principio se analiza la imputabilidad de conductas que han sobrepasado el riesgo permitido, pero que sin embargo se demuestra que, aun observando el cuidado debido, se hubiese producido, con índice probable o posible, el mismo resultado.

Roxin afirma con seguridad que se excluye la imputación, si la conducta alternativa hubiera conducido con seguridad al mismo resultado. Por el contrario, no la excluye cuando se califique al menos de *posible* la evitación del resultado dañoso con la observancia del cuidado exigido, siempre en dependencia de que con la conducta se haya superado el riesgo permitido y, por tanto, incrementado de modo jurídicamente relevante el riesgo de lesión al bien jurídico protegido.¹¹²

Aun cuando esta teoría ha recibido fuertes críticas, según el propio autor, por su posible violación al principio del *in dubio pro reo*¹¹³, Roxin se mantiene en el sentido de afirmar que el *in dubio pro reo* no tiene cabida en la aplicación del principio de conducta alternativa conforme a derecho, pues el autor ha rebasado el riesgo permitido y, con ello, continúa incrementando el riesgo de lesión. Este se

¹¹² Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 379.

¹¹³ *Ibíd.*, 380. En la nota 106, el autor cita el pronunciamiento del Tribunal Supremo Federal Alemán: “Solo se puede aceptar que una conducta infractora de las reglas del tráfico es causal respecto de un resultado dañoso si es seguro que con una conducta correcta en el tráfico no se habría producido el resultado”.

convierte en prohibido, incluso cuando no se tenga seguridad total de que con la conducta alternativa el resultado hubiese sido evitado.

Para explicarlo, se narra el siguiente ejemplo: “si en una operación arriesgada, pero médicamente indicada, el cirujano provoca la muerte del paciente por burdos errores técnicos. Según la opinión contraria tendría que quedar impune porque, aunque se hubiera llevado a cabo una operación *lege artis*, tampoco se podría excluir la posibilidad de un desenlace mortal”. Ante lo cual concluye que esta solución implicaría la renuncia a toda exigencia de cuidado especialmente en los casos que se requiere un “cuidado grande”.¹¹⁴

Al respecto, en la infracción al cuidado debido —y por tanto superación del riesgo permitido en la realización del resultado—, nuestra legislación no determina la imputación sino precisamente, y de acuerdo con el numeral 3, que este provenga directamente de la infracción de la norma de cuidado y no de causas supervinientes o conexas. Por tanto, si el resultado se presenta aun cuando exista actuación conforme a *la lex artis*, no será imputable el autor, pero si, por el contrario, la conducta violatoria de las normas de cuidado, *aporta* a la realización del resultado pero no lo define en su totalidad, tampoco sería punible, porque el daño proviene de factores adicionales o complementarios y no solo del acto del autor.

Por otro lado, si la conducta violatoria de la norma de conducta no produce directamente el resultado, pero sí aporta de tal manera que, suprimiéndola, existía la posibilidad de evitarlo, será punible. Por ejemplo: si un médico que controla una fuerte hemorragia realiza un corte indebido empeorándola, será un problema probatorio demostrar que, suprimiendo esa acción lesiva del cuidado debido, el resultado de muerte por la pérdida de sangre hubiese sido evitable; si esto se demuestra, la conducta será punible.

E. La puesta en peligro de un tercero, aceptada por este

En esta situación —refiere Roxin—, se encuentran aquellos individuos que, si bien no se colocan en situación de peligro dolosamente, sí consienten en ponerse en esta situación por parte de un tercero, incluso con conciencia del riesgo. Por ejemplo, cuando, advertido de los peligros, un paciente insiste en una cirugía de *bypass gástrico*, el médico acepta y este muere. El autor admite que en este grupo de casos,

¹¹⁴ *Ibíd.*, 381.

según la opinión de la doctrina dominante, se resuelve bajo la figura jurídica del consentimiento del posteriormente lesionado¹¹⁵. Se establece que en estos casos, si bien existe consentimiento en la puesta en peligro, no lo existe respecto del resultado, pues aquel que se expone espera un final feliz.

En los delitos imprudentes, acogiendo la posición del Tribunal Supremo Federal Alemán, se niega la violación del deber objetivo de cuidado “cuando alguien ha aceptado un cierto peligro con claro conocimiento del mismo sobre los riesgos y el autor ha cumplido suficientemente el deber general de cuidado”¹¹⁶. Sin embargo, se ha alertado sobre la relevancia de las circunstancias concretas del caso, como “el eventual asentimiento de personas totalmente responsables en el peligro claramente reconocido; motivo y finalidad de la empresa, la medida de la falta de cuidado y la magnitud del peligro”. Todo lo dicho se complementa en la vulneración del deber de cuidado si la empresa arriesgada ha violentado una expresa prohibición jurídica, lo que daría lugar a la imputación del resultado.¹¹⁷

El criterio de Claus Roxin es que dichos postulados son insuficientes, y considera que para que procedan los casos de exclusión de imputación de la puesta en peligro consentida por parte de un tercero se requieren dos presupuestos: 1) que el daño sea consecuencia del riesgo corrido y no de otros fallos adicionales y que el sujeto puesto en peligro ha de tener la misma responsabilidad por la actuación común que quien le pone en peligro; y 2) la conciencia de riesgo en igual magnitud de aquel que le pone en riesgo¹¹⁸. En el ejemplo citado, si aquel que se somete a la cirugía de *bypass* gástrico conocía los riesgos, como no encontrarse en el peso indicado por la *lex artis* para someterse a dicha intervención, pues el paciente era un médico —cirujano gastroenterólogo— y, aun así, asintió en la cirugía que provocó su muerte; en este caso, no se podría imputar responsabilidad, pues el autor sometido al riesgo habría “asumido el riesgo”.

Lo cual no ocurre cuando el que pone en riesgo persuade para que así sea u oculta información indispensable para la toma de la decisión de consentir en el riesgo. Como cuando un médico minimiza los riesgos de una intervención de manera imprudente, violando el deber de información y por tanto el deber objetivo de cuidado.

¹¹⁵ *Ibíd.*, 394.

¹¹⁶ *Ibíd.*, 394.

¹¹⁷ *Ibíd.*, 395.

¹¹⁸ *Ibíd.*

Sobre este punto, Gimbernat Ordeig considera que la participación imprudente en una auto-puesta en peligro es impune, a no ser que el consentimiento en esa auto-puesta en peligro sea ineficaz o que el partícipe, además de partícipe, sea también garante. Por último, en su opinión, la hetero-puesta en peligro consentida es siempre punible¹¹⁹.

Para el criterio personal del autor de este trabajo, en casos de hetero-puesta en peligro consentida, es necesario distinguir entre el peligro y el resultado. El sujeto auto sometido al riesgo generado por el autor de la acción peligrosa no deja su carácter de pasividad frente a la ejecución causal del hecho dañoso, pues finalmente quien lo ejecuta es la persona que coopera en la puesta en peligro, quien con dominio íntegro de los factores de riesgo procede en la ejecución del hecho. Si bien ambos poseen la esperanza de que el resultado no se presente, ambos tendrán dominio y conocimiento del potencial resultado.

En el ámbito de la imprudencia, si bien la acción del tercero que ejecuta dicha acción no busca la producción del resultado, sí viola un deber objetivo de cuidado, el cual consiste en la abstención de generar conductas peligrosas, con el limitante siempre de que no se hallen inmersas causas de antijuridicidad de la acción como un estado de necesidad. En el caso de delito culposo por mala práctica profesional médica, por tanto, la existencia del consentimiento informado del paciente en casos de intervenciones riesgosas no releva al profesional de la observancia del deber objetivo de cuidado consagrado por la *lex artis*.

Más aún cuando el propio art. 146 establece como agravante de la conducta el hecho de ejecutar acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas, lo cual es independiente del conocimiento de los riesgos del procedimiento por parte del paciente. Como, en el ejemplo citado, no impide que el médico que realiza la intervención se abstenga de la ejecución de actos contraindicados o peligrosos, so pena de responder en caso de muerte por homicidio culposo por mala práctica profesional, pues él es quien de modo exclusivo tuvo dominio objetivo del hecho, del peligro y, por tanto, de la lesión del bien jurídico protegido, aunque el consentimiento de la víctima sea para el peligro o incluso para la lesión de sí mismo.

¹¹⁹ Gimbernat Ordeig, “Imputación Objetiva, participación en una auto-puesta en peligro y hetero-puesta en peligro consentida”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No.2, (2004): 75-100. En este trabajo también descarta el criterio que excluye la imputación objetiva sobre la base del criterio de “competencia por organización” y por el “principio de autorresponsabilidad”. Tampoco matiza con la equivalencia de algunas hetero-puestas en peligro con la participación en auto-puestas en peligro como en la tesis de Roxin.

Aplicado ya el modelo de Roxin al juzgamiento de conductas concretas, se recomienda que el Tribunal, previa valoración de los hechos y la prueba practicada en juicio, y al momento de realizar el examen de verificación sobre el cumplimiento de los criterios de determinación de la violación al deber objetivo de cuidado, establecidos en el art. 146 y específicamente de los numerales 1 y 3, deberá analizar uno a uno los criterios expuestos en el presente trabajo sobre la creación y realización del riesgo permitido y no permitido.

2.2.3. Formación profesional, previsibilidad y evitabilidad: “Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho”

A la presente sección corresponde el tratamiento de lo dispuesto en el numeral 4 del art. 146 del COIP; es decir, las condiciones de formación profesional, previsibilidad y evitabilidad del hecho, como último criterio de determinación del deber objetivo de cuidado y, por tanto, de la configuración del injusto imprudente por mala práctica profesional.

Al analizar la concepción subjetiva del deber de cuidado, conforme a las capacidades especiales del autor, se dejó en claro que existen posturas que reconocen la existencia de un tipo subjetivo y otras que conciben a las circunstancias individuales del autor, como pertenecientes al ámbito de la culpabilidad, como Claus Roxin. Estos criterios han sido ya analizados en el momento de estudiar el deber subjetivo de cuidado, y la conclusión a la que se llegó fue aceptar que los criterios subjetivos serán analizados por el juzgador en el juicio de reproche, mas no en la tipicidad.

Efectivamente, el art. 146 —en concordancia con el art. 27 del Código Integral Penal— establece la tipicidad de la culpa en casos de homicidio imprudente por mala práctica profesional, como la violación de un deber objetivo de cuidado como elemento normativo, y, en la misma descripción del tipo, se establecen los criterios de determinación del deber objetivo de cuidado. En suma, de los tres factores ya analizados, específicamente en el numeral 4, se establece: “4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho”.

Es decir que dichos factores forman parte del injusto de la acción, ya que, en ausencia de ellos y de cualquier elemento derivado de los 4 numerales del art. 146 —recordemos que su enumeración es concurrente y no excluyente—¹²⁰, no existirá acción por faltar la violación del cuidado debido y, por consiguiente, inexistencia del tipo penal por falta de conducta penalmente relevante.

¿Las circunstancias del numeral 4 del art. 146 del COIP son objetivas o subjetivas?

Para Roxin, es adecuado reconocer un tipo subjetivo únicamente en la culpa consciente, la que consiste en la representación de todas las circunstancias del hecho como un peligro no permitido y en la confianza en la ausencia de realización del tipo, pues es lo que se corresponde como el *dolus eventualis* y explica tanto la estrecha contigüidad como la diferencia de ambas formas de tipo subjetivo. El autor concluye afirmando que en la imprudencia inconsciente falta el tipo subjetivo, precisamente porque el sujeto no ha incluido en su representación los elementos y presupuestos del tipo objetivo, incluso cuando tenía el deber de hacerlo.¹²¹

En la otra posición, el mismo autor cita a Struensee, para quien, desde una perspectiva finalista, el tipo subjetivo del delito imprudente consiste en “que el que actúa conoce una posición típicamente relevante de las condiciones del resultado producida de la cual surge según la valoración del ordenamiento jurídico un peligro intolerable (riesgo no permitido)”¹²². En este sentido, para Struensee el tipo subjetivo consiste en conocer las condiciones de las que deriva un riesgo no permitido. Si bien en la imprudencia inconsciente no existe noción de las circunstancias del hecho que permitan preverlo, sí existe un tipo subjetivo con respecto a los factores de riesgo. Serrano Gonzales, en esta misma línea, define al tipo subjetivo del delito imprudente como “el conocimiento de un sector penalmente relevante de factores de riesgo

¹²⁰ *Ibíd.*, 1010. Recordemos que en esta posición minoritaria se encuentran Stratenwerth, Jakobs y Samson, para quienes la evitabilidad, analizada en el tipo objetivo, se determina en función de las facultades individuales del autor, pues caso contrario el delito imprudente se transformaría en un delito que castiga la desobediencia.

¹²¹ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 1022. También Cerezo Mir —citado por Edgardo Donna, *El delito imprudente*, 273— afirma que no cabe hablar de un tipo subjetivo en los delitos de acción imprudentes, pues solo en los supuestos de imprudencia consciente existe un nexo psicológico entre el sujeto y los elementos objetivos del tipo, faltando por completo en la imprudencia inconsciente.

¹²² Eberhard Struensee, *El tipo subjetivo en el delito imprudente* (Berlín, 1987), 423, citado por Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 1022.

determinantes del resultado y la finalidad desvalorada como tendencia a la realización de ese cúmulo de condiciones conocidas.”¹²³

Contradice esta posición Roxin, con base en dos argumentos: 1) la falta de imprudencia se ha de producir cuando se desconozcan los factores de riesgo, o sea, ser un caso de error —lo cual niega, con base en que quien actúa dentro de los límites del riesgo permitido resulta exento de responsabilidad penal, no por ningún desconocimiento, sino porque no ha creado ningún peligro jurídicamente desaprobado—; y 2) por que la imprudencia se debe a menudo —aunque no en todos los casos— a los factores fundamentadores del riesgo, para lo cual cita el ejemplo de aquel que rebasa un semáforo en rojo, sin siquiera haberse dado cuenta. Este conocimiento de los factores de riesgo puede ser remplazado por el conocimiento de otro factor de peligro e incluso por el mero hecho de deber conocerlo.¹²⁴

Gossel sitúa a los elementos subjetivos como integrantes del tipo subjetivo, en conjunto con la previsión o previsibilidad por el sujeto no solo de la producción del resultado, sino de la concurrencia de los restantes elementos objetivos del tipo, en lo que se incluye la inobservancia del cuidado objetivo general, denominada por él “elemento objetivo de evitabilidad”. El mismo autor considera que el daño a un bien jurídico protegido solo es evitable en la medida en que sea previsible concretamente por el autor y, por tanto, como elemento del tipo subjetivo en correspondencia con la estructura del hecho punible doloso¹²⁵.

Discrepante de la idea gosseliana sobre que la previsibilidad subjetiva de la concurrencia del tipo objetivo represente la condición necesaria para la evitabilidad general de la lesión del bien jurídico, se encuentra Cerezo Mir, pues para él la acción infringe el cuidado objetivo aunque el sujeto no hubiese podido prever la concurrencia de los elementos objetivos del tipo¹²⁶.

Dentro de la opinión favorable al tipo subjetivo imprudente, se halla la concepción de Mir Puig de incluir, desde una perspectiva finalista, en la parte subjetiva del tipo, el elemento positivo de haber querido la conducta descuidada, ya

¹²³ José Serrano González de Murillo, *Teoría del delito imprudente* (Madrid, 1991), 219, citado por Donna, *El delito imprudente*, 271.

¹²⁴ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 1022.

¹²⁵ Reuinhart Maurach, Karl Gossel y Heinz Zipf, *Derecho Penal Parte General: Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho* (Buenos Aires, 1995), citado por Donna, *El delito imprudente*, 269-270.

¹²⁶ Piña, *El tipo subjetivo en el delito imprudente*, 500-501.

sea con conocimiento del peligro general entrañado o sin él, y el elemento negativo de no haber querido el autor cometer el hecho resultante.¹²⁷

Finalmente, se encuentran autoras como Corcoy Bidasolo, para quien el núcleo del tipo subjetivo puede comprenderse como conocimiento o cognoscibilidad de la posibilidad de realización típica. Por lo tanto, en la imprudencia consciente, el objeto de conocimiento es la posibilidad de realización típica; mientras que en la imprudencia inconsciente, es la posibilidad de conocimiento de realización típica¹²⁸.

Sandro Abraldes sostiene que los elementos subjetivos de la imprudencia deben ser analizados en el juicio de reproche y no en el juicio de tipicidad. Pues los elementos de la previsibilidad individual de la concurrencia de los elementos objetivos del tipo, no son condición indispensable de la evitabilidad general.

La posición mayoritaria de la doctrina considera que la imprudencia requiere de criterios objetivos para fundamentar su punibilidad, ya que si estos son subjetivos, la imprudencia inconsciente, donde el autor no ha representado en lo mínimo el riesgo, se encontraría excluida como conducta penalmente relevante, más todavía cuando “el riesgo creado y la gravedad del descuido pueden ser, en muchos casos, mayor en la culpa inconsciente que en la consciente”¹²⁹.

Recordemos que el art. 146 del COIP, numeral 4, establece como criterio de determinación del deber objetivo de cuidado el grado de formación profesional, previsibilidad, evitabilidad y condiciones objetivas. Cuando la norma usa el término “condiciones objetivas”, consideramos que cierra la brecha de la discusión, por lo que para la definición del deber objetivo de cuidado como elemento constitutivo de la imprudencia se debe hablar de formación profesional, previsibilidad y evitabilidad *objetivas*.

Formación profesional y previsibilidad

Al elaborar un profundo análisis de los criterios de delimitación del deber subjetivo de cuidado, Corcoy Bidasolo establece en primer lugar un parámetro de “cognoscibilidad”, para lo cual realiza un estudio de la previsibilidad objetiva, analizada *ex ante*, y de la cual depende la existencia del injusto típico. Pero también

¹²⁷ Santiago Mir Puig, *Derecho penal parte general*. (Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2004), 286.

¹²⁸ Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, 215.

¹²⁹ *Ibíd.*, 224.

reconoce la posibilidad de que se presenten, de forma posterior, causas relacionadas con la previsibilidad al hecho del autor (factores de riesgo creados por la víctima o por el autor), como problemas de interrupción del nexo causal y los cuales son analizados *ex post*¹³⁰. En una línea distinta, se cita que, para la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, la previsibilidad objetiva es un elemento de la relación causal en todos los delitos, y la previsibilidad subjetiva es un elemento de la culpabilidad en los delitos imprudentes¹³¹.

Si se parte del concepto de previsibilidad individual —subjetiva— como deber de determinar de forma anterior aquello que al sujeto le es posible prever *ex ante*, en los casos de culpa consciente donde el autor conoce los riesgos de lesión del bien jurídico protegido, el hecho será imputable como imprudente, independiente del baremo utilizado para la determinación de la previsibilidad —objetiva o subjetiva—.

No obstante, en los casos de culpa inconsciente, será necesario establecer la exigencia al autor, por parte del ordenamiento jurídico de conocer —*no los conoce pero debía conocerlos*— los factores de riesgo ignorados. Por ejemplo, a un médico cardiólogo se le exige que conozca la medición del ritmo cardíaco. Si el autor concreto del hecho es cardiólogo y no lo conoce, para la imputación del hecho derivado de ese desconocimiento es irrelevante esta ignorancia, pues es exigible de manera objetiva que un cardiólogo con los conocimientos básicos conozca y prevea los niveles normales de ritmo cardíaco, sin que su ignorancia sea fundamento para descartar ni la tipicidad ni la culpabilidad¹³².

Como criterio personal del autor del presente trabajo, la previsibilidad proviene necesariamente de dos vertientes: una objetiva, que es la cognoscibilidad del hecho, y una subjetiva, que efectivamente consagra los conocimientos concretos del autor en la situación de peligro. Por lo tanto, no está en posibilidades del juzgador establecer, como juicio adelantado, que la imprudencia inconsciente provoca la desaparición del tipo por falta de conocimiento de los factores de riesgo; todavía más cuando el análisis debe surgir en cuanto el grado de exigencia normativo del conocimiento de ese hecho por parte del autor *ex ante*. Por esta razón, es necesario

¹³⁰ *Ibíd.*, 210- 211.

¹³¹ *Ibíd.*, 211.

¹³² *Ibíd.*, 226. Es por eso que, para Kaufmann, el deber objetivo de cuidado del médico que no puede realizar una operación con éxito por carecer de los conocimientos necesarios para ello, infringe el cuidado no en ese momento, sino cuando no adquirió esos conocimientos, aun debiendo hacerlo.

analizar, en cada caso concreto, el rol específico, el grado de formación y también la posición de garante con respecto a la víctima del hecho.

En el mismo sentido del ejemplo citado, el hecho de que el cardiólogo administrara una dosis errada de adrenalina a quien posee problemas de taquicardia es irrelevante para el derecho si el médico —precisamente por un ser un *mal cardiólogo*— no conocía los niveles adecuados —por ejemplo por no haber asistido a esas clases en la universidad— del ritmo cardíaco para la administración de dicha sustancia, pues la exigibilidad de su conocimiento está determinada de manera objetiva —*ex ante*— por la normativa siempre acorde con el grado de formación profesional que tiene un cardiólogo. La inconsciencia de los factores de riesgo, por consiguiente, no tiene importancia en el juicio de tipicidad debido a la posición de garante ostentada por el médico y la exigencia del deber de información y conocimiento, aunque alegue en su defensa desconocimiento de los elementos objetivos de la conducta penalmente relevante¹³³.

Estos criterios son soportados desde la misma norma que establece que para la determinación del deber objetivo de cuidado se atenderá “la previsibilidad” del hecho, entendida esta como la posibilidad y viabilidad del conocimiento efectivo de los factores de riesgo de daño del bien jurídico protegido. Lo que incluye a la imprudencia inconsciente donde será suficiente únicamente la previsibilidad —objetiva— del hecho, y la cual se mide por la posibilidad individual de conocimiento. En estos casos, no es necesaria la existencia del tipo subjetivo como elemento constitutivo de la imprudencia, ya que se la reemplaza por la exigencia de conocer aquello que se ignora —no debiendo ignorarlo— y que se determinó *ex ante*.¹³⁴

Evitabilidad

Al igual que la previsibilidad, la evitabilidad del hecho debe medirse de manera objetiva y *ex ante* por el juzgador. Un acto solo puede ser sancionado en la

¹³³ J. Hrushka —citado por Edgardo Donna, *El delito imprudente*, 283— sostiene en este sentido que para que un hecho sea calificado como imprudente es necesario el desconocimiento imputable de la efectiva situación de peligro. Consecuentemente, para que el desconocimiento sea imputable junto con la cognoscibilidad, como ignorancia vencible del peligro que entraña la situación, ha de existir un deber de evitar ese desconocimiento. Este deber se llama deber subjetivo de cuidado y su infracción determina la realización del tipo subjetivo imprudente.

¹³⁴ Reuinhart Maurach, Karl Gossel y Heinz Zipf, *Derecho Penal Parte General: Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho* (Buenos Aires, 1995), citado por Donna, *El delito imprudente*, 277.

medida que es evitable; es decir, cuando exista la posibilidad de que el acto pueda ser dirigido de manera distinta a lo objetivamente acontecido. Este actuar final distinto es solo posible cuando se toman las medidas de precaución necesarias, a fin de no cometer daños al bien jurídico protegido, *en definitiva observar el deber objetivo de cuidado*.

Si el acto es calificado como *previsible ex ante* también es evitable. Si el acto es previsible pero no fue previsto y causó un daño, tampoco será evitable en el actuar causal, pero sí reprochable, porque, si bien nadie puede evitar algo que no prevé, existe el deber de haberlo previsto. Por lo contrario, es otra situación si el acto no es evitable *ex ante*; es decir, objetivamente es imposible de preverlo, por ejemplo, si en la operación de corazón abierto se descubre una mal formación ventricular que ocasionó la muerte. Ese resultado era imposible de ser advertido por el médico actuante, y por cualquier otro por más dotado de prudencia y acuciosidad, por lo tanto, no se configuran los elementos necesarios para la determinación de la violación del objetivo de cuidado por exclusión de relevancia penal del riesgo.

Para que la causa de evitabilidad produzca la exclusión de la relevancia penal de la conducta, Corcoy Bidasolo sostiene que es necesario determinar y *probar* que con una conducta alternativa conforme a derecho el resultado se hubiese evitado. Pues de nada servirá acreditar el daño, si el encausado logra probar que otra conducta —incluso conforme a derecho— en nada hubiese influido o cambiado la producción del resultado dañoso; en otras palabras, que este no era evitable ni *ex ante* ni *ex post*, con lo cual definitivamente desaparece el injusto de la acción y por tanto hay inexistencia del tipo¹³⁵.

Lo importante, en definitiva, será la determinación *ex post* del incremento del riesgo no permitido por parte del galeno, el cual era evitable a través de la observancia de los protocolos de la *lex artis* y demás normas incluidas en el deber objetivo de cuidado.

2.3. Imprudencia y culpabilidad

Durante el análisis, tanto de los criterios de conceptualización como de los de determinación del deber objetivo de cuidado, se concluyó —en concordancia con la doctrina mayoritaria— que las capacidades individuales del sujeto deben ser

¹³⁵ Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, 244-45

analizadas en la culpabilidad, posterior al análisis de la tipicidad del delito imprudente con base en criterios objetivos que, en el caso de nuestra legislación, se encuentran establecidos en el art. 146 del COIP y que han sido ya analizados.

Si bien el objeto del presente trabajo no radica en el análisis detenido de todos los elementos del delito imprudente —tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad—, sí es necesario precisar *en qué componentes de la culpabilidad se debe analizar la capacidad individual del autor*. Esto se debe a que se ha concluido que esta debe ser analizada en la culpabilidad, posterior a un juicio *despersonalizado* u objetivo que radica en la tipicidad¹³⁶.

El autor ecuatoriano Alfonso Zambrano Pasquel sostiene, al respecto, que: “la culpabilidad de un delito culposo es reproche al autor que, en el caso concreto y tomando en cuenta sus condiciones personales, pudo obrar con la prudencia que le era exigido”¹³⁷. Precisamente en el reproche de la culpabilidad se verificará si el sujeto, conforme su capacidad personal y poder individual en el hecho concreto, se encontraba en condición de observar el cuidado exigido por la norma objetiva de cuidado prevista de modo normativo y *ex ante*. Siempre bajo el presupuesto de que el derecho no puede exigir aquello que le resulta imposible a un individuo, pero sí aquello que le fue previsible real o potencialmente; de tal manera, que le hubiera posibilitado actuar de otro modo.

Sobre los elementos de la culpabilidad, el art. 34 del COIP consagra: “Culpabilidad. Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”. En torno a la imputabilidad, la ley penal establece tres parámetros de exclusión de la culpabilidad: trastorno mental; ebriedad o intoxicación fortuitas; y aquellos actos cometidos por personas menores de dieciocho años¹³⁸. En estos casos, no es necesario realizar mayor precisión, pues, tanto en el delito doloso como imprudente, la persona que se encuentre inmersa en cualquiera de las tres causales mencionadas no será imputable independientemente de si existió dolo o culpa en la acción. No

¹³⁶ José Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español, Parte General, Teoría jurídica del delito*, t. III (Madrid, Tecnos, 2001), 15. Cerezo Mir, al respecto, sostiene que la existencia de un delito imprudente está sujeta, en definitiva, a que el último de sus elementos —culpabilidad— pueda ser añadido, como atributo, a la acción cuya tipicidad y antijuridicidad ya han sido constatadas. [...], así solo podrá hablarse de un delito imprudente cuando la acción típica y antijurídica —el comportamiento contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico— pueda serle reprochada al sujeto en la situación concreta en la que se hallaba.

¹³⁷ Zambrano Pasquel, *Estudio introductorio al Código Orgánico Integral Penal*, t. II, 179.

¹³⁸ COIP, arts. 36, 37 y 38.

ocurre lo mismo en el segundo y tercer componente: el conocimiento de la antijuridicidad y la exigencia de una conducta alternativa. Allí, la autonomía estructural del delito imprudente respecto del doloso se torna en implicaciones exclusivas para este tipo de conducta que requieren ser analizadas en torno a las capacidades individuales del autor.

2.3.1. Conocimiento de la antijuridicidad

El art. 34 del COIP establece como presupuesto de la culpabilidad el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta. Efectivamente, para Edgardo Donna: “si el autor en la situación en concreto no pudo despejar el error o la ignorancia sobre el carácter antijurídico de su conducta, quedará exento de pena por ausencia de culpabilidad, mientras que si es vencible o evitable será reprochable, aunque con fuerte disminución de la culpabilidad”¹³⁹.

Si bien el error sobre la antijuridicidad de la conducta no se encuentra expreso en nuestra legislación, la norma concibe al conocimiento de la antijuridicidad como presupuesto *sine que non* de la culpabilidad. Esto, en forma tácita, arroja que la ignorancia sobre el injusto de la conducta excluye la reprochabilidad del hecho. Sobre el error de prohibición, Raúl Plascencia Villanueva sostiene:

[...] si para la culpabilidad es necesaria la posibilidad de conocer la prohibición del hecho, al estar en ausencia de dicha posibilidad, se excluye la culpabilidad y toda pena; por el contrario, en caso de que el error sea vencible, no se excluye la culpabilidad, en virtud de que no desaparece la posibilidad de conocer la prohibición, pero si se disminuye la reprochabilidad y por ende se atenúa la culpabilidad¹⁴⁰.

La interrogante planteada, por tanto, es si la conducta de un individuo que desconoce la antijuridicidad de su conducta, aun cuando por su rol tenía la obligación de conocerla, ¿se encuentra disculpada por el derecho penal? ¿O debe ser sancionada de todas maneras? En este sentido, Roxin ubica como una problemática el establecer el alcance del error de prohibición en el delito imprudente, realizando una distinción de lo que sucede en la culpa consciente y en la culpa inconsciente.

Respecto a la *culpa consciente* opina que: “el problema se resuelve fácilmente en la culpa consciente, por que el sujeto de todos modos percibe la posibilidad de

¹³⁹ Donna, *El delito imprudente*, 307.

¹⁴⁰ Raúl Plascencia Villanueva, *Teoría del delito* (México DF: Instituto de investigaciones Jurídicas, 2004), 173.

realización del tipo y podría extraer ya de ahí el motivo para comportarse conforme a la ley”¹⁴¹.

Este autor fundamenta dicha afirmación en el siguiente ejemplo: un médico se encuentra en una fiesta en la que bebe mucho y es llamado para atender a una paciente no muy gravemente enferma. Ante esto, se pone al volante en un estado de absoluta incapacidad, para conducir, pese a que se da cuenta claramente de que se pueden producir accidentes. Si confía en su no producción y se cree erróneamente justificado por estado de necesidad, pero causa, a consecuencia de su incapacidad, un accidente mortal; el médico se ha hallado en error de prohibición en el homicidio que ha cometido con imprudencia consciente. Se concluye que, al ser un error vencible, la conducta es punible pero atenuada. Por el contrario, si emprendió el viaje porque varios abogados presentes en la fiesta le informaron erróneamente, el homicidio imprudente está disculpado y es impune, por presencia de error invencible.¹⁴²

Un problema mayor es el tratamiento del error de prohibición vencible e invencible en la *culpa inconsciente*, donde el individuo no ha comprendido el riesgo de producción del resultado o su comportamiento esté amparado por una causal de justificación como el ejemplo anterior. Respecto a esta problemática, nada sencilla de resolver, es fundamental citar a José Cerezo Mir, para quien: “en las conductas imprudentes, la conciencia de la antijuridicidad actual o posible suele reducirse al conocimiento de la posibilidad de cuidado objetivamente debido”. Señala que: “la cognoscibilidad —y no necesariamente conocimiento— de la antijuridicidad significa para el delito culposo cognoscibilidad de la contravención del cuidado [...]”¹⁴³.

Por tanto, es indudable que el concepto de error de prohibición en el delito imprudente inconsciente se fundamenta en el criterio de la *posibilidad* del conocimiento de la contradicción de la acción con la norma de cuidado, ya definida en el tipo. Es decir, se determinará si el error era o no vencible necesariamente

¹⁴¹ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 1035.

¹⁴² *Ibíd.*, 1038. Roxin sostiene que, en el caso de advertir el peligro de la conducta por incapacidad para realizarla de manera adecuada; por ejemplo, por no poseer los conocimientos necesarios, origina lo que se conoce como responsabilidad por asunción o emprendimiento. Este autor manifiesta: “el médico cirujano que fracasa en la operación por falta de capacidades suficientes, no se habría dedicado en su día a su formación médica con el celo necesario [...]. Estos reparos se pueden evitar no recurriendo nunca a un momento anterior al comienzo de la actividad peligrosa no permitida, sino atendiendo a solo a si el cirujano a disponerse a la intervención [...], podían advertir que no serían capaces de hacer frente a la actividad que emprendían o asumían”.

¹⁴³ Donna, *El delito imprudente*, 310.

teniendo en cuenta el rol y el sector del tráfico en el que protagoniza y se desenvuelve el autor, así como su posición de garante.

Se puede ver esto en el siguiente ejemplo: un médico alergólogo desconoce que la *lex artis* prescribe que, para tratar un shock anafiláctico, se use el suministro intravenoso de adrenalina diluida. Ante esta situación, convencido de que es el tratamiento correcto, suministra adrenalina racémica; lo que provoca un paro cardíaco y la muerte del paciente. En este caso, evidentemente existe falta de noción de los factores de riesgo y, por tanto, previsión subjetiva de realización del tipo —culpa inconsciente— y, como consecuencia, error de prohibición —pues se considera que la sustancia administrada es la prescrita por la *lex artis*—.

Sin embargo, la conducta sigue siendo reprochable, debido a que, si bien existió error de prohibición, este es de carácter vencible, porque el deber objetivo de cuidado exige al médico alergólogo conocer cómo tratar un shock anafiláctico típico en pacientes alérgicos. Su desconocimiento, por consiguiente, no puede calificarse como error invencible, ya que la indicación del modo de administración incluso se encontraba escrita en el sachet.

Es distinto el caso del médico de avanzada edad que no detectó su pérdida progresiva de capacidad visual de distinguir colores (daltonismo). Esto, en un momento dado y durante una intervención quirúrgica, le imposibilitó distinguir el frasco de color rojo —adrenalina diluida— del envase de color anaranjado —adrenalina racémica—, sustancia prohibida por la *lex artis*, que administró; lo que provocó daño en el paciente. En este caso, existe imprudencia inconsciente por violación del deber objetivo de cuidado, porque era un médico calificado para el procedimiento y dicha conducta era exigible al menos en lo objetivo. No obstante, su conducta no es punible por falta de culpabilidad debido a error de prohibición invencible, así como conducta alternativa inexigible que le hubiesen posibilitado responder de acuerdo con la exigencia del deber objetivo de cuidado.

2.3.2. Exigibilidad

Al ser el tercer componente de la culpabilidad, la exigencia de una conducta alternativa en el delito imprudente, con base en las capacidades y posibilidades individuales del autor, es necesario el análisis del límite de la capacidad de responder a las exigencias impuestas por el deber objetivo de cuidado en el hecho en concreto.

Sobre el tema, Plascencia Villanueva reflexiona en los siguientes términos: “la no exigibilidad no significa ausencia de una prohibición; al contrario, la cuestión de la inexigibilidad solo plantea en el ámbito de la culpabilidad y después, de que haya comprobado la antijuridicidad del hecho”¹⁴⁴.

La exigibilidad de la conducta, ajustada al deber objetivo de cuidado, depende en sí misma de las circunstancias individuales del sujeto a quien se le requiere dicha conducta, exigencia realizada *ex post* a la verificación de la tipicidad y antijuridicidad del accionar. En este sentido, Donna señala que: “la reprochabilidad se hace al autor considerado en sí mismo, y no por referencia del hombre medio. Es que, si se pretende generalizar y buscar la medida media, se vuelve a criterios de política criminal que nada tienen que ver en este punto. Y acá es otro problema entender la culpabilidad, cuando se le quitó al tipo penal todo lo subjetivo”¹⁴⁵. Siguiendo esta lógica, Cerezo Mir señala que: “en los delitos imprudentes de acción cabría considerar que la exigibilidad de la observancia del cuidado objetivamente debido es un componente integrante del llamado elemento subjetivo de la imprudencia, perteneciente a la culpabilidad”¹⁴⁶.

Por su parte, Roxin afirma, como uno de los defensores de la posición de mayoría que concibe a las capacidades y circunstancias individuales dentro de la culpabilidad, que la inexigibilidad de la conducta es un caso de exclusión de la culpabilidad en los delitos imprudentes¹⁴⁷. Este autor sostiene que, en el caso del individuo que provoca la creación de un peligro no permitido y el nexo o conexión con el fin de protección, este debe haber podido ser advertido subjetivamente por él y el resultado debe haber sido evitable para él¹⁴⁸. Así, ratifica la necesidad de tener en cuenta, en el examen subjetivo, la inteligencia, la formación y el conocimiento empírico, así como el sexo, la edad y todas las demás circunstancias físicas del sujeto —como agotamiento o su especial excitación en el momento del hecho—¹⁴⁹.

También el estudioso alemán, Udo Ebert, manifiesta que: “la exigibilidad de un comportamiento conforme a la norma en el hecho punible culposo da lugar a un

¹⁴⁴ Raúl Plascencia Villanueva, *Teoría del delito*, 175.

¹⁴⁵ Donna, *El delito imprudente*, 316.

¹⁴⁶ Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español*, 138.

¹⁴⁷ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 1040.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, 1037.

¹⁴⁹ Santiago Mir Puig, *Derecho penal parte general*, 592. También Mir Puig sostiene que la posibilidad de advertir y cumplir con el deber objetivo de cuidado son las características de individualidad, inherentes, del autor —cualidades particulares que los distinguen de los demás— que, como ya se dijo, son su nivel individual de fuerzas, experiencias y conocimientos.

presupuesto genérico de la culpabilidad. Por consiguiente, la culpabilidad queda suprimida cuando —especialmente en situaciones de conflicto— el autor se le dificulta en lo personal el cumplimiento del deber objetivo de cuidado en una medida inusual¹⁵⁰. En la doctrina se menciona como emblemático el ejemplo del *trabarriendas*:

En él un cochero había viajado con un caballo, del que sabía que, como *trabarriendas*, tenía tendencia desbocarse, el caballo había causado efectivamente la fractura de pierna de un transeúnte. Aunque al cochero no le faltó la conciencia de los peligros que originaba, el RG lo absolvió porque había acatado las órdenes del patrón, que estaba así mismo al corriente de los defectos del caballo, y porque si se negaba a obedecer debería contar con la pérdida de su trabajo con lo que para el tribunal era inexigible el comportamiento adecuado a la norma.¹⁵¹

Trasladando la casuística al ámbito médico que nos ocupa: un médico intensivista, al enterarse de que uno de sus hijos está siendo ingresado en estado de agonía a emergencias, abandona el cuidado de sus pacientes; producto de lo cual uno pierde la vida. En este caso, sin embargo, de existir la violación del deber objetivo de cuidado de los pacientes en estado crítico, el tribunal deberá analizar la exigibilidad de dicha conducta a un médico que, por su estado emocional y de estrés, concurrió a verificar la situación de peligro de su hijo sin dejar un remplazo.

Se concluye, de esta manera, que las capacidades individuales del autor del hecho concreto deben ser analizadas dentro de la culpabilidad, específicamente en el grado de influencia de estas para el conocimiento de la antijuridicidad o la exigibilidad de la conducta acusada de violatoria del deber objetivo de cuidado.

¹⁵⁰ Udo Ebert, *Derecho Penal, Parte General*, Trad. por Said Escudero Parra, (México, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2005), 208.

¹⁵¹ Véase en Donna, *El delito imprudente*, 320; Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 1040.

Capítulo dos

Responsabilidad penal y mala práctica profesional médica

1. La actividad médica

1.1. La salud como derecho humano

El derecho a la salud se encuentra consagrado en varios instrumentos internacionales, entre los principales¹⁵² la Carta Universal de Derechos Humanos concebida en 1948, en cuyo artículo 25, numeral 1 se establece: “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica [...]”.¹⁵³

De igual manera, la Convención de los Derechos del Niño, en su art. 24 numeral 1 consagra lo siguiente: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”¹⁵⁴. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Civiles y Políticos consagra el derecho a la salud en los siguientes términos: “art. 12. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”¹⁵⁵.

La Constitución de la República¹⁵⁶, en su sección VII sobre la consagración de derechos, y específicamente en el art. 32 prevé la salud como un derecho garantizado por el Estado. Su regulación corresponde a la de un verdadero derecho fundamental constitucionalizado y de igual jerarquía que el resto de derechos, por así disponerlo expresamente la misma Constitución en su art. 11, numeral 6, descartando

¹⁵² El derecho a la salud se encuentra también reconocido en el inciso IV del apartado e del artículo 5 de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (1966); en el apartado f del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (1979); en el artículo 24 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989); y, en el artículo 10 del *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador* (1993).

¹⁵³ *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948).

¹⁵⁴ *Convención de los derechos del Niño* (1989).

¹⁵⁵ *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Civiles y Políticos* (1969).

¹⁵⁶ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], art. 32 [Quito], en *Registro Oficial* No. 449 (20 de octubre de 2008).

de esta manera el sistema tradicional de derechos de primera, segunda y tercera generación. De igual manera, se encuentra incluido en la sección segunda del régimen del Buen Vivir, (Arts. 358 y s.), así como expresamente garantizado para grupos de atención prioritaria como niños, adolescentes, mujeres embarazadas y adultos mayores. Finalmente, se encuentra previsto en el régimen de Seguridad Social, reflejando así, tanto su dimensión política como pública.

En torno a los citados elementos normativos, la doctrina y estamentos rectores de la rama han construido un concepto redefinido de la salud: identificado en una primera instancia como un estado de mera ausencia de enfermedad. Así, la OMS lo ha definido como “el estado completo de bienestar corporal, mental y social”; mientras que autores como Currea Lugo conceptualizan a la salud en el ámbito fisiológico, social e incluso jurídico, en los siguientes términos:

[...] una equilibrada condición dinámica de la naturaleza biológica de la persona, objetivamente comprobable, moralmente aceptable, (en cuanto socialmente consensuada), que se podría mantener bajo ciertas condiciones, vulnerable a ciertos factores y potencialmente garantizable, y/o recuperable mediante el uso de una determinada técnica, y, en cuanto tal, exigible jurídicamente.¹⁵⁷

En este mismo sentido, la Ley Orgánica de Salud define a la salud como el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. “Es un derecho humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado; y el resultado de un proceso colectivo de interacción donde Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables”.¹⁵⁸

Lo manifestado nos permite inferir que la salud es un estado de bienestar biológico. Este se encuentra garantizado en una doble vertiente por parte del Estado: bajo una concepción *preventiva*, logrando el estado óptimo de salud de los ciudadanos a través de la garantía de otros derechos —como alimentación, acceso al agua, hábitat y vivienda, educación, entre otros—; y bajo una concepción *curativa*, restableciendo ese estado biológico vulnerado por distintas circunstancias —a través del acceso a prestaciones de salud como infraestructura adecuada, recursos humanos capacitados y medicinas—, las cuales son exigibles jurídicamente e incluso

¹⁵⁷ Víctor de Currea Lugo, “La salud como derecho humano”, *Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos*, No. 32 (2005): 72, <<http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho32.pdf>> .

¹⁵⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de Salud*, art.3, en Registro Oficial, *Suplemento*, No. 423 (Quito: 22 de diciembre de 2006).

resarcibles en caso de no prestarse en los términos que la Constitución, la ley y las políticas públicas las garantizan¹⁵⁹.

Por tanto, al ser la salud un derecho constitucional, del cual, como se analizó, no solo existe obligatoriedad estatal de prestación eficaz y oportuna, sino también se encuentra cubierto por su exigibilidad judicial, así pues la tutela de este derecho esta cobijada por la jurisdicción constitucional a través de la acción de protección¹⁶⁰.

El sistema de tutela judicial de derechos fundamentales, como la salud, empieza con la acción de protección en jurisdicción constitucional, ante actos que violen, menoscaben, disminuyan o anulen el ejercicio o goce del derecho. Estos actos pueden ser provenientes de entidades públicas no judiciales, prestadores de servicios públicos, políticas públicas o incluso personas naturales, conforme los Arts. 40 y 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.¹⁶¹

¹⁵⁹ Ecuador, Corte Constitucional, [Res. No. 016-16-SEP-CC de 13 de enero de 2016, caso No. 2014-12-EP], en <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/016-16-SEP-CC.pdf>>. Así lo establece la Corte Constitucional al analizar los alcances del derecho a la salud: “De esta manera, la Constitución orienta la tarea del Estado a adoptar la política pública necesaria a fin de universalizar la atención en salud y mejorar permanentemente la calidad y ampliar la cobertura; fortalecer los servicios estatales de salud, incorporar el talento humano y proporcionar la infraestructura física y el equipamiento a las instituciones públicas de salud; brindar cuidado especializado a los grupos de atención prioritaria establecidos en la Constitución; garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces; promover el desarrollo integral del personal de salud; así como, garantizar las prácticas de salud ancestral y alternativa mediante el reconocimiento, respeto y promoción del uso de sus conocimientos, medicinas e instrumentos”.

¹⁶⁰ *Constitución de la República del Ecuador*, art. 88: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.

¹⁶¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucionales*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 52 (22 de octubre de 2009). “art. 40.- Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. art. 41.- Procedencia y legitimación pasiva.- La acción de protección procede contra: 1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio. 2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías. 3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías. 4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias: a) Presten servicios públicos impropios o de interés público; b) Presten servicios públicos por delegación o concesión; c) Provoque daño grave; d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo. 5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona”.

La protección del derecho a la salud también se encasilla en la jurisdicción penal, civil e incluso administrativa, conforme los requisitos y procedimientos establecidos en los respectivos cuerpos normativos.

1.2. El acto médico

Para Casabona, existe algo que hace único al ejercicio de la medicina y demás profesiones sanitarias relacionadas, y es que dichos profesionales inciden directamente en la vida, en la salud y en la integridad personal y psíquica de las personas, utilizando en ocasiones medios agresivos para esto, precisamente para conservar la vida o restaurar la salud del paciente.¹⁶²

La actividad médica se encuentra direccionada a garantizar el efectivo goce de los derechos fundamentales y bienes más altos del ser humanos como son la vida y la integridad personal. Martínez Calcerrada, en su obra sobre derecho médico, define la actividad médica como: “la prestación o actividad del médico que persigue, conforme a la técnica o arte correspondiente —la llamada *lex artis ad hoc*—, un efecto terapéutico o curación de un enfermo o más genéricamente la promoción de la salud”.¹⁶³

El objeto macro de la actividad médica será, en todos los casos, reestablecer el estado físico y psíquico del paciente. No obstante, dentro del cumplimiento de esta compleja labor, el galeno puede cometer ciertos errores que, como se observó en el primer capítulo, comprometen el deber objetivo de cuidado o superan el riesgo permitido propio de la intervención quirúrgica, configurando así la responsabilidad penal del profesional del médico por mala práctica.

1.3. La relación médico-paciente

Como antesala del estudio de la responsabilidad penal médico en el presente capítulo y el análisis con el delito imprudente, es necesario introducir los alcances de la relación entre médico y paciente, pues ella será determinante al momento de analizar el contexto criminal de la conducta.

Bien se conoce que en el pasado, la relación médico-paciente era concebida de manera vertical, en la cual ninguna persona podía cuestionar el criterio del médico familiar, persona altamente respetada y socialmente incuestionable. Sin embargo, en

¹⁶² Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal*, t. II, 243.

¹⁶³ Luis Martínez Calcerrada, *Derecho Médico* (Madrid: Tecnos, 1986), 69.

tiempos actuales, esta situación ha cambiado y las relaciones médicas ahora son calificadas como horizontales¹⁶⁴.

Dentro de esta relación, el paciente se encuentra facultado a obtener la mayor cantidad de información sobre el tratamiento médico a emplearse y, sobre todo, sobre los riesgos de la intervención. Puede preguntar; pedir aclaraciones; cuestionar la decisión médica; verificar los antecedentes profesionales del médico; y, por supuesto, negarse al tratamiento si así lo considera¹⁶⁵. Por su parte, el médico deberá someterse en forma obligatoria a todo el marco jurídico y ético que regula su comportamiento frente al paciente, iniciando con el cumplimiento de las cláusulas contractuales del servicio sanitario para el cual fue vinculado —so pena de responder por responsabilidad civil por incumplimiento contractual—, hasta las disposiciones legales y constitucionales que regulan el comportamiento y atención del galeno y las cuales son exigibles desde la jurisdicción constitucional hasta la ordinaria.

Chacón Pinzón identifica parámetros del proceder médico que precisamente garanticen la horizontalidad de la relación con el paciente; entre los más importantes están: la obligación del médico de respetar la intimidad del paciente, siempre con el objetivo de garantizar su bienestar físico y psíquico; informar sobre la importancia del cumplimiento del tratamiento y consecuencias de suspenderlo; informar de manera previa, amplia, detallada y suficiente al paciente, a fin de obtener su consentimiento, permitiendo al paciente conocer su real estado de salud y su diagnóstico; y archivar de manera correcta las historias clínicas, protocolos y elementos materiales de diagnóstico.¹⁶⁶

En Ecuador, las relaciones entre médico y paciente se encuentran reguladas en el Código de Ética Médica¹⁶⁷, el cual establece que el más alto deber del médico es de conservar la vida del enfermo. Adicionalmente, en este código se determina que el médico debe realizar las siguientes acciones: llevar una ficha clínica escrita de los pacientes con registro de su evolución; acudir a los llamados sin motivo de excusa; dar aviso oportuno familiares cercanos, allegados o autoridades de un caso grave o

¹⁶⁴ Ricardo Rabinovitch Berkman, *Responsabilidad del médico* (Buenos Aires: Astrea, 1999), 20.

¹⁶⁵ Gustavo López Muñoz y Larraz, *En defensa del paciente* (Madrid: Dykinson, 1998), 25-37. “El paciente debe sentir que puede confiar en su médico, y que, en todo momento, está plena libertad y derecho de cambiarlo, de cuestionar sus apreciaciones, de exigir valoraciones y explicaciones más profundas y detalladas de cada cuestión relevante para el tratamiento o la cura de su enfermedad”.

¹⁶⁶ Antonio José Chacón Pinzón, *Fundamentos de responsabilidad médica* (Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 2004), 48 y s.

¹⁶⁷ Ecuador, *Código de Ética Médica*, emitido mediante Acuerdo Ministerial 14660 del Ministerio de Salud Pública, en *Registro Oficial* No. 5 (17 de agosto de 1992).

de desenlace fatal; en caso de enfermedad incurable informar a familiares y al propio enfermo de ser posible, usando la mayor prudencia, sin que la incurabilidad implique privar del derecho prioritario de asistencia médica; y respetar las creencias religiosas e ideológicas de los pacientes. Además, el médico debe: requerir la autorización del paciente previo a una intervención quirúrgica o de sus familiares, salvo que este de por medio la vida del paciente a corto plazo; practicar procedimientos de anestesia general o procedimientos que impliquen riesgo para el paciente, solo en hospitales con personal calificado y medios suficientes para dicho procedimiento; y proporcionar explicación técnica del diagnóstico al paciente y sus familiares, evitando criterios “folclóricos”¹⁶⁸.

Carlos Ignacio Jaramillo, al realizar un amplio estudio de los deberes primarios y secundarios del profesional galeno, establece: “el deber céntrico o primario, efectivamente, estriba en la asistencia médica —o prestación de salud—, propiamente dicha, *la que comprende in extenso*, los cuidados médicos —o sanitarios— y, en estricto rigor, la auscultación previa, el diagnóstico profesional y el tratamiento ulterior”¹⁶⁹. En cuanto a los deberes secundarios con respecto al paciente, establece entre otros: el deber de información; el deber de guardar secreto médico; el deber de prescripción farmacéutica; el deber de certificación; el deber progresivo de continuar con el tratamiento iniciado; y el deber de diligenciar la historia clínica¹⁷⁰.

La relación médico-paciente se encuentra siempre encaminada a la satisfacción a cabalidad del derecho humano a la salud, el cual se rige no solo por normas jurídicas, sino incluso por normas éticas y morales, demandadas por la sociedad al profesional galeno. Esto ocurre aun cuando, como reconoce Ignacio Jaramillo, por más esfuerzos que se realicen no es posible elaborar un catálogo de deberes del médico con el paciente, pues estos dependerán de las circunstancias específicas de cada caso, siempre direccionadas a la satisfacción del interés del

¹⁶⁸ *Ibíd*em, art. 6 y s.

¹⁶⁹ Carlos Ignacio Jaramillo, *Responsabilidad civil médica: la relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial* (Bogotá, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, 2006), 200-201.

¹⁷⁰ Rabinovinch Berkman, *Responsabilidad del médico*, 107. En el mismo sentido, Rabinovich sostiene: Pero, ¿a qué se obliga un médico? Depende; hay que estudiar cada caso concreto. Sobre todo, a partir del contexto situacional, de los antecedentes (que pueden ser incluso en algunos casos avisos publicitarios), del consentimiento informado. El paquete puede contener factores distintos. Si, por ejemplo, se promete operar las várices sin dolor, hay dos cuestiones: en cuanto a las várices, el médico se compromete a operarlas quirúrgicamente, no a curarlas. En cambio, en lo inherente a la ausencia de dolor, su mensaje es claro; no dice: “haré lo posible para que no sufra dolor”; se compromete a evitarlo.

paciente, hasta donde ello resulte real y racionalmente posible, con sujeción a la *lex artis ad hoc*.¹⁷¹

2. La mala práctica profesional

La actividad médica, riesgosa por su propia naturaleza y por su inferencia en la salud humana, conlleva varios sistemas de responsabilidad. Entre ellos, está la estructura del ordenamiento jurídico —como son administrativa, civil y penal—; además, de tener su base en la misma Constitución de la República, la cual en su art. 54, inciso segundo, prevé: “Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas”¹⁷².

Para Casabona, actualmente existe un incremento generalizado en el número de demandas contra los profesionales de las ciencias de la salud. El autor identifica su causa en lo siguiente: 1) La práctica de una medicina más eficaz pero más agresiva implica al mismo tiempo mayores riesgos de daños iatrogénicos para el paciente, sean o no susceptibles de reproche penal; 2) la mayor capacidad asistencial prestada, lo que conlleva mayor número de actos médicos y por tanto de actos negligentes; 3) el desarrollo social y elevación del nivel cultural de la población que provoca que los ciudadanos hagan uso con más frecuencia de los mecanismos de defensa y de obtención de resarcimiento.¹⁷³

Rabinovich Berkman define a la mala práctica profesional, de manera general, aún sin entrar en el campo médico como: “Mala praxis, malpraxis, mala práctica, son sinónimos que hacen referencia a la conducta de un profesional, o de cualquier otro sujeto que realice como medio de vida una actividad determinada, regida por reglas técnicas de cierta objetividad científica, cuando este sujeto se aparta de tales principios”.¹⁷⁴

Desde ya se puede decir que la mala práctica profesional consiste en el yerro médico, de un profesional titulado que, por diversas causas, ha inobservado los deberes de cuidado del paciente, que hubiesen permitido la recuperación de su salud o al menos la evitación de un daño mayor al estado anterior. Júlio César Meirelles

¹⁷¹ Carlos Jaramillo, *Responsabilidad civil médica*, 202. En el mismo sentido, Rabinovich, *Responsabilidad del médico*, 107.

¹⁷² Constitución de la República de Ecuador, art. 54.

¹⁷³ Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal*, t. II, 248.

¹⁷⁴ Rabinovich, *Responsabilidad del médico*, 100.

Gomes y Genival Veloso de Franca, basándose en el yerro, usan la terminología de ‘error médico’ y lo definen como: “Error médico es el daño provocado en el paciente por la acción o inacción del médico en el ejercicio de una profesión y sin la intención de cometerlo”.¹⁷⁵

En definitiva, la mala práctica profesional será el proceder —no justificado— del médico que ha provocado daño o menoscabo en la salud del paciente. Cuando únicamente se cumplen los elementos objetivos del tipo penal respectivo y la conducta se adecúa al principio de legalidad, se acarrea responsabilidad penal como se estudiará a continuación.

2.1. La responsabilidad penal por mala práctica profesional

La responsabilidad penal tiene un presupuesto básico basado en el principio de lesividad a un bien jurídico protegido, en el caso médico, constituido por la vida, la integridad corporal y salud física o psíquica del paciente. La responsabilidad penal se encuentra gobernada por el principio de legalidad consagrado en la Constitución y en la ley penal¹⁷⁶, el cual garantiza que ninguna conducta es punible si no se encuentra prevista en la ley como delito con anterioridad a su cometimiento.

Partiendo de esa premisa, es oportuno observar que en Ecuador hasta el 10 de agosto de 2014, cuando entró en vigencia el COIP, no se consagró un tipo penal autónomo para la sanción de la mala práctica profesional. El Código Penal de 1971 únicamente tipificaba de forma general el homicidio culposo, y otras figuras penales relacionadas con el servicio médico.¹⁷⁷ En el COIP, por el contrario, sí se encuentran

¹⁷⁵ Júlio César Meirelles Gomes y Genival Veloso de Franca, “Iniciación a la Bioética”, *Bioética Clínica* (2005): 2, <<http://docplayer.es/6143448-Error-medico-julio-cezar-meirelles-gomes-y-genival-veloso-de-franca-iniciacion-a-la-bioetica-clinica-error-medico.html>>.

¹⁷⁶ *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76, numeral 3: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”. Así también el COIP, art. 5, numeral 1: “Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: 1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla”.

¹⁷⁷ Ecuador, *Código Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 147 (22 de febrero de 1971), estado: derogado. Esta ley tipificó el homicidio inintencional como: “art. 459.- Es reo de homicidio inintencional el que ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de

previstos delitos relacionados con el tipo imprudente por mala práctica profesional. Principalmente, el comentado art. 146, que prevé el homicidio culposo por mala práctica profesional, y el art. 52 que tipifica las lesiones culposas por violación del deber objetivo de cuidado. La diferencia que existe es que, en los elementos del tipo, no se prevé la exigencia de un sujeto activo calificado como sí lo hace el art. 146, al establecer que quien comete la conducta debe ostentar la calidad de profesional.

Para que exista responsabilidad penal médica, Romeo Casabona establece los siguientes requisitos: “a) conducta que infringe los deberes de cuidado que impone la actividad; b) producción de la muerte o lesión del paciente; c) la relación de causalidad entre la conducta del médico y el resultado producido; d) existencia de una relación de antijuridicidad entre ambos o imputación del resultado mediante estándares objetivos (imputación objetiva del resultado)”¹⁷⁸. Dichos requerimientos han sido bastamente analizados en el primer capítulo, por lo que resta analizar los delitos cometidos en razón de la actividad médica.

2.2. Los delitos cometidos en ejercicio de la actividad médica

2.2.1. El homicidio culposo por mala práctica profesional médica

El 10 de agosto de 2014, se tipifica por primera vez en Ecuador el homicidio culposo por mala práctica profesional, concebido bajo los estándares de la infracción al deber objetivo de cuidado, además de sus criterios de determinación¹⁷⁹.

Así está establecido:

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, 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.

atentar contra otro”. De igual manera, existían otros tipos penales relacionados con el servicio médico sanitarios, véase arts. 156, 456, 457, 468, 469, entre otros.

¹⁷⁸ Carlos María Romeo Casabona, *La responsabilidad penal del Médico por mala práctica profesional*, citado por Edgardo Donna, *El delito imprudente*, 20.

¹⁷⁹ COIP, art. 145. Sin perjuicio que en el art. 145, también prevé al igual que la ley anterior, el homicidio culposo. Dicha norma establece: “La persona que por culpa mate a otra, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”.

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.

Núcleo del tipo

Verbo rector y conducta

El homicidio culposo es un delito contra la vida, que halla su previsión en el COIP, Libro Primero, Título IV “infracciones en particular”, Capítulo Segundo “Infracciones contra los derechos de libertad”, Sección Primera “delitos contra la inviolabilidad de la vida”. En este mismo capítulo, se encuentra la figura genérica del delito como es el homicidio simple, por lo que el homicidio culposo no es más que una figura atenuada, diferenciada por el tipo subjetivo —de la infracción— en el cual se halla una conducta culposa y no dolosa, en consecuencia, el verbo rector será *ocasionar* la muerte o simplemente *matar*.

La siguiente interrogante a resolver será si dicha acción de matar puede ejecutarse únicamente por acción o también por acción por omisión. La acción en el tipo imprudente de homicidio por mala práctica profesional se encuentra constituida por la violación del deber objetivo de cuidado. Al respecto, es necesario observar lo dispuesto por los artículos 22 y 23 del COIP, los cuales rezan:

Art. 22.- Conductas penalmente relevantes.- Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables. No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales; **Art. 23.-** Modalidades de la conducta.- La conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión. No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.

El tipo imprudente de homicidio por mala práctica profesional, al encontrarse consagrado como la inobservancia del deber objetivo de cuidado, implica en su propia naturaleza jurídica la omisión, el desacato, la inobservancia de un mandato de actuar conforme las reglas del tráfico¹⁸⁰, reglas técnicas, protocolos médicos o las reglas del *lex artis* que, por sobre el nexo meramente causal, permiten imputar objetivamente un resultado dañoso para el bien jurídico protegido. Para ello, se

¹⁸⁰ Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano* (Quito: Ediciones Legales, 2011), 140-141. Define a la omisión como un acto voluntario de no hacer algo, se exterioriza con un resultado lesionador de un bien jurídico, que no debía haberse producido si se actuaba. En estos delitos se incumple una norma mandatoria que imponía una obligación de hacer.

deberá observar los criterios estudiados en el primer capítulo sobre el esquema del riesgo permitido.

Sin embargo, si se dice que la inobservancia del cuidado es por naturaleza de carácter omisivo, ¿se puede hablar un tipo imprudente comisivo? En este sentido, Silva Sánchez expresa que se ha discutido de la naturaleza comisiva u omisiva de la imprudencia y se ha hablado también de un comportamiento ambivalente¹⁸¹. Por su parte, Armin Kaufmann manifiesta que al existir imprudencia comisiva y también omisiva, esto obliga a diferenciarlas: así el elemento omisivo de la imprudencia vendría dado por la infracción de una norma de cuidado. No obstante, la doctrina dominante considera que no se trata propiamente de una omisión, sino como una propiedad de la acción, pues la relación entre la omisión y el resultado pasa por *hacer algo*¹⁸².

A criterio del autor del presente trabajo, un tipo penal imprudente es de carácter complejo en el curso causal de la conducta. Por ello, debe separarse la conducta de infracción al deber objetivo de cuidado propiamente, y el tipo de conducta que generó dicha inobservancia, la cual puede ser omisiva pero también comisiva. De esta manera, la infracción del deber objetivo de cuidado siempre será de carácter omisivo, mientras que la conducta que provoca dicha omisión puede ser tanto de acción como de omisión. Veamos un par de ejemplos en cuanto al tipo penal tratado, como es el homicidio culposo por mala práctica profesional médica.

Ejemplo 1: Cuando el médico inyecta una sustancia de alta peligrosidad en el organismo del paciente, sin haber realizado previamente un diagnóstico de alergias, lo cual provoca la muerte por reacción alérgica. La infracción al protocolo médico por la cual se debe obtener un diagnóstico de alergias del paciente en forma previa al suministro de sustancias de alto riesgo en el organismo, es de carácter omisivo, pues precisamente se omitió la observancia de una norma de la *lex artis* y por tanto del deber objetivo de cuidado. En cuanto al hecho generador de dicha omisión, sin embargo, es de carácter netamente comisivo, pues el médico inyectó una sustancia y dicha acción provocó causalmente la muerte del paciente.

¹⁸¹ Jesús María Silva Sánchez, *El delito de omisión: sistema y concepto* (Barcelona: Bosch, 1986), 202.

¹⁸² Armin Kauffman, citado por Horacio Leonardo Días, *Cuatro cuestiones capitales de la imprudencia penal*, 319, citado por Donna, *El delito imprudente*, 303-361.

Ejemplo 2: En un caso en que el médico omite la prestación del deber de socorro del paciente en estado crítico. Omisión no deliberada¹⁸³, que corresponde a un comportamiento lento, descuidado e imprudente en la prestación asistencial, que comporta la lesión en la salud del paciente y específicamente la muerte. En el presente caso, existe una lesión al deber objetivo de cuidado, pues si el estado del paciente es de emergencia y pelagra su vida, la atención médica igualmente debe actuar en estado de emergencia. No obstante, la conducta que genera la omisión del deber de cuidado es también de naturaleza omisiva, pues en este caso es punible el “no hacer” imprudente del galeno, y esto es no socorrer al paciente en estado crítico.

Finalmente, creemos que, en el último caso, es aplicable el art. 146 en concordancia con el segundo inciso del art. 23 del COIP, el cual establece: “No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo”. Pues el médico ostenta la obligación jurídica de precautelar la vida del paciente, y la inobservancia de un deber de cuidado, que desemboca en un daño al bien jurídico protegido, *precisamente* equivale a ocasionar el hecho. Esto se conoce en derecho penal como un delito de omisión impropia o comisión por omisión, ya que la omisión imprudente del galeno, en la prestación de auxilio médico, ocasionó la muerte del paciente, y dicha muerte debe ser imputada de manera objetiva a su omisión.

En cuanto a la omisión impropia en el caso de práctica médica, Lombana Villalba considera que esta se funda en el deber de evitación de un resultado típico que, como garante, tiene el médico en relación con sus pacientes y, para lo cual, en el caso de homicidio culposo, debe presentar los siguientes elementos:

¹⁸³ En este caso es necesario advertir, que, si la omisión es deliberada en la prestación del servicio asistencial, al ser el médico garante de la salud del paciente, sería reprimida como una omisión dolosa y no culposa, según lo dispuesto por el art. 28 del COIP, que reza: “La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante. Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico”. Al ser calificado un resultado de muerte por omisión dolosa, el tipo penal aplicable sería el de omisión de asistencia al paciente en situación de emergencia según lo prevé el art. 218 inciso segundo del mismo cuerpo legal, el cual prescribe: “art. 218.- Desatención del servicio de salud.- La persona que, en obligación de prestar un servicio de salud y con la capacidad de hacerlo, se niegue a atender a pacientes en estado de emergencia, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Si se produce la muerte de la víctima, como consecuencia de la desatención, la persona será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años”. Nótese que el verbo rector en la conducta es la negación a la prestación del servicio, la cual deberá ser deliberada y dolosa, y con conocimiento del estado emergente en la salud del paciente.

- La concurrencia de la situación típica, en este caso la muerte del paciente.
- La ausencia de acción esperada que, según la concepción de Jescheck, se presenta cuando el médico se le ha comunicado el cuadro clínico de una enfermedad grave y no presta atención a ello.
- La existencia de una posición de garante del sujeto activo frente al pasivo¹⁸⁴. Aun cuando el art. 28 del COIP define a la omisión dolosa, el segundo inciso establece el alcance de la posición de garante, cuyo concepto considero perfectamente aplicable a la omisión imprudente. El mismo establece: “Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico”. De acuerdo con lo dispuesto en el Código de Ética Médica, el más alto deber del médico es conservar la vida del enfermo¹⁸⁵, cuya disposición encuentra su origen en la Constitución de la República y tratados internacionales, observados con anterioridad; por tanto, la posición de garante del médico, independientemente de que exista o no un contrato, se basa en una obligación de carácter constitucional y legal.

El bien jurídico protegido

Hemos dicho que el homicidio culposo por mala práctica profesional se encuentra previsto en el COIP, en la sección de delitos contra la inviolabilidad de la vida, y al ser una figura atenuada del tipo genérico del tipo de homicidio simple, el bien jurídico protegido, de este tipo penal, es la vida. La tutela del ordenamiento jurídico de la vida empieza con la concepción¹⁸⁶, así lo dispone el art. 45 de la

¹⁸⁴ Jaime Lombana Villalba, *Derecho Penal & Responsabilidad Médica* (Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 2010), 207-208.

¹⁸⁵ *Código de Ética Médica*, art. 6.

¹⁸⁶ Guillermo Antonio Borda, *La Persona Humana* (Buenos Aires: Tucumán, 2001), 1-2. En términos científicos la concepción se produce en el momento mismo de la fecundación, que significa cuando la cabeza del espermatozoide ha ingresado en el óvulo, su unión marca el inicio de la formación de un nuevo ser. Una de las legislaciones que sostiene este postulado es la argentina (arts. 70 y 264), que dispone que la existencia de las personas inicia desde la concepción en el seno materno. Guillermo Borda considera, al comentar la disposición normativa del Código Civil Argentino, que se es persona humana desde el momento que el espermatozoide fecunda el óvulo: “nace un ser único, irrepetible, diferente de cualquier otro individuo; en ese embrión está todo el hombre”. “Se trata de definir con máxima claridad que el embrión es un ser humano y, por tanto, persona y sujeto de derechos. En otras palabras, se adquiere la condición de persona desde el mismo instante del origen de la existencia de la vida humana con todo lo que ello implica —fundamentalmente— desde la órbita de los derechos personalísimos, de los derechos a la vida y a nacer en el seno de una familia, y la igualdad ante la ley”.

Constitución de la República¹⁸⁷. Sin embargo, el derecho penal protege el mismo bien jurídico a través de distintos tipos penales, según esta sea intrauterina o extrauterina. Efectivamente, el delito de homicidio en sus distintas modalidades consagradas en la ley penal sanciona la acción de matar a una *persona*.

En nuestro país —independientemente de las concepciones científicas, filosóficas o sociológicas, que puedan existir con respecto al comienzo de la vida— la existencia legal de una persona marca el inicio de la existencia civil de las personas, entendiéndose este término jurídico como la capacidad de adquirir derechos y obligaciones. Se deduce que la legislación ecuatoriana, aun cuando reconoce la existencia y protege la vida previa al nacimiento, solo otorga la calidad de persona desde el momento en que se llevado a cabo el proceso de parto y, por tanto, tiene lugar separación definitiva del feto de la fisonomía de su madre, para pasar a constituirse como un ser humano funcionalmente independiente y autónomo.

El art. 60 del Código Civil establece:

[...] el nacimiento de una persona marca el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que, perece antes de ser completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás. Se presume que la criatura nace con vida quien alegue lo contrario deberá probarlo.¹⁸⁸

Como vemos, en nuestro país hay dos condiciones para considerar a una persona legalmente existente: a) Que nazca con vida; b) Que sea separada completamente de su madre. La necesidad de la diferenciación referida es resaltada por Romeo Casabona, quien establece que:

[...] la vida fetal termina con el nacimiento, momento a partir del cual existe una vida humana autónoma, fuera del claustro materno, que comporta una situación de gran trascendencia axiológicamente: permite la intervención directa de terceros para realizar acciones salvadoras de esa vida sin la intermediación de la madre y supone el paso a la vida albergada en sociedad [...]. Estas características son las que explican la diferente valoración normativa del delito de homicidio y de aborto, reflejada en que la pena de aquel es mucho más elevada que la establecida para este y también es lo que ayuda a identificar el fin de la norma respectivamente.¹⁸⁹

De acuerdo con lo sostenido por el autor citado, el bien jurídico protegido, en el homicidio en general y en aquel culposo por mala práctica profesional del médico,

¹⁸⁷ *Constitución de la República del Ecuador*, art. 45: “[...] El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”.

¹⁸⁸ Ecuador, *Código Civil*, Codificación No. 10, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 46 (24 de junio de 2005).

¹⁸⁹ Romeo Casabona, “Los delitos contra la vida humana: El delito de Homicidio”, en Edgardo Alberto Donna, *Delitos contra las personas I* (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003), 21.

es la vida de *quien* ha nacido con vida¹⁹⁰ y se ha separado totalmente de su madre. Lo que permitirá diferenciar el ámbito de protección de este tipo penal. Recordemos que el sistema de regulación de los delitos culposos es *numerus clausus* (art. 27 COIP), lo que acarrea que otros tipos penales como el aborto —que protege la vida intrauterina— de carácter culposo o las lesiones al feto no hallen tipificación en el COIP.

Para Romeo Casabona, la separación completa de la madre se produce con la expulsión por completo del feto, aunque no se haya seccionado por completo el cordón umbilical ni se hayan iniciado, de forma autónoma, otras funciones vitales (respiración pulmonar, etc.), pues no suponen cambios cualitativos en relación con el hecho mismo de la expulsión. Si no ha existido expulsión total del feto, entraría en juego el delito de aborto¹⁹¹.

Para otros autores, entre los cuales se incluye Carlos Gómez y José Urbano, lo verdaderamente determinante, para considerar al recién nacido como sujeto de protección del tipo penal del homicidio, es que este tenga suficiente madurez embriológica que le permita, con los cuidados requeridos para el caso, sobrevivir sin ulterior dependencia fisiológica de la madre, sin que excluya cuidados médicos y ayudas artificiales para la vida.¹⁹²

Al respecto de las distintas teorías sobre la determinación del inicio de la vida independiente¹⁹³, se debe considerar que si bien las definiciones civiles no son vinculantes en materia penal, sí constituyen referencias casi imprescindibles. Por lo que, para establecer el sujeto pasivo de homicidio en general, es necesario tomar los

¹⁹⁰ El requerimiento de nacer con vida, ha sido estudiado desde las teorías de la vitalidad y la viabilidad. La teoría de la vitalidad que ha sido acogida por la mayoría de legislaciones —incluyendo la ecuatoriana—. Se postula que únicamente es necesario que el recién nacido viva al menos unos instantes para configurarse el requerimiento y considerarlo como que existió legalmente, según esta teoría, el simple nacimiento con vida determina en el ser humano el carácter de persona natural y en consecuencia de sujeto de derechos. Dicho de otra manera, para considerar como nacido vivo el producto de un alumbramiento exige solo la presencia de signos de vida, aunque sea por un instante luego de la separación de su madre. La teoría de la Viabilidad por su parte exige que el feto nazca vivo y viable, esto significa que sea apto para vivir fuera del seno materno, pues se estima, que caso contrario no existe una vida humana independiente. Acogieron esta teoría entre otros, el Código Civil francés, el italiano de 1865 (no el vigente) y el español.

¹⁹¹ Romeo Casabona, “Los delitos contra la vida humana: El delito de Homicidio”, 25.

¹⁹² Gómez Pavajeau y José Joaquín Urbano Martínez, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, 954. Este criterio también se da, según Gómez y Urbano, por los autores Queralt y Stampa Braun.

¹⁹³ Gustavo Goerner, “El sujeto pasivo del delito de homicidio”, en Edgardo Donna, *Delitos contra las personas I* (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003), 316. Para un sector es necesaria la respiración pulmonar (Cobo del Rosal Quintano), para otros, basta la percepción visual del feto completamente separado de la madre (Gimbernat, 1972 y Muñoz Conde) o que el feto haya vivido separado de su madre, haya existido o no respiración pulmonar o corte del cordón umbilical.

dos parámetros principales: primero, la separación de la madre, entendida esta como una separación funcional y no material, que le permita al recién nacido la supervivencia independiente de la fisiología de la madre; y, segundo, culminación del proceso de parto —natural o inducido—, entendido este como la expulsión del feto, aun cuando no exista corte total del cordón umbilical.

Estos criterios son indispensables a la hora de realizar la calificación jurídica de la conducta del médico inobservante del deber objetivo de cuidado, con respecto al recién nacido, pues recordemos que el aborto culposo por mala práctica profesional no se encuentra tipificado como infracción penal en nuestra legislación.

Sujetos del delito

Sujeto activo

El art. 146 del COIP establece: “La persona que, al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra [...]”. El tipo penal consagra un sujeto activo calificado¹⁹⁴ por la condición de ejercicio o práctica de su profesión; además, es abierto en cuanto al tipo de profesión. Esto se relaciona con el campo sanitario y cualquier otro ámbito laboral; por tanto, el profesional deberá ostentar un título otorgado por una institución educativa, legalmente reconocida en el país e inscrito en el órgano correspondiente¹⁹⁵, que le faculte a ejercer su práctica.

Si no se cumple con el requisito de sujeto activo calificado por la profesión y se ocasiona la muerte de una persona en forma imprudente, será calificado como homicidio culposo *genérico*, tipificado y sancionado en el art. 145 del COIP. No se debe olvidar que el mero ejercicio ilegal de la profesión se encuentra tipificado como

¹⁹⁴ Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Entiéndase como sujeto activo calificado, la persona que ejecuta la conducta típica, pero que no puede ser una persona indeterminada o común, sino que se requiere que tenga una característica especial, como lo explica Ernesto Albán Gómez. En este sentido desde la otra perspectiva del concepto, existen bienes jurídicos cuya lesión está al alcance, en unos casos de cualquier persona, pero en otros únicamente de ciertas personas que presentan una condición especial para acceder al daño de ese bien jurídico, caso en el cual obtiene la denominación de sujeto activo calificado.

¹⁹⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Educación Superior*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 298, (12 de octubre de 2010). “art. 129.- Notificación a la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación. Todas las instituciones de educación superior del país notificarán a la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación la nómina de los graduados y las especificaciones de los títulos que expida”.

un delito de peligro, en el art. 330¹⁹⁶, para quienes ejerzan una profesión sin contar con el título necesario para hacerlo.

En consecuencia, el médico y el resto del personal sanitario se constituirán como sujetos activos del delito de homicidio culposo por mala práctica profesional en tanto cumplan con las exigencias legales, que les permitan ejercer la actividad *profesional* de asistencia sanitaria que prestaron durante el cometimiento de la conducta penalmente relevante¹⁹⁷. Por consiguiente, el fiscal que investigue este delito debe tener presente que deberá obtener en primera instancia los documentos habilitantes por parte de las instancias pertinentes para el ejercicio de la profesión.

No existe duda de que el art. 146 del COIP, que tipifica la mala práctica profesional, delimita su ámbito de aplicación a aquellos profesionales que hubiesen cumplido los requisitos legales y reglamentarios para la obtención de un título académico. Esto se encuentra ratificado en el segundo inciso de dicha disposición normativa que establece: “El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley”. En este orden de ideas, es necesario preguntarse: ¿qué sucede cuando alguien que no ostenta el título de profesional en el área de la salud infiere una lesión o muerte del paciente en ejercicio ilegal de la profesión?

El art. 330 del COIP sanciona el ejercicio ilegal de la profesión; no obstante, según lo dicho, este tipo penal se constituye como sancionador de un delito de mero peligro, sin la presencia de un resultado dañoso. Sin embargo, no alcanza a resolver el problema en el caso de que esa conducta de peligro —por ejercicio ilegal de la profesión— desemboque en un resultado dañoso para el bien jurídico protegido de la vida o la integridad personal. La Fiscalía, en primera instancia, y los jueces, en segunda, deberán entonces resolver qué tipo penal acusar y sancionar respectivamente: si calificar a la conducta como homicidio doloso, homicidio

¹⁹⁶ COIP, “art. 330.-Ejercicio ilegal de la profesión. La persona que ejerza la profesión sin título, en aquellas actividades en las que la Ley exija título profesional, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años. Las o los profesionales que favorezcan la actuación de otra persona en el ejercicio ilegal de la profesión, serán sancionadas o sancionados con pena privativa de libertad de tres meses a un año e inhabilitación del ejercicio de la profesión por seis meses”.

¹⁹⁷ Ecuador, *Reglamento para el cumplimiento del año de salud rural de servicio social en la red pública integral de salud*, en *Registro Oficial* No. 365 (30 de octubre de 2014). Actualmente el médico graduado en una institución de educación superior, previo a la habilitación por parte de la Autoridad Sanitaria Nacional, para ejercer la profesión de la salud en el territorio ecuatoriano, debe cumplir un año de salud rural de servicio social, así los disponen los Arts. 2 y 3 del mencionado Reglamento.

culposo simple u homicidio culposo por mala práctica profesional. Desde el inicio se descarta la tercera opción por los criterios expuestos.

En cuanto a las otras dos opciones, es arriesgado proporcionar una solución en abstracto pues se deberá analizar la casuística en concreta. En lo principal, se debe tomar en cuenta la calidad en que actúa el sujeto pasivo del hecho; por ejemplo, si se actúa en calidad de médico sin serlo o en calidad de curandero, *shaman* o cualquier otro ejercicio de medicina alternativa. También se debe considerar el grado de complejidad de la intervención y principalmente el tipo subjetivo de la infracción, como es la existencia de culpa, de dolo e incluso de dolo eventual.

Nuestro criterio es que, el actuar en falsa calidad de profesional de la salud y provocar la muerte del paciente, debería ser asimilado como homicidio simple —independientemente del dolo o culpa presentes— en concurso real, conforme el art. 20 del COIP¹⁹⁸, al ejercicio ilegal de la profesión. Sin embargo, es recomendable que sea la ley la que acople un *paratipopenal* de homicidio, a quien ocasione la muerte en ejercicio ilegal de la profesión, con una presunción —*ipso iure*— de dolo.

Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito se constituye por el titular del bien jurídico protegido, que ha sido menoscabado por la conducta perpetrada por el sujeto activo. Es la persona sobre la cual recaen los efectos directos de la acción delictiva, generalmente constituida por una persona natural, pero también puede ser el Estado, la comunidad o las personas jurídicas.

En el caso del homicidio culposo por mala práctica profesional, el sujeto pasivo se encuentra evidentemente constituido por una persona natural.¹⁹⁹ No obstante, es necesario determinar, si por la naturaleza de este tipo penal, la norma presenta alguna exigencia con respecto a la calidad que debe ostentar el sujeto pasivo del homicidio culposo por mala práctica profesional. Es indispensable recalcar que la esencia del curso delictivo parte netamente de un acto médico, el cual, se presume, busca restablecer una condición de salud del paciente. El diccionario de la Lengua Española define a paciente como: “Del lat. *patiens*, *-entis*, part. act. de *pati* 'padecer, sufrir'. [...], . 4. m. y f. Persona que padece física y corporalmente, y especialmente

¹⁹⁸ COIP, art. 20. “Concurso real de infracciones. - Cuando a una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años”.

¹⁹⁹ Conforme las condiciones de vida independiente ya analizadas en el punto de bien jurídico protegido.

quien se halla bajo atención médica. 5. m. y f. Persona que es o va a ser reconocida médicamente”.²⁰⁰

Es necesario realizar una primera aclaración sobre el alcance de lo que se debe entender por paciente, y tal y como lo define la Real Academia Española, no es solo aquel que posee un padecimiento en su salud, sino, en su concepción más amplia, aquel que recibe atención médica. Por tanto, una persona que no padece de una enfermedad también obtiene la calificación de paciente, siempre que reciba atención médica, como, por ejemplo, al someterse de manera voluntaria a un procedimiento estético —*no curativo*— a través de cirugía plástica.²⁰¹

Al respecto, desde una posición finalista, Romeo Casabona propone una valoración de la responsabilidad penal en la actividad médica, de acuerdo con la finalidad del tratamiento. Si es curativo, se está exento de responsabilidad si se cumplen tres requisitos a saber: el fin curativo, la idoneidad de los medios aplicados y los procedimientos seguidos para devolver la salud al paciente y la existencia de una persona enferma a la cual estos sean aplicados. El otro caso es el tratamiento no curativo²⁰², que en principio no estaría exento de responsabilidad, con ciertas excepciones, así depuestas por la reforma de 1983 al Código Penal Español²⁰³, como son el trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía siempre y cuando exista consentimiento, libre, consciente y voluntario de acuerdo con lo establecido en la norma.

²⁰⁰ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 23a. ed., (Madrid: 2014), <<http://dle.rae.es/?id=RPix2Mn>>.

²⁰¹ Romeo Casabona, *El médico y el derecho penal*, t. I, 207. Romeo Casabona realiza una diferenciación al respecto: “la cirugía estética, integrada también dentro de la cirugía plástica, utiliza técnicas y procedimientos semejantes a la reparadora, pero se diferencia de ésta en que parte de una anatomía normal (“no deforme”) y solo pretende perfeccionar a la persona, en consonancia con los principios vigentes en una época determinada en torno a la belleza. Por esta razón, no puede considerarse a la cirugía estética, salvo excepciones, como tratamiento curativo”.

²⁰² *Ibíd.*, 17.

²⁰³ España. *Código Penal Español* [1995], *Boletín Oficial del Estado* No, 281, (24 de noviembre de 1995), <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>. Art. 156: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciada mente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por estos ni por sus representantes legales. No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil”.

En Ecuador, al no existir una norma²⁰⁴ como la disposición del Código Penal Español, no estarían exentos de responsabilidad penal los procedimientos no curativos, estéticos. Por lo tanto, la persona sometidos a ellos, debe considerarse en el proceso penal como un paciente más sometido a un acto médico —y potencial sujeto pasivo de homicidio culposo por mala práctica profesional—, el cual es gobernado por los mismos principios de responsabilidad penal que rigen un procedimiento curativo, como son el deber objetivo de cuidado y la imputación objetiva del resultado.

El homicidio culposo *calificado* por mala práctica profesional

El tercer inciso del Art. 146 del COIP establece: “Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas [...]”. Sobre la aplicación del agravante descrito, la Corte Nacional de Justicia, a través de Resolución No. 01-2014 de 24 de abril de 2014, emite la “Aclaratoria sobre el alcance del art. 146 del Código Integral Penal”²⁰⁵. Por su importancia para el tema, a continuación se transcribe la parte resolutive:

art. 1.- El Código Orgánico Integral Penal, que en su artículo 146, establece los tipos penales simple y calificado de homicidio culposo por mala práctica profesional, debe ser comprendido en su integridad.

art. 2.- Se entenderá que el homicidio culposo simple por mala práctica profesional, tipificado en el inciso primero del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado, conforme a su inciso final.

art. 3.- Se entenderá que el homicidio culposo calificado por mala práctica profesional, tipificado en el inciso tercero del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado; y, además, por la concurrencia de las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

Los criterios para la determinación del homicidio culposo simple, como la provocación de la muerte por la violación del deber objetivo, han sido bastamente estudiados en los capítulos primero y segundo de esta investigación, por lo que no se volverá a tratar sobre ellos. No obstante, es necesario determinar cuándo una

²⁰⁴ Sobre el trasplante de órganos, que, si es un procedimiento curativo, incluso el COIP, tipifica el trasplante no autorizado, véase así el art. 98, del citado cuerpo legal que establece: “Realización de procedimientos de trasplante sin autorización. - La persona que realice procedimientos de trasplante de órganos, tejidos y células, sin contar con la autorización y acreditación emitida por la autoridad competente, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”.

²⁰⁵ Ecuador, “Resolución No. 01-2014 de 24 de abril de 2014”, Pleno de la Corte Nacional de Justicia, *Aclaratoria sobre el alcance del art. 146 del Código Integral Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 246, 15 de mayo de 2014.

conducta inobservante del deber objetivo de cuidado —conforme los cuatro parámetros determinados en el inciso final del art. 146— es también una conducta innecesaria, peligrosa e ilegítima. De tal manera que convierta el homicidio culposo *simple* por mala práctica profesional en homicidio culposo *calificado* por mala práctica profesional, merecedor de una sanción agravada —3 a 5 años de pena privativa de libertad—, tomando en cuenta que los tres calificativos son concurrentes y no excluyentes de acuerdo con el pronunciamiento de la Corte Nacional.

Sobre la *peligrosidad* en el delito imprudente, Corcoy Bidasolo, quien realiza un análisis de su concepto, sostiene: “Un peligro interesa en esta sede en atención a que el peligro objetivo cognoscible por el autor es el fundamento del injusto, en cuanto constituye un riesgo típicamente relevante”²⁰⁶. Distingue el concepto de peligro objetivo y peligro subjetivo.

En relación con el *peligro objetivo*, afirma que es determinado *ex ante* con base en un concepto normativo limitado por la probabilidad de lesión en un bien jurídico protegido, regido por la experiencia y la frecuencia de ocurrencia de un resultado, en situaciones análogas que permiten establecer, en el juicio valoración, cuándo una conducta es objetivamente peligrosa. Sobre la *peligrosidad subjetiva*, afirma que es la “posibilidad de conocimiento por el sujeto del grado de probabilidad objetiva”²⁰⁷. Finalmente, menciona que el juicio de peligro objetivo (*peligrosidad objetiva*) se encuentra limitado por la probabilidad subjetiva (*cognoscibilidad*) y el criterio de riesgo permitido.

Basta con mirar el título del apartado en el cual el autor citado trata la *peligrosidad* de la conducta —“Presupuesto objetivo del deber objetivo de cuidado: *peligrosidad*”²⁰⁸—, para establecer con seguridad que la *peligrosidad* es un criterio que se analiza dentro del deber objetivo de cuidado y que funciona como un presupuesto para este, con base en un concepto de riesgo permitido. En este sentido, la determinación *ex ante* del grado de peligro objetivo de una conducta, por parte del juez, será necesaria para construir los límites del riesgo permitido y así precisar la conducta exigida como deber objetivo de cuidado, teniendo en cuenta la *peligrosidad* de la actividad.

²⁰⁶ Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, 174-206.

²⁰⁷ *Ibíd.*

²⁰⁸ *Ibíd.*, 174.

De igual manera, la peligrosidad subjetiva de la conducta del individuo en una situación concreta, establecida con base en la *posibilidad* de conocimiento del individuo de la peligrosidad objetiva, tendrá repercusiones en el análisis de la previsibilidad y evitabilidad subjetivas del individuo en la culpabilidad.

Con estas consideraciones, se concluye que la peligrosidad de la conducta no es un elemento extraño a la determinación del deber objetivo de cuidado en el tipo y al deber subjetivo de cuidado en la culpabilidad. Sin que se encuentre justificada su inclusión como un agravante constitutivo de homicidio culposo calificado por mala práctica profesional, por falta de autonomía estructural —al menos en una perspectiva técnica—, respecto de los componentes del deber objetivo de cuidado que también fundamentan el homicidio culposo simple.

Acerca de la *ilegitimidad* de la conducta de un profesional que provoca la muerte por violación del deber de cuidado, no se hará un análisis detenido, pues basta recordar las primeras lecciones de introducción al derecho donde se instrúa sobre la diferencia entre una conducta ilegal e ilegítima y la no necesidad de correspondencia entre ellas, pues una conducta legal puede ser ilegítima —como la lapidación femenina en países de Medio Oriente—. Es decir, la legitimidad responde a un concepto *ius naturalista* y hasta axiológico, de la concepción de dignidad humana y valores sociales que permiten definir qué es lo justo o injusto en un determinado régimen de convivencia, y que puede superar incluso la esfera de lo legal.

Aseverar que una conducta violatoria del deber objetivo de cuidado, antijurídica y culpable con resultado de muerte no sea también ilegítima, podría no solo ser contradictorio en sí mismo, sino también una redundancia. Esto se debe a que la ilegitimidad de la conducta es analizada en la antijuridicidad, donde una conducta que configura en lo formal un tipo penal se encuentra justificada desde lo social —conforme la previsión legal— y, por tanto, su sanción no encuentra fundamento; lo que evidentemente provoca la falta de fundamento para que una conducta ilegítima configure un tipo agravado.

La *no necesidad* de una conducta es aún más equívoca. Pues el estado de necesidad como causa de justificación será analizado en el examen de

antijuridicidad, conforme los arts. 29 al 32 del COIP²⁰⁹. Lo cual implica el análisis valorativo de si la conducta adecuada al tipo penal se encuentra justificada por un estado de necesidad, que busca proteger un bien jurídico de mayor relevancia al afectado. Por consiguiente, las conductas no justificadas por un estado de necesidad u otras causas que descartan la antijuridicidad, son penalmente relevantes, precisamente por calificarse de *innecesarias* y no justificadas.

Ni en lo analizado, ni en la revisión de las actas de discusión del proyecto de ley de COIP en el recinto legislativo²¹⁰, se determina con precisión cuál fue la intención del legislador al incluir, como agravantes constitutivos de homicidio culposo calificado, términos absolutamente genéricos y equívocos. Más aún, que se encuentran incluidos expresa o tácitamente en el análisis de otras categorías normativas ya previstas para el homicidio culposo simple por mala práctica profesional, sin que se encuentre justificada su previsión exclusiva y preponderante para la calificación de un homicidio culposo por mala práctica profesional.

Es interesante sin embargo observar que en el Acta No. 257-E, la Asambleísta María José Carrión se plantea cual es alcance de los términos del tercer inciso menciona:

[...] Por eso el segundo inciso que estamos proponiendo, cuando ponemos "innecesarias", habría que revisar mejores términos; "y peligrosas", yo me pregunto, ¿qué operación quirúrgica no es peligrosa? Todas las operaciones quirúrgicas son peligrosas, ¿qué operación neonatal no es peligrosa? Todas las operaciones neonatales son de alto riesgo, son de alta peligrosidad para la vida del niño, para la vida del recién nacido. Por tanto, pedimos que se haga una revisión y vamos a presentar una propuesta en esos dos términos, que si buscamos una mejor redacción pueden ayudar muchísimo...²¹¹,

También la intervención del Asambleísta Carlos Velasco Enríquez:

²⁰⁹ COIP: "Art. 29.- Antijuridicidad.- Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código. Art. 30.- Causas de exclusión de la antijuridicidad.- No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa. Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal. Art. 31.- Exceso en las causas de exclusión de la antijuridicidad.- La persona que se exceda de los límites de las causas de exclusión será sancionada con una pena reducida en un tercio de la mínima prevista en el respectivo tipo penal. Art. 32.- Estado de necesidad.- Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos: 1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro. 2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar. 3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho".

²¹⁰ Por ser pertinentes al tema de la mala práctica profesional se han revisado las actas Nros. 257, 257-A, 257-B, 257-C, 257-D, 257-E, 257-F, correspondientes al segundo debate del Proyecto de Ley de Código Integral Penal, en el Pleno de la Asamblea Nacional.

²¹¹ Segundo debate del Pleno de la Asamblea Nacional, sobre el proyecto de Código Orgánico Integral Penal, Acta No. 257_E de 11 de diciembre de 2013, págs. 22 y 23

[...] el asunto de la peligrosidad en el acto médico es un acto muy invisible, es un acto muy sensible, es un acto muy difícil de poder generar un proceso objetivo y, quizás, ahí estamos buscando una palabra que pueda articular una mejor diferencia de esto, porque esa peligrosidad es que puede dejar un ámbito abierto, quizás ahí tenemos que volver a nuestra formación inicial de salubristas para entender que esto siempre va a dar una serie de dificultades...²¹²

Aún con estos reparos, el legislador incluyó un texto similar para el homicidio culposo por delito de tránsito. El art. 377 del COIP establece:

Art. 377.- Muerte culposa.- La persona que ocasione un accidente de tránsito del que resulte la muerte de una o más personas por infringir un deber objetivo de cuidado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años, suspensión de la licencia de conducir por seis meses una vez cumplida la pena privativa de libertad. Serán sancionados de tres a cinco años, cuando el resultado dañoso es producto de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, tales como:

1. Exceso de velocidad.
2. Conocimiento de las malas condiciones mecánicas del vehículo.
3. Llantas lisas y desgastadas.
4. Haber conducido el vehículo más allá de las horas permitidas por la ley o malas condiciones físicas de la o el conductor.
5. Inobservancia de leyes, reglamentos, regulaciones técnicas u órdenes legítimas de las autoridades o agentes de tránsito [...].

Como se observa, en el tercer inciso, reproduce de manera íntegra lo prescrito por el art. 146, al incluir la expresión: “Serán sancionados de tres a cinco años, cuando el resultado dañoso es producto de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas”. La diferencia radica en que, en dicho articulado, se establecen ciertas conductas ejemplificativas de lo que se considera conductas *innecesarias*, *peligrosas* o *ilegítimas*; entre otras, el exceso de velocidad, el conocimiento de las condiciones mecánicas del vehículo; llantas lisas y desgastadas, entre otras.

De esta manera, se realiza un *coctel* de circunstancias objetivas (como llevar las llantas lisas) y subjetivas (conocimiento de las malas condiciones mecánicas). Esto incrementa la dificultad en la comprensibilidad de este tipo penal, pues no se entiende por qué el conocimiento previo de que las llantas estaban lisas (ver numeral 3), no es una conducta peligrosa, ilegal e ilegítima, mientras que el conocimiento de las condiciones mecánicas sí lo es (ver numeral 4).

Tampoco es comprensible cómo estas circunstancias difieren de aquellas analizadas en el numeral 1 del art. 146; es decir, la inobservancia de leyes,

²¹² *Ibíd.*, 99.

reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión. Esto se debe a que ya sea llevar llantas lisas, exceder la velocidad, así como la obligación de mantener en condiciones mecánicas adecuadas el vehículo, implican el cumplimiento de normas legales y/o reglamentarias de tránsito, ya analizadas al momento de determinar el deber objetivo de cuidado, con base en el ya citado art. 146 numeral 1, duplicando dicha disposición, si el lector observa el numeral 5 del mismo art. 377.

Si trasladamos esta interrogante al campo profesional del art. 146, tratando de encontrar respuestas, a través de la guía de los ejemplos del art. 377 para tránsito, se diría que una conducta peligrosa, innecesaria e ilegítima es la del médico que opera conociendo que no dispone de los instrumentos necesarios para hacerlo. En este caso, sin embargo, sigue existiendo violación del deber de cuidado por inobservancia de leyes, reglamentos y *lex artis*, sin que se alcance a establecer una separación sustancial del homicidio culposo simple que permita calificarlo.

Se desprende que la intención del legislador fue la de otorgar penas agravadas en casos de imprudencia “más grave”; ante lo cual, se evidencia un grave error de técnica legislativa, ya que los adjetivos dados a ese tipo de conducta no son adecuados para diferenciarlo de los criterios que fundamentan el tipo penal de homicidio culposo *simple*. Por el contrario, provocarían mayor nivel de duda en los operadores de justicia y sujetos procesales sobre el alcance del tercer inciso del art. 146, como efectivamente fue advertido por ciertos legisladores durante el segundo debate del proyecto de ley en el Parlamento.

2.2.2. Lesión culposa por mala práctica profesional médica

Al igual que en el caso del homicidio inintencional, en el Código Penal de 1971, las lesiones de carácter inintencional se encontraban tipificadas.²¹³ En el caso del COIP, al igual que el homicidio culposo y el homicidio culposo por mala práctica profesional, las lesiones culposas se encuentran previstas sobre la base de un tipo objetivo de violación al deber objetivo de cuidado; así el art. 152 prevé:

²¹³ *Código Penal*, art. 472. “Es reo de heridas o lesiones inintencionales el que las ha causado por falta de previsión o de precaución, y será reprimido con prisión de ocho días a tres meses y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norte América, si el acto no estuviere más severamente castigado como delito especial. Su previsión como se observa, resulta un tanto novedosa, debido a que la infracción culposa, es definida en el mismo cuerpo legal, como aquella cometida por negligencia, imprudencia o impericia, no obstante, el elemento objetivo de la lesión inintencional, se encuentra establecido por falta de previsión o precaución”.

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

1. Si como resultado de las lesiones se produce en la víctima un daño, enfermedad o incapacidad de cuatro a ocho días, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a sesenta días.

2. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de nueve a treinta días, será sancionada con pena privativa de libertad de dos meses a un año.

3. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de treinta y uno a noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

4. Si produce a la víctima una grave enfermedad o una disminución de sus facultades físicas o mentales o una incapacidad o enfermedad, que no siendo permanente, supere los noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

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.

Para la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado se considerará lo previsto en el artículo 146.

No serán punibles las lesiones derivadas de acciones terapéuticas ejecutadas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad que precautele la salud del paciente.

Núcleo del tipo

Verbo rector y conducta

La lesión culposa es un delito contra la integridad personal, que halla su previsión en el Libro Primero, Título IV “infracciones en particular”, Capítulo Segundo “Infracciones contra los derechos de libertad”, Sección Segunda “delitos contra la integridad personal”. Por lo tanto, si el bien jurídico protegido en el delito de lesiones es la integridad personal, el verbo rector es lesionar la integridad personal.

Es necesario observar que el delito de lesión culposa, si bien es concebido como un daño a la integridad personal por inobservancia del cuidado debido —para lo cual se deberán atender los criterios establecidos en el art. 146 del COIP—, este no es uniforme en cuanto al resultado provocado por el injusto de la acción, sino que es necesario remitirse a cada numeral y modalidad dispuestos para las lesiones por el art. 152. Esto se debe a que en el inciso tercero se establece que: “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”. En consecuencia, es necesario verificar los verbos rectores establecidos en dichas conductas.

Los numerales 1, 2 y 3 establecen la producción de un “daño, incapacidad o enfermedad”, por lo que los verbos rectores se encuentran constituidos por: dañar, incapacitar o enfermar al paciente en el caso específico de la práctica médica. En lo que respecta al numeral 4, el legislador incluye varias conductas, pues prescribe: “4. Si produce a la víctima una grave enfermedad o una disminución de sus facultades físicas o mentales o una incapacidad o enfermedad [...]”. Es necesaria la distinción en la redacción del numeral 4, respecto de los numerales anteriores, pues “disminuir” las capacidades precisamente comporta un daño.

Finalmente, en el numeral 5, existe una diferencia sustancial, ya que la conducta ya no se determina por el tiempo de incapacidad, daño o enfermedad, sino por su gravedad. Así, la norma establece: “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 [...]”. No obstante, se considera que en la conducta deberán primar los mismos verbos rectores —que en los numerales anteriores— que rigen dichos resultados, es decir dañar, incapacitar o provocar enfermedad en el paciente.

De acuerdo con el diccionario médico de la Clínica de la Universidad de Navarra, daño corporal es: “Alteración anatómica, funcional o psíquica causada por agentes externos o conjunto de secuelas. Su estudio y valoración tiene gran interés en la práctica médico-legal al objeto de determinar su extensión y alcance para permitir al juez la fijación de indemnizaciones del modo más objetivo posible”. Adicionalmente, define a incapacidad como: “Carencia de aptitud para realizar determinados actos o actividades, producida por los déficit de algún trastorno físico o psíquico, congénito o adquirido; y a enfermedad como: “Alteración patológica de uno o varios órganos, que da lugar a un conjunto de síntomas característicos”.²¹⁴

A pesar de la similitud en los verbos rectores en los distintos tipos de lesiones, autores como Mora Izquierdo realizan una diferenciación en cuanto al tipo de lesiones basándose en su resultado. De esta manera, serán *lesiones simples* aquellas que producen un daño, incapacidad o enfermedad de carácter temporal. El autor

²¹⁴ Clínica de la Universidad de Navarra, *Diccionario Médico*, <<http://www.cun.es/diccionario-medico>>.

menciona: “el tiempo que expresado en días que gastan los tejidos lesionados para volver a su estado de integridad previo, o mejor, para lograr su reparación biológica primaria”. En cambio, las *lesiones complejas* son aquellas que, además de causar incapacidad o enfermedad, dejan secuelas, esto es: “alteraciones en la forma o en la función de un órgano o miembro que persisten tras el vencimiento de la incapacidad médico-legal”²¹⁵. En este sentido, las lesiones descritas en los numerales 1 al 4 del citado art. 152 se constituirían como lesiones simples, mientras que aquella descrita en el numeral 5, como compleja.

Es necesario observar que los verbos rectores son excluyentes y no necesariamente concurrentes, por lo tanto, será punible el daño, la incapacidad o la enfermedad provocada en el paciente, consecuencia de la inobservancia del cuidado debido. Pero en el caso de lesiones complejas que tengan varios efectos resultantes de la acción delictiva, se deberá castigar la lesión más grave, con base en el principio de conexidad, así lo dispone el art. 406 del COIP²¹⁶.

En relación con el tipo de acción que da lugar al tipo, al igual que en el caso del homicidio culposo, esta puede ser ejecutada a través de comisión u de omisión, por lo que se mantienen para el presente caso, los ejemplos citados con respecto al homicidio, pero con resultado de lesión.

Bien jurídico protegido

De acuerdo con la previsión del delito de lesiones en la sección de delitos contra la integridad personal, el bien jurídico protegido por este tipo penal es también la integridad personal, entendido este derecho siempre en armonía con el derecho constitucional a la salud.²¹⁷

Según lo sostenido por Rodríguez Devesa, “lesión es menoscabo en la salud o de la integridad corporal”²¹⁸. Por su parte, Romeo Casabona considera que es: “el resultado de menoscabo de la integridad personal entendida esta en el sentido

²¹⁵ Ricardo Mora Izquierdo, “Actualización del dictamen médico forense por lesiones personales”, *Revista del Instituto de Medicina Legal de Colombia*, Año 4, vol. IV, No. 2 (1979): 27 y s.

²¹⁶ COIP, art. 406.- “Conexidad. - Cuando se cometen infracciones conexas de la misma o distinta gravedad, en un mismo lugar o en diversos lugares, habrá un solo proceso penal ante la jurisdicción donde se consumó la infracción más grave”.

²¹⁷ Gómez Pavajeau y José Joaquín Urbano Martínez, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, 1023. “La integridad personal, en el marco de su protección penal, no es un valor independiente de la salud, sino un aspecto de una idea de salud más amplia que no se circunscribe a la mera ausencia de enfermedad”.

²¹⁸ Luis Carlos Pérez, *Derecho Penal* (Bogotá: Temis, 1991), 228.

apuntado para esta expresión, integridad corporal y salud física y mental”²¹⁹. Lombana Villalba define a las lesiones como: “aquellas malformaciones, deficiencias, disminuciones, pérdidas funcionales o anatómicas de alguna parte, miembro, extremidad, u órgano del cuerpo, o aquellas perturbaciones sobre la inteligencia, la capacidad cerebral o la capacidad psíquica de un ser humano, causadas por otro ser humano”²²⁰.

Por tanto, en una primera aproximación al alcance de lo que debe entenderse por integridad personal, se observa que esta no alcanza únicamente daños físicos, sino también psíquicos. El texto constitucional es bastante claro al respecto: “art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: [...]; 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual [...]”²²¹.

En consecuencia, si se entiende que la integridad personal es el bien jurídico protegido por el delito de lesiones, se concluye que dicha protección —con rango constitucional— abarca únicamente una dimensión física y psíquica de la persona. En cuanto al ámbito sexual, existen tipos penales específicos y, en relación con la integridad moral, la tradición jurídica ha judicializado su daño a través de la responsabilidad civil por daño moral²²².

En cuanto a la perturbación psíquica, Gómez y Urbano la definen como cualquier alteración que signifique desmejoría en la salud mental que tenía el individuo antes de la lesión. Es permanente si una vez causada no desaparece jamás o transitoria, si luego de causada desaparece por el solo transcurso del tiempo o gracias a la intervención médica²²³. Por ejemplo, en el caso de un médico psiquiatra, que en desatención del deber objetivo de cuidado, prescriba fármacos que empeoren el padecer depresivo del paciente que superen los tres días de afección.

²¹⁹ Carlos María Romeo Casabona, *Delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética* (Granada: Comadres, 2004), 209.

²²⁰ Lombana Villalba, *Derecho Penal & Responsabilidad Médica*, 127.

²²¹ *Constitución de la República del Ecuador*, art. 66, numeral 3, a).

²²² No obstante, cabe resaltar que, en el COIP, existen tipos penales como la violencia psicológica contra la mujer o la familia, que de cierta manera protegen la integridad mental y moral de grupos vulnerables. Véase: *COIP*, art. 157, inciso 1: “Violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar. - La persona que, como manifestación de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cause perjuicio en la salud mental por actos de perturbación, amenaza, manipulación, chantaje, humillación, aislamiento, vigilancia, hostigamiento o control de creencias, decisiones o acciones”.

²²³ Gómez Pavajeau y José Joaquín Urbano Martínez, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, 1030.

Sujetos del delito

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, se considera la identidad de los mismos que para el homicidio culposo por mala práctica profesional; es decir, como sujeto activo el galeno que realiza la intervención médica y como sujeto pasivo el paciente que recibe un tratamiento o es objeto de un procedimiento curativo o estético por parte de un médico.

En cuanto al sujeto pasivo es necesario precisar, al igual que en el caso de homicidio, que la norma típica se refiere a: “la persona que lesione a otra”. Por tanto, es evidente que el sujeto pasivo se encuentra constituido por una persona que —siguiendo los criterios expuestos al analizar el bien jurídico protegido del homicidio— ostenta un principio vital independiente del de su madre.

En Ecuador, no se encuentran tipificadas las lesiones al feto; por esta razón, el *nasciturus* no puede ser considerado como sujeto pasivo del delito de lesiones²²⁴. No obstante, en la práctica médica, si el médico, de manera imprudente, provoca una lesión al feto, al tener este vida dependiente, en la mayoría de casos se estará lesionando a la madre, por lo que dicha conducta deberá ser judicializada por el delito de lesiones culposas a la madre.

Principio de necesidad y antijuridicidad de la conducta

¿Qué sucede cuando un médico extrae la vesícula al paciente? ¿O cuando se realiza una amputación de un miembro? ¿Qué sucede cuando el médico que se dispone a operar a cerebro abierto perfora el hueso craneal? Son algunos ejemplos de lo que sucede en la actividad médica cuando se altera la estructura fisonómica corporal y se infiere un *daño* en ella; por lo que, al menos en el aspecto causal, se configura un acto de lesiones, el cual desde ningún punto de vista legal ni legítimo pudiese ser punible.

Efectivamente, el último inciso del art. 152 del COIP establece: “No serán punibles las lesiones derivadas de acciones terapéuticas ejecutadas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad que precautele la salud del paciente”.

²²⁴ Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal, Parte Especial, t. I* (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003), 243. Donna ratifica que el sujeto pasivo en el delito de lesiones es una persona nacida, sostiene: “La víctima, como vimos antes, debe ser una persona nacida y obviamente debe tratarse de un sujeto con vida”.

En este sentido, si bien se configuran los elementos del tipo, la conducta terapéutica del médico no cumple con el elemento de antijuridicidad, que complementa la estructura del delito. La disposición anteriormente anotada debe ser considerada en concordancia por lo dispuesto por los arts. 29, 30, inciso primero, y 32 del COIP, en relación con el principio de estado de necesidad. Dichas normas establecen:

Art. 29.- Antijuridicidad. - Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código.

Art. 30.- Causas de exclusión de la antijuridicidad. - No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa.

Art. 32.- Estado de necesidad. - Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos:

1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro.
2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar.
3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.

Por lo que la pregunta indispensable en este punto es: ¿para qué ocasionó el daño el médico? Si la respuesta es con fines netamente terapéuticos, es decir, para reestablecer un estado de salud o aminorar los daños en la integridad del paciente, no existe responsabilidad penal. Así, si el médico perfora el cráneo, amputa un miembro o extrae la vesícula con la finalidad de salvar la vida del paciente no es punible la conducta por no existir un acto penalmente relevante a falta de antijuridicidad, por cumplirse los tres requisitos establecidos en el art. 32 ya mencionado, pues el lesionar la integridad personal es inevitable para precautelar el más alto bien del ser humano como es la vida.

Para Donna, sin embargo, no es la falta de antijuridicidad lo que impide la sanción de la conducta, sino el consentimiento del paciente, ya que el titular del bien jurídico es el único facultado para consentir alguna intervención en su organismo. En este sentido, el autor opina que, aun existiendo mejora en la salud, la lesión provocada en el paciente que no autorizó o consintió en ello, pudiéndolo hacer, da lugar a responsabilidad penal por el delito de lesiones, excepto en los casos excepcionales de tratamiento obligatorio, estado de necesidad, incapacidad del paciente o tratamiento apremiante²²⁵.

²²⁵ *Ibíd.*, 247-248.

En ese sentido, Roxin es enfático en establecer que, cuando existe consentimiento eficaz, se excluye la tipicidad y no la juridicidad, pues considera que no tiene lugar el desvalor del resultado y, con él, el desvalor de la acción y el tipo delictivo, en virtud de la disposición del bien jurídico protegido en su titular. No obstante, en las actuaciones médicas de emergencia se presentará lo que la doctrina conoce como *consentimiento presunto*, existirá estado de necesidad y por tanto presencia de tipicidad pero falta de antijuridicidad.²²⁶ Sin embargo, se considera válido el criterio de Roxin en el caso de las lesiones terapéuticas causadas por cirugía estética, donde si bien no se cumplen los presupuestos del estado de necesidad, sí se excluye la tipicidad por existencia del consentimiento del paciente.

Se debe precisar que la justificación legal por estado de necesidad debe ser entendida de manera restrictiva. Por ejemplo, si al amputar la pierna del paciente, que consintió en ello, no se ejecuta el procedimiento conforme a los protocolos de la *lex artis* y se ocasiona dolor extremo en el paciente o una hemorragia innecesaria, existirá lugar a responsabilidad penal por lesión culposa. Esto puede darse por no existir estado de necesidad y por violación al deber objetivo de cuidado, por lo que la afectación a la integridad personal debe ser en estricto cumplimiento del principio de necesidad tal y como lo dispone el inciso final del art. 152, del COIP.²²⁷

2.2.3. El trabajo en equipo y la participación en los delitos médicos

Los criterios de determinación del tipo objetivo imprudente han quedado analizados en el primer capítulo; no obstante, es menester, en cuanto a los delitos de la actividad médica, responder a quién se imputa el resultado dañoso en una actuación médica grupal, las cuales no son poco usuales, principalmente en procedimientos quirúrgicos de alta complejidad. Al respecto, Romeo Casabona sostiene:

²²⁶ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 1034.

²²⁷ *Ibíd.*, 672. Roxin sobre el estado de necesidad manifiesta: “De esta situación surgió el estado de necesidad justificante supra legal, que se desarrolló partiendo del principio en el que se basan todas las causas de justificación, a saber: que, en caso de colisión ineludible de intereses en pugna, el sujeto actúa conforme a Derecho si da preferencia al interés más valioso frente al menos valioso y con ello en definitiva hace algo socialmente provechoso, [...]. La idea básica del estado de necesidad supra legal se mantuvo en dos formulaciones enfrentadas entre sí. Según la teoría del fin, que fue propugnada especialmente por Von Liszt y su discípulo Ed. Schmidt, regía el principio de “que no son antijurídicas las intromisiones en intereses jurídicamente protegidos que supongan un medio adecuado para conseguir un fin reconocido por el Estado”. Y la teoría de la ponderación de bienes invocaba el principio de “no actúa antijurídicamente quien lesiona o pone un en peligro un bien jurídico de inferior valor, si solo de este modo se puede salvar un bien jurídico de superior valor”.

La complejidad variedad y especialización de las fases por las que atraviesa el tratamiento médico hacen aconsejable, tanto por razones operativas como de garantía del paciente, un reparto de funciones entre los distintos facultativos y colaboradores que participan en una misma actividad terapéutica. A este esquema responde, por ejemplo, el modelo de relaciones entre el cirujano y el anestésista, que con sus conocimientos especiales, cometidos específicos e independencia, se complementan y dividen el trabajo en la intervención quirúrgica²²⁸.

Es necesario determinar cuáles son los deberes asignados a cada miembro del personal sanitario que interviene en un procedimiento. Para lo cual, la doctrina responde a este problema, mediante el conocido principio de confianza. Roxin sostiene que:

[...] el principio de confianza hoy reconocido sobre todo en el Derecho penal de la circulación es un principio que sirve para la negación de un incremento del peligro inadmisibles. En su forma más general afirma que quien se comporta debidamente en la circulación puede confiar en que otros también lo haga, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario.²²⁹

Cuando existen relaciones verticales en una intervención, Roxin destaca la importancia de establecer los roles de vigilancia que tienen los superiores jerárquicos —el médico especialista respecto del médico auxiliar—, a los cuales solo se les puede imponer tantos deberes de vigilancia en relación con otros como pueda cumplir sin peligro de descuidar su parte personal del trabajo²³⁰. En el caso de relaciones horizontales —médico cirujano y anestésista—, Casabona invoca la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de mayo de 2000 que afirma lo siguiente: “El estado actual de la medicina exige estructura el trabajo en un equipo en el que cada profesional asume específicas funciones. Se produce en el quirófano un reparto horizontal de tareas, de manera que cirujano y anestésista se distribuyen estas sin que exista entre los mismos una relación de dependencia jerárquica [...]”²³¹

De lo expuesto, se entiende que el principio de confianza permite realizar una separación de funciones entre los intervinientes en un procedimiento quirúrgico y genera una confianza en el actuar del otro, sin que su fallo pueda responsabilizar a otro profesional. Sin embargo, según Casabona, este principio tiene una limitante y es cuando el error o yerro es notoriamente detectable por uno de los intervinientes. Ligado a esto cita la sentencia de la STS de 4 de septiembre de 1991, en donde se responsabiliza al médico cirujano del yerro del anestésista; menciona que este:

²²⁸ Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal*, t. II, 593.

²²⁹ Roxin, *Derecho Penal, Parte General*, 1004.

²³⁰ *Ibíd.*, 1006.

²³¹ Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal*, t. II, 593.

“tolera, consiente y permite una situación tan peligrosa, como la determinada por la falta de conexión del monitor y el abandono del quirófano por el especialista de la anestesia”. No obstante, la conducta omisiva del cirujano jefe no excluye la responsabilidad del anestesista que en su área especial de actuación conserva su propia responsabilidad.²³²

Con lo dicho, el cirujano que dirige un operatorio —aplicando el principio de confianza y de división del trabajo— espera *legítimamente* que el resto del equipo cumpla su función a cabalidad y de manera responsable, salvo el caso de circunstancias especiales que permitan inferir notoriamente la ineptitud, falta de conocimiento o descuido manifiesto, que permita al médico de mayor jerarquía tomar acciones al respecto. Así, el médico especialista que opera, espera que el anestesista cumpla con la *lex artis*, para el suministro del tipo y cantidad adecuada de medicamento de acuerdo con la condición del paciente; y que la enfermera le suministrará el instrumental requerido. La enfermera, por su parte, confiará que los medicamentos hayan sido adecuadamente etiquetados y preparados por el farmacéutico.

Esta división clara de funciones es lo que en un caso concreto permitirá la imputación de responsabilidad con base en la violación del deber objetivo de cuidado, de acuerdo con el rol que cada miembro del equipo médico cumple y su incidencia para el daño en el bien jurídico protegido del paciente.

Finalmente, Donna denomina a estos casos como “actuación en el marco de una situación de peligro creada o denominada en común”, en la cual establece que el médico que lidera la intervención es responsable de los deberes impartidos al personal de apoyo, de acuerdo con sus capacidades, formación y experiencia²³³. En cuanto a los grados de participación en el delito imprudente, es necesario observar que el encubrimiento no se encuentra previsto como tal en el COIP, por lo que no es posible calificar en este grado al partícipe de delitos culposos ni dolosos. En cuanto a

²³² *Ibíd.*, 594. Continúa el fallo mencionado: “la conducta imprudente del recurrente comienza por no controlar la conexión del monitor al inicio de la operación y en su tolerancia o consentimiento a que el anestesista abandonase el quirófano. No podía desconocer por su condición de experto cirujano los riesgos que se producen en las intervenciones quirúrgicas efectuadas con anestesia general [...]. No se trata de reprochar culpabilísticamente al recurrente por una conducta ajena [...], sino por una conducta propia, de carácter omisivo, que es determinante de la ejecución de un resultado típico del correspondiente delito [...]”.

²³³ Donna, *El delito imprudente*, 257-258.

la complicidad, el segundo inciso del art. 45 excluye expresamente este grado de participación en los delitos culposos.²³⁴

²³⁴ *Código Penal*, “art. 43.- Cómplices. - Responderán como cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido. No cabe complicidad en las infracciones culposas”.

Capítulo tres

La prueba en la mala práctica profesional y su apreciación judicial en el Ecuador

1. Generalidades sobre la prueba penal

La prueba en el proceso penal de acción pública es el instrumento por el cual se materializan, por parte de los sujetos procesales (órgano acusador, procesado, víctima), todas las actuaciones investigativas de cargo y de descargo, ante el órgano juzgador, con la finalidad de buscar certeza sobre la existencia o no de un hecho de relevancia penal y la responsabilidad o inocencia del procesado.

Para Eduardo Jauchen, la prueba es el “conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que suministran al juez el conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto del juicio y sobre el cual debe decidir”.²³⁵

Para el autor ecuatoriano, Walter Guerrero, quien se basa en la definición de Davis de Echandía, la concepción de prueba debe simplificarse al punto de afirmar que la prueba es la demostración legal de un hecho para conseguir la certeza del juez.²³⁶

El COIP, en su art. 453, dispone: “Finalidad.- La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada”. Si bien en esta norma se habla de *convencimiento* y no *certeza*, en el art. 622, numeral 3 del mismo cuerpo legal, al establecer los requisitos de la sentencia, se determina: “3. Las consideraciones por las cuales se dé por probada o no, la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los procesados, así como las pruebas de descargo o de atenuación de la responsabilidad”.

Por tanto, es evidente que el presupuesto de una sentencia condenatoria será la plena certeza sobre la existencia de un hecho y la responsabilidad sobre él del procesado. En otras palabras, los aspectos están probados —determinando una condena— o no están probados —llevando a la absolución—, sin lugar para términos

²³⁵ Eduardo M. Jauchen, *Tratado de la prueba en materia penal* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006), 19.

²³⁶ Walter Guerrero Vivanco, *La prueba penal, t. III* (Quito: Pudeleco, 2004), 13.

medios de convicción, como la probabilidad, la posibilidad o la duda razonable, que de igual manera determinarán una decisión absolutoria²³⁷.

1.1. Los medios probatorios

El art. 498 del COIP enumera los medios de prueba admitidos; estos son: el documento, el testimonio y la pericia. Dichos medios probatorios son comunes a todo proceso penal, por lo que en materia probatoria del delito imprudente por mala práctica profesional no son la excepción.

De forma principal, se deberá contar con todos los testimonios que tengan conocimiento sobre las circunstancias en que se desarrolló el hecho, incluyendo, en lo posible, el testimonio de la víctima y de la persona procesada de acuerdo con las reglas procesales establecidas en la ley adjetiva penal. En cuanto a la prueba documental en materia de mala práctica profesional médica, será primordial la historia clínica, la cual debe cumplir con los parámetros y formatos establecidos por la legislación interna.

En lo que se refiere la prueba pericial, aun cuando el COIP la establece como un medio probatorio autónomo, es necesario observar que su naturaleza es de carácter mixta. Esto se debe a que si bien es un instrumento documental, de conformidad con lo dispuesto en el art. 511 numeral 7 del COIP, el perito deberá: “Comparecer a la audiencia de juicio y sustentar de manera oral sus informes y contestar los interrogatorios de las partes, para lo cual podrán emplear cualquier medio”. Es decir, sin dicha comparecencia personal a exponer su testimonio bajo juramento, sobre los resultados de la pericia —en virtud del principio de inmediación y oralidad del proceso penal—, su trabajo pericial no surtirá ningún efecto probatorio.

La doctrina es coincidente en establecer que los dos medios probatorios por excelencia —no los únicos— en materia de mala práctica profesional médica son la

²³⁷ Lino Enrique Palacio, *La prueba en el proceso penal* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000), 14-5. El autor diferencia los grados de convicción judicial, caracterizándose la certeza como el estado psicológico del juzgador, en cuya virtud este llega a abrigar la plena convicción sobre la existencia o inexistencia del hecho inculcado y de la participación o no del imputado en su producción. La probabilidad entraña en cambio una suficiente aproximación a ese estado, que excede por tanto a la apreciación de una mera posibilidad. La duda, por el contrario, aparece cuando el juez, frente a la ausencia o insuficiencia de prueba, no se encuentra en condiciones de formular un juicio de certeza ni de probabilidad, positivo o negativo, acerca de los mencionados extremos.

historia clínica y la pericia médica; por lo que su alcance será determinado a continuación a través del análisis de un caso concreto.

2. Análisis jurisprudencial sobre la mala práctica profesional en el Ecuador.

Análisis del caso Andrea S. Errores en la apreciación judicial y valoración probatoria.²³⁸

2.1. Antecedentes del caso

El caso de Andrea S., por la configuración de los hechos, es un antecedente muy importante dentro de la experiencia judicial ecuatoriana, en cuanto al juzgamiento de la mala práctica profesional médica. Si bien este fatídico hecho se dio en el año 2009 —es decir, antes de la promulgación del actual Código Integral Penal—, es una muestra clara de cómo la inobservancia del principio de celeridad en la administración de justicia, así como el poco conocimiento de las categorías dogmáticas del delito imprudente, desembocan muchas veces en la inseguridad, el error y hasta la duda al momento de juzgar un delito de mala práctica profesional.

En el caso a analizarse, toma protagonismo la valoración judicial de la prueba así como el tipo subjetivo²³⁹, pues el antagonismo de las numerosas decisiones judiciales en el presente caso se basa en la duda sobre si la prueba demuestra dolo o culpa y, por tanto, si existió por parte de las profesionales de la salud procesadas homicidio simple, homicidio preterintencional por suministro voluntario de sustancias u homicidio inintencional. Todo esto provocó gran interés en el análisis de la casuística del presente hecho, ya que cambia la concepción tradicional y aceptada de modo general sobre que el homicidio cometido por mala práctica profesional médica es de carácter culposo, para sentar definitivamente que en el presente caso existió por parte del personal médico intención positiva de causar daño, al menos inicial, a la paciente.

²³⁸ Sin perjuicio del principio de publicidad de las resoluciones judiciales y con el fin de precautelar y respetar el derecho constitucional a la intimidad de las personas involucradas en el caso a ser analizado, se usarán abreviaturas de sus nombres, incluso en citas textuales.

²³⁹ Se habían aceptado las teorías que rechazan el tipo subjetivo en el delito imprudente —pues los conocimientos especiales y circunstancias individuales del autor se han atribuido a la culpabilidad y no al tipo— no obstante, en el presente caso tiene mucha importancia el tipo subjetivo pues en los emitidos en el presente caso se califica a la conducta de preterintencional (tipo subjetivo mixto: dolo y culpa) y no imprudente.

Es necesario anotar que el análisis de este caso también se justifica por la amplitud y contundencia de la prueba presentada, pasando desde la prueba documental y la trascendencia de la historia clínica en un caso de esta naturaleza, así como lo indispensable de la pericia médica, para terminar con el análisis de la importancia de contar con prueba testimonial que permita demostrar de manera fehaciente tanto la materialidad del delito como la responsabilidad de los procesados. A continuación, se revisarán los antecedentes fácticos.

Por denuncia presentada por el entonces Crnl. de Estado Mayor, Hugo L., la Fiscalía General del Estado tiene conocimiento de que el día jueves 28 de mayo de 2009, su cónyuge, la señora Andrea S., aproximadamente a las 15h00 ingresó al Área de Alergología del Hospital General de las Fuerzas Armadas con un diagnóstico de “eritema multiforme y estomatitis”. En el ingreso al hospital se dio a conocer que la paciente, por su condición, presentaba alergia a varios alimentos, detallándolos en una lista que había sido entregada a la licenciada de turno en la estación de servicio del mencionado hospital.

Pese a esta indicación, durante su hospitalización se le sirvieron alimentos que estaban contraindicados, como lácteos, gelatina y pescado. Efectivamente, el día 30 de mayo, se le sirvió a la paciente una porción de pescado, el cual, pese a no ser ingerido por Andrea S., provocó efectos negativos en su salud, porque con solo inhalarlo se le había producido una irritación en la piel y una leve deficiencia respiratoria.

Ante dicha situación, su cónyuge, Hugo L., comunicó el particular. A las 14h15 (se alega que una hora y media después del hecho) se presentó la médica residente, doctora Beatriz M., quien solicitó al Gral. Hugo L. que abandonara la habitación. Frente a ello, Hugo L. manifestó: “no estorbo en nada, permítanme observar lo que le hacen a mi esposa”, por lo cual permaneció en la habitación.

La revisión médica duró entre tres y cinco minutos. Posterior a esto, la médica salió y, aproximadamente diez minutos más tarde, llegó la enfermera Elsa C., acompañada de la doctora Beatriz M. La enfermera transportaba un tanque de oxígeno y colocó a la señora Andrea S. unas mangueras pequeñas en la nariz. Después, se acercó la Dra. Beatriz M. y le indicó que la instrucción de la doctora tratante fue el suministro de adrenalina. Andrea S. se preocupó y le pidió a su esposo: “anda a ver que me van a poner, no me vayan a poner veneno”.

Ante dicha situación, Hugo L. se acercó a la estación de servicio y preguntó a la licenciada Elsa C., qué era lo que le iba a poner a su cónyuge, ante lo cual y en forma despótica y actitud negativa, ella respondió: “lo que me ordenaron, adrenalina”. Hugo L. le comentó a su cónyuge que le iban a poner adrenalina y refiere que en esos momentos ella conversaba normalmente, sin dificultad para respirar, por lo que habían mantenido una conversación fluida mientras veían la televisión.

Minutos más tarde, se presentaron la médica de turno y la enfermera. Esta última procedió a administrar una ampolla grande en el brazo de Andrea S., en el lugar donde estaba conectado el suero, es decir, directamente a la vena, que había diluido la medicación en el mismo suero a toda velocidad. De inmediato, entre veinte o treinta segundos después, el denunciante alega que apareció una palidez en el rostro de su cónyuge, quien le dijo: “me dio taquicardia, Hugo, me muero, Hugo, me muero”. Ante esta situación, las dos personas que le habían estado tratando han salido corriendo, dejando al denunciante y a su esposa solos en la habitación. Los efectos inmediatos presentados en la fisonomía de la paciente fueron: contracción en las manos; coloración morada (cianótica) en labios, la frente y mejillas; presencia de sangre en los ojos; retorcimiento de la lengua y ubicación de la misma hacia atrás.

En ese instante, Hugo L. solicitó desesperadamente auxilio, ante lo cual un médico de Ginecología prestó primeros auxilios sin éxito. En forma posterior, personal de cuidados intensivos le dieron masajes por diez minutos al corazón y le conectaron un tubo en la boca. A pesar de ello, la paciente perdió signos vitales y falleció. Hugo L. logró recuperar el envase de la sustancia inyectada a su cónyuge como evidencia en el presente caso.

El presente caso se ha encontrado en litigio desde el año 2009 hasta enero de 2016, es decir por casi siete años, debido a reiteradas decisiones judiciales declaradas nulas y a que recién, en enero de 2016, la Corte Nacional de Justicia resolvió el recurso de casación con voto de mayoría, como se verá más adelante.

2.2. Prueba practicada en juicio

2.2.1. Testimonial

En el sentido más amplio, Eduardo Juachen sostiene que el testigo es “la persona que por medio de sus sentidos ha percibido una cosa o suceso determinado”.

El autor manifiesta que el relato que transmite el conocimiento debe circunscribirse a lo percibido sensorialmente, por lo que no caben interpretaciones de los sucedido, juicios, valoraciones u opiniones personales.²⁴⁰

Es interesante el concepto de Lino Enrique Palacio, quien opina que la prueba analizada puede versar no solo sobre los hechos conocidos por el testigo mediante su percepción sensorial, sino también sobre los hechos que aquel dedujo de sus percepciones²⁴¹. Así se demuestra que el testimonio no es una declaración mecanizada, sino razonada e interpretativa de los hechos asimilados.

En todo caso, son los jueces, a través de su sana crítica, quienes establecerán el grado de valor probatorio de los testimonios de acuerdo con criterios de legalidad y autenticidad por disposición del art. 457 del COIP²⁴². Es importante señalar que, en el caso en análisis, es indispensable el testimonio del acusador particular Hugo L., quien fue partícipe del momento del fallecimiento de su cónyuge. Si bien su testimonio lo rinde en calidad de víctima²⁴³ y acusador particular, el valor probatorio de su testimonio fue primordial a la hora de establecer la responsabilidad de las procesadas. Veamos:

a) Testimonio del acusador particular

Gral. Hugo L., cónyuge de la víctima

La Fiscalía General del Estado durante la etapa de juicio del presente caso presentó como prueba el testimonio del único testigo presencial de los hechos como es el cónyuge de la hoy occisa. Quien da fe, en lo principal, de los siguientes hechos:

- que su cónyuge, Andrea S., ingresa al hospital sin problemas respiratorios ni síntomas graves el 28 de mayo de 2009;
- que, por problemas alérgicos, tenía contraindicación de ingerir lácteos, mariscos y pescado;

²⁴⁰ Jauchen, *Tratado de la prueba en materia penal*, 81.

²⁴¹ Palacio, *La prueba en el proceso penal*, 84.

²⁴² COIP, art. 457: "Criterios de valoración. - La valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales. La demostración de la autenticidad de los elementos probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente".

²⁴³ *Ibíd.*, art. 441.- "Víctima. - Se consideran víctimas, para efectos de aplicación de las normas de este Código, a las siguientes personas: 3. La o el cónyuge o pareja en unión libre, incluso en parejas del mismo sexo; ascendientes o descendientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de las personas señaladas en el numeral anterior".

- que, el 30 de mayo le sirven en el almuerzo pescado, por lo que, con su sola inhalación, provoca efectos negativos de tipo respiratorio e irritación de la piel;
- que 40 minutos después se acerca la médica de turno-residente, Beatriz M., quien indica que la prescripción de la médica tratante (con quien se había comunicado telefónicamente) era el suministro de adrenalina;
- que observa una discusión entre la Dra. Beatriz M. y la enfermera Elsa C. sobre el medicamento a suministrarse y que la enfermera no estaba segura de su administración, pero que la Dra. Beatriz M. ha asentido en el suministro;
- que la enfermera Elsa C. le suministra a su esposa el medicamento vía intravenosa;
- que, inmediatamente después del suministro, su esposa en actitud desesperada le manifiesta que tiene taquicardia y que se va a morir;
- que la Dra. Beatriz M. y la Lic. Elsa C., al ver el cuadro de crisis, salen corriendo de la habitación;
- que llega personal médico a tratar de reanimar a su cónyuge sin tener éxito pues finalmente fallece;
- que recupera el sachet de la sustancia inyectada;
- que, al observar la historia clínica, determina que esta ha sido adulterada;
- que el recetario en el cual se prescribió, por parte de la Dra. Beatriz M., adrenalina racémica había desaparecido; y,
- que existió intención de causar daño por parte del personal de salud.

b) Testimonio de terceros

Dra. Zoila M. - Médica tratante de la víctima, refiere:

- que el 30 de mayo ha pasado visita a la paciente Andrea S., quien ha sido ingresada por alergia al consumir camarones;
- que, a las 13h30, mientras se encontraba fuera del hospital, ha tomado contacto telefónico con la Dra. Beatriz M., quien le manifiesta que a la paciente le han servido pescado y que al inhalarlo se le ha presentado taquicardia y ansiedad.
- que, ante lo comunicado por la médica de turno, dispone hidratación con oxígeno y, en caso de presentarse shock anafiláctico, indica suministrar adrenalina intravenosa en *0.33 cc diluido en 10 cc de solución salina*;
- que la adrenalina intravenosa se diferencia de la adrenalina racémica en su concentración, presentación y vía de suministro. La adrenalina racémica —dice—

solo puede ser suministrada a través de inhalación mediante nebulizaciones, ya que, si se lo hace vía intravenosa, provoca paro cardiorrespiratorio; mientras que la adrenalina diluida se aplica únicamente en casos de shock anafiláctico vía intravenosa, muscular o subcutánea;

- que, a las 14h40, recibe otra llamada de la Dra. Beatriz M., quien en tono nervioso y ansioso le manifiesta que Andrea S. estaba pálida, sudorosa e hipertensa; por lo que se dirige al hospital. Al llegar encuentra al Dr. Ramiro P. reanimando a la paciente, pero le manifiesta que ha fallecido; y,
- que, al tomar contacto con la Dra. Beatriz M., le ha manifestado que le ha suministrado adrenalina racémica lo cual le ha provocado un shock.

Dr. Ramiro P.- Médico que auxilia a la paciente, refiere:

- que en el día de los hechos se desempeñaba como médico de cuidados intensivos;
- que recibió una llamada indicándole que una paciente se encontraba mal con problemas de respiración;
- que cuando llega a la habitación otros médicos estaban realizando reanimación básica; que le ha realizado reanimación cardiocerebral avanzada, y que probablemente la reacción crítica de la paciente se debió al suministro de adrenalina racémica; y
- que no existen estudios que determinen la forma de administración de la adrenalina racémica, pero por su experiencia menciona que no se debe aplicar adrenalina vía intravenosa porque en ocasiones provoca arritmia cardíaca que deriva en un paro cardíaco.

Mónica Alexandra R. –Farmacéutica del Hospital Militar, sostiene:

- que el día de los hechos se desempeñaba como farmacéutica del Hospital Militar; y
- que despachó dos recetas para la paciente Andrea S., una de adrenalina racémica y la segunda de epinefrina e hidrocortisona.

c) Testimonio de las procesadas

Dra. Beatriz R. - Médica de turno-residente. Refiere:

- que la paciente al inhalar el olor a pescado, que le han servido en el almuerzo, ha presentado dificultades respiratorias, ansiedad y agitación;
- que, por esta razón, se comunica con la Dra. Zoila M. —médica tratante— quien le ha dispuesto administrar adrenalina diluida en 0.3 cc en 10 cc de solución salina

para que disminuya el *edema de glotis*. Por lo que realizó la receta donde requirió adrenalina para vía intravenosa y adrenalina racémica;

- que realiza un tachón en la historia clínica para cambiar el término “ampolla” por “diluida” por equivocación;
- que, mientras explicaba a la paciente lo indicado por la Dra. Beatriz M., la Lic. Elsa C. ha suministrado por vía intravenosa la sustancia y que la paciente ha empezado a ponerse pálida, por lo que sale de la habitación a buscar a los médicos de cuidados intensivos; y
- que nunca tuvo el medicamento en sus manos y que no miró cuando la Lic. Elsa C. administró el medicamento;

Lic. Elsa C. - Enfermera, quien administró el medicamento, refiere:

- que, a las 14h00, la Dra. Beatriz M., ha valorado a la paciente Andrea S. Ante su estado, prescribe que se le coloque oxígeno y receta adrenalina racémica, poniendo como primera opción del tratamiento adrenalina racémica de 3cc vía intravenosa, lo cual está en la historia clínica;
- que ha preparado el equipo de nebulizaciones pero que la médica le ha insistido que le pusiera 3cc y 10cc en solución porque podría presentar *edema glotis*;
- que ha insistido a la Dra. Beatriz M. que la decisión debe ser analizada pues necesita chequeos adicionales y que en el piso no había los implementos necesarios;
- que la Dra. Beatriz M. ha insistido en la decisión y que le ha dicho que debe acatar sus órdenes, pues ella era la médica, ante lo cual suministra el medicamento;
- que inmediatamente se escuchan los pedidos de auxilio del señor Hugo L., y que personal médico y de cuidados intensivos intentaron reanimar a la paciente sin éxito.

2.2.2. Documental

La historia clínica

Para Fernández Hierro, la historia clínica es “el conjunto mínimo de datos necesarios relativos a la salud del indicio y su evolución para que el profesional de la medicina pueda desarrollar su trabajo”.²⁴⁴

²⁴⁴ José Manuel Fernández Hierro y otros, *La Historia Clínica* (Granada: Comares, 2002), 97.

El autor colombiano Jaime Lombana Villalba, al tratar la prueba en la responsabilidad médica, sostiene que la historia clínica tiene una doble importancia para el derecho penal, pues su elaboración constituye uno de los deberes elementales del médico tratante, pero además los datos en ella consignados constituyen la prueba más directa sobre la forma cómo el profesional de la medicina cumplió o incumplió con las reglas de la *lex artis*²⁴⁵. El autor considera que la historia clínica permite determinar si el galeno actuó dentro del riesgo permitido y su conducta por tanto es típica o atípica dependiendo de si existió o no creación de riesgo no permitido. En segundo lugar, permite calificar si la conducta del médico derivó de imprudencia consciente, inconsciente o dolo eventual, de acuerdo con la previsibilidad del riesgo en función de las anotaciones de la historia clínica. Finalmente, permitirá establecer si la conducta del autor constituyó una disminución o aumento en el riesgo para la salud del paciente.

El derecho a tener una historia clínica se encuentra previsto en la Ley Orgánica de Salud. La norma establece: “art. 7: Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación con la salud, los siguientes derechos: f) Tener una historia clínica única redactada en términos precisos, comprensibles y completos; así como la confidencialidad respecto de la información en ella contenida y a que se le entregue su epicrisis”.

La historia clínica es un documento obligatorio que todas las entidades que prestan servicios de salud deben registrar sobre la asistencia sanitaria prestada al paciente, con datos de su estado, diagnóstico, evolución y las prescripciones médicas. En palabras más simples, es un acta que sienta fe de todo el proceso curativo del paciente, donde consta cada detalle de la prescripción médica, cambio en el estado o novedad con respecto al proceso evolutivo o regresivo en su salud.

En casos de mala práctica médica, la historia clínica es una prueba trascendental del yerro galénico; no obstante, no debe ser entendida —necesariamente— como suficiencia probatoria o prueba plena del hecho²⁴⁶. Tampoco debe ser confundida con informes periciales ni por su forma ni por su contenido.

²⁴⁵ Lombana Villalba, *Derecho Penal & Responsabilidad Médica*, 310.

²⁴⁶ *Ibíd.*, 355. Así Lombana Villalba sostiene: “la historia clínica no necesariamente es la prueba reina en todos los procesos de responsabilidad médica. De hecho, en muchos de ellos la historia clínica es apenas un elemento de prueba más que, con conjunto con los otros contribuye en la demostración de la responsabilidad o ausencia de responsabilidad penal del galeno”.

En el caso analizado, la historia clínica se constituyó como fundamental al momento de generar convicción en el tribunal juzgador sobre la responsabilidad de la Dra. Beatriz M. en el tratamiento de la hoy occisa. Esto se debe a que en ella se registró la administración de sustancias que recibió Andrea S. durante su permanencia en el Hospital Militar y se observaron anotaciones que sufrieron adulteraciones. Efectivamente, el perito Carlos P. realizó la pericia de auditoría médica sobre la paciente fallecida que incluyó el análisis de la historia clínica. Entre sus conclusiones constan:

- que a la paciente le había suministrada adrenalina por vía intravenosa 3cc diluida, pero que dicha nota tenía un tachón y que sobrescrita se encontraba la palabra “diluida” y el término “3cc” estaba repisado²⁴⁷;
- que en la receta que constaba en la historia clínica, se encontró un pedido de sachet de adrenalina racémica;
- que la paciente Andrea S. presentaba un cuadro clínico alérgico desde tiempo atrás, además de varias enfermedades autoinmunes: tiroiditis e hipotiroidismo, urticaria entre otras;
- que los nombres de las médicas tratantes que constan en la historia clínica fueron la Dra. Beatriz M. y Zoila M.; y,
- concluye que la adrenalina racémica únicamente puede ser suministrada mediante nebulizaciones vía oral inhalatoria y que si esta era suministrada vía intravenosa provoca cambios bruscos en la presión arterial, edema agudo de pulmón, paro cardiaco, ya que su concentración era mayor a la de la adrenalina intravenosa²⁴⁸.

Recetario médico

Se presentó como prueba documental en el juicio un recetario médico, en el cual se demuestra, a través de la pericia documentológica, que fue suscrita con puño y letra de la Dra. Beatriz M., la cual solicitó a farmacia dosis de adrenalina racémica para la paciente Andrea S.

²⁴⁷ Rabinovinch, *Responsabilidad del médico*, 248. Rabinovich, advierte esta problemática, pues a pesar de reconocer la “enorme trascendencia probatoria de la historia clínica”, precisa que la misma es susceptible de ser alterada por los demandados en razón de su carácter privado, de mantenerse reservado y de no confeccionarse más de un ejemplar, el cual permanece en poder del nosocomio.

²⁴⁸ En el testimonio en juicio basado en el informe de auditoría médica, el perito Carlos Pazmiño explica que la adrenalina racémica tiene una concentración de 2.25 %, mientras que de la adrenalina intravenosa era de 1 x 1000, lo que implica que la adrenalina racémica es 25 veces más concentrada y que esta suministrada vía intravenosa puede causar la muerte.

2.2.3. Pericial

La complejidad de la actividad médica y los conocimientos bastante técnicos requeridos en esta ciencia y desconocidos para los profesionales del derecho, hace necesario que el juzgador se sirva de expertos imparciales para explicaciones de un hecho presuntamente delictivo, que permita desentrañar, en lo posible, la verdad material de lo sucedido. Sobre la peritación, Romero Coloma sostiene que es:

[...] actividad procesal desarrollada por personas ajenas a las personas en el proceso y que están especialmente calificadas por una serie de conocimientos —técnicos, artísticos, científicos—, mediante los cuales proporciona al órgano judicial argumentos o razones para la formulación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cabal entendimiento escapa a las aptitudes o preparación de la generalidad de las personas.²⁴⁹

La pericia médica, por tanto, tendrá que ser complemento de otros medios probatorios en el proceso penal. Por ejemplo, para el análisis de la historia clínica, se requerirá en la generalidad de casos de un profesional médico con la misma especialidad de aquellos que actuaron en la atención al paciente²⁵⁰, de tal manera que pueda explicar al Tribunal Penal los conocimientos requeridos y la *lex artis* aplicable al caso concreto²⁵¹.

El estudio pericial de la historia clínica es fundamental, debido a que permite determinar de manera objetiva posibles incongruencias entre el proceder médico y las indicaciones de la *lex artis*. Además, es posible establecer si esa incongruencia es objetivamente imputable al galeno por no encontrarse dentro de la esfera del riesgo permitido y por no haberse cumplido a cabalidad el deber objetivo de cuidado.

²⁴⁹ Aurelia María Romero Coloma, *La medicina ante los derechos del paciente* (Madrid: Montecorvo, 2002), 153.

²⁵⁰ Rabinovinch, *Responsabilidad del médico*, 240. Ricardo Ravinovich sostiene en este sentido: “En el estado actual de la medicina, es muy recomendable que el perito sea un especialista en el rubro concreto de que se trata. Si están en juego dos temas bien diferenciados (p. ej. Anestesiología y cirugía propiamente dicha), lo correcto será la designación de dos expertos, uno dedicado a cada especialidad y así sucesivamente”.

²⁵¹ Legal Publishing, *Tratado de Cuantificación del Daño, Responsabilidad Médica, t. II: Lesiones* (Santiago, Legal Publishing Chile, 2012), 374. En este sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Chile, Rol No. 2819-2005, dentro del recurso de casación en el fondo, dentro del caso R.P y otros con el servicio de Salud Antofagasta. En este fallo consta: “En este caso no se allegaron los antecedentes probatorios suficientes para demostrar la existencia de mala praxis del equipo médico, y por ende, determinar que se haya actuado contra la *lex artis*, desde que no se aparejó un peritaje médico legal sobre la materia discutida en la Litis, que permitiera comprobar que el paro cardiorrespiratorio que sufriera la señora Baeza haya sido consecuencia de una sustancia inoculada a la que era alérgica, como el nexo causal indispensable para establecer la responsabilidad de los órganos del Estado, desde que, en el ámbito de la responsabilidad médica, la prueba pericial constituye un medio indispensable para determinarlo”.

La legislación ecuatoriana prevé a la pericia como un medio probatorio independiente, por lo que el órgano de prueba se constituye por el perito y la modalidad de adquirir eficacia probatoria es a través del testimonio del experto en audiencia oral y contradictoria. Se diferencia del testigo común, que refiere hechos y circunstancias vividas y accedidas por sus sentidos, porque él expone al juzgador valoraciones constantes en un documento denominado pericia. Según Ravinovich, esta valoración realizada por el perito médico debe basarse necesariamente en sustentos científicos²⁵².

En nuestro ordenamiento jurídico, los peritos intervinientes en asuntos jurisdiccionales deben encontrarse acreditados de conformidad con las disposiciones del Reglamento del Sistema Integral Pericial de la Función Judicial²⁵³. Según información constante en el portal web del Consejo de la Judicatura, actualmente se encuentran acreditados 543 peritos médicos con especialidad en medicina humana y 73 subespecialidades²⁵⁴.

En el caso concreto de la muerte de Andrea S., a continuación se menciona las pericias que se realizaron.

Levantamiento del cadáver

El levantamiento del cadáver es la primera diligencia dispuesta por el COIP en casos de muerte²⁵⁵. En el caso de la muerte de Andrea S., el levantamiento del cadáver fue realizado por el perito Freddy L., miembro de la Policía Judicial, quien en su testimonio en juicio refirió que el 30 de mayo de 2009 realizó la diligencia en la morgue del Hospital Militar. Mencionó también que durante la diligencia conversó con la Dra. Beatriz M., quien dijo que, debido a complicaciones respiratorias, se le suministró adrenalina a la paciente, por indicación de la médica tratante, y que esta sufrió un paro cardíaco.

²⁵² Rabinovich, *Responsabilidad del médico*, 243.

²⁵³ Ecuador, *Reglamento del Sistema Integral Pericial de la Función Judicial*, en *Registro Oficial, Edición Especial*, No. 125 (28 de abril de 2014).

²⁵⁴ Portal web oficial del Consejo de la Judicatura, información disponible en: <http://appsj.funcionjudicial.gob.ec/perito-web/pages/peritos_nacional.jsf>.

²⁵⁵ COIP, art. 461.- “Actuaciones en caso de muerte.- Cuando se tenga noticia de la existencia de un cadáver o restos humanos, la o el fiscal dispondrá: 1. La identificación y el levantamiento del cadáver; 2. El reconocimiento exterior que abarca la orientación, posición, registro de vestimentas y descripción de lesiones; 3. En el informe de la autopsia constará de forma detallada el estado del cadáver, el tiempo transcurrido desde el deceso, el probable elemento empleado, la manera y las causas probables de la muerte. Los peritos tomarán las muestras correspondientes, las cuales serán conservadas. 4. En caso de muerte violenta, mientras se realizan las diligencias investigativas, la o el fiscal de considerarlo necesario, solicitará a la autoridad de salud competente que no otorgue el permiso previo para la cremación”.

Autopsia del cadáver

La segunda diligencia ordenada por el COIP en casos de muerte es el reconocimiento externo del cadáver²⁵⁶. En el caso de la muerte de Andrea S., esta diligencia fue practicada por Ángela S., funcionaria del departamento de Medicina Legal de la Policía Judicial, quien en su testimonio en audiencia de juicio sostuvo que se trataba de una persona de sexo femenino de 36 años.

En lo principal, indicó equimosis en los pliegues de los codos tanto derecho como izquierdo y herida punzante puntiforme en la muñeca izquierda. En el análisis interno, estableció que en la cavidad craneal a nivel de cuero cabelludo se observaban hemorragias puntiformes múltiples; congestión de cerebro; secreción espumosa en la tráquea; pulmones aumentados de tamaño, congestivos y con abundante sangre espumosa; fracturas en varias costillas; corazón congestionado “emblandecido con marcas petequiales de Tardieu”; glotis congestiva y edematosa. Concluyó que la *causa de muerte*: “es por edema agudo de pulmón sin poder determinar una causa específica”. Finalmente, mencionó que se realizaron tomas de muestras de sangre y muestras de los órganos como el corazón, el cerebro, la glotis, pulmón, bazo e hígado para realización de exámenes histopatológicos y toxicológicos.

Reconocimiento de indicios y documentología

El perito Jorge F. realizó el reconocimiento de indicios de un recipiente de vidrio y de un sachet, presuntamente del envase de la adrenalina racémica suministrada a Andrea S. Adicionalmente, se llevó a cabo la pericia documentológica de historia clínica y del recetario médico.

En cuanto al recetario, se determinó que el documento No. 309318 se encontraba suscrito por la Dra. Beatriz M. y que en la sección del texto en que constaba: “prescripciones, usar genéricos”, se ubica el texto: “alergología, adrenalina racémica, un sachet, cuatro aplicar”²⁵⁷.

²⁵⁶ *Ibíd.*, ver numeral 2 de la norma.

²⁵⁷ Mediante *Acuerdo Ministerial 138 del Ministerio de Salud Pública*, publicado en el *Registro Oficial* No. 316 (15 de abril de 2008), se resuelve aprobar los formularios básicos actualizados de la historia clínica única de acuerdo a la numeración y nomenclatura establecida. En el art. 2 y con numeración de historia clínica “022” consta “ADMINISTRACIÓN DE MEDICAMENTOS”.

En cuanto a la historia clínica, se determina en la pericia que esta tenía una alteración, pues una palabra había sido tachada —palabra que no se pudo determinar en la pericia—y sobrescrita y/o reemplazada por la palabra “diluida”, además de un repisado. A través del cotejamiento de muestras manuscritas se concluye en la pericia que los escritos pertenecían también a la Dra. Beatriz M.

2.3. Antecedentes judiciales

Como ya se dijo, el presente caso ha marcado un precedente importante en la discusión sobre la tipificación de la mala práctica profesional como delito. Este caso es atípico no solo por el criterio judicial sentado en él, sino por la extrema polémica presente al momento de determinar la conducta como dolosa, culposa o preterintencional. Lo que ha llevado a la declaración de varias nulidades y al encasillamiento de la conducta en varios tipos penales como son el homicidio simple, homicidio preterintencional por administración de sustancias y, en algún pronunciamiento judicial, por homicidio inintencional. Repasemos brevemente el antecedente judicial de la casuística en cuestión.

2.3.1. Etapa intermedia

Por los hechos materia del presente caso, el 3 de diciembre de 2009, la Jueza Décima de Garantías Penales de Pichincha emite su pronunciamiento de llamar a juicio a Beatriz M. y Elsa C., acogiendo el dictamen de Fiscalía, por el delito de homicidio preterintencional por administración de sustancias tipificado y sancionado en los arts. 456 y 457 del Código Penal²⁵⁸, vigente a la fecha de los hechos²⁵⁹.

Esta decisión es apelada por parte de la acusación particular y las procesadas. La Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, a través de auto de 16 de marzo de 2010²⁶⁰, acoge el recurso planteado por las procesadas y

²⁵⁸ *Código Penal*: “art. 456.- Si las sustancias administradas voluntariamente, que pueden alterar gravemente la salud, han sido dadas sin intención de causar la muerte, pero la han producido, se reprimirá al culpado con reclusión menor de tres a seis años. art. 457.- En la infracción mencionada en el artículo anterior, se presumirá la intención de dar la muerte si el que administró las sustancias nocivas es médico, farmacéutico o químico; o si posee conocimientos en dichas profesiones, aunque no tenga los títulos o diplomas para ejercerlas”.

²⁵⁹ Ecuador, Décimo Juzgado de Garantías Penales de Pichincha, [Auto de llamamiento a juicio en contra de B. M y E.C en juicio penal por homicidio preterintencional emitido el 3 de diciembre de 2009], <<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>>

²⁶⁰ Ecuador, Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, [Auto resolutorio del recurso de nulidad y apelación del auto de llamamiento a juicio en contra de B. M, E.C

modifica la decisión del inferior, llamando a juicio a Beatriz M. y Elsa C. por el delito de homicidio inintencional, tipificado y sancionado en el art. 459 del Código Penal²⁶¹.

2.3.2. Primera instancia

Continuando con la sustanciación del proceso, el Tercer Tribunal de Garantías de Pichincha, a través de sentencia notificada el 2 de febrero de 2011, condena a las procesadas Beatriz M. y Elsa C. como autoras del delito de homicidio preterintencional tipificado y sancionado en el art. 456 del Código Penal²⁶². De esta sentencia, las partes procesales interponen recursos de nulidad y apelación. Ante esto, la Segunda Sala de la Corte Provincial de Pichincha, a través de auto de 12 de mayo de 2011, declara la nulidad de la sentencia de primera instancia por falta de motivación²⁶³.

Por la declaración de la Corte Provincial de Justicia, se realiza nuevamente la audiencia de juzgamiento, recién el 29 de abril de 2014, ante el Tribunal Quinto de Garantías Penales de Pichincha. Este órgano, a través de providencia notificada el 12 de junio de 2014, emite sentencia condenatoria en contra de las procesadas, declarándolas autoras del delito de homicidio preterintencional por administración de sustancias tipificado y sancionado en los arts. 456 y 457 del Código Penal. Se les impone la pena de tres años de reclusión y al pago de daños y perjuicios por el delito cometido.²⁶⁴

2.3.3. Segunda instancia

De la sentencia dictada por el Quinto Tribunal de Garantías, se interpone por las partes procesales recursos de nulidad y apelación de sentencia ante la Corte

y Z.M en juicio penal por homicidio preterintencional, emitido el 16 de marzo de 2010], <<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>>

²⁶¹ Ibíd., “art. 459.- Es reo de homicidio inintencional el que ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra otro”.

²⁶² Ecuador, Tercer Tribunal Penal de Garantías Penales de Pichincha, [Sentencia condenatoria en contra de B. M. y E.C. en juicio penal por homicidio preterintencional, emitida el 2 de febrero de 2011], <<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>>.

²⁶³ Ecuador, Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, [Auto de nulidad de la sentencia de primera instancia en contra de B. M, E.C y Z.M en juicio penal por homicidio preterintencional, emitido el 12 de mayo de 2011], <<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>>.

²⁶⁴ Ecuador, Quinto Tribunal Penal de Garantías Penales de Pichincha, [Sentencia condenatoria en contra de B. M. y E.C. en juicio penal por homicidio preterintencional, emitida el 12 de junio de 2014], <<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>>.

Provincial de Pichincha. Mediante sentencia de 4 de agosto de 2014, la Sala Especializada de lo Penal desecha los recursos planteados por las procesadas y acoge el recurso planteado por la acusación particular. Por lo que modifica la sentencia recurrida y declara a las procesadas autoras del delito tipificado y sancionado en el art. 449 del Código Penal, esto es homicidio simple, y se les impone la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria sin atenuantes para Beatriz M.; mientras que a Elsa C. se le aplica atenuante trascendental, por su colaboración en la investigación, y se le impone la pena modificada de 4 años de reclusión mayor ordinaria.²⁶⁵

De la mencionada sentencia, las partes procesales interponen recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia, la cual a través de Resolución No. 963-2015 de 29 de junio de 2015, resuelve declarar la nulidad de la sentencia de segunda instancia por falta de motivación de acuerdo con lo prescrito por el art. 76, numeral 7, letra l de la Constitución de la República.²⁶⁶

En nueva sentencia dictada por la Sala Especializada de la Corte Provincial de Justicia de 2 de septiembre de 2015, se resuelve desechar los recursos interpuestos por la procesada Beatriz M. y el acusador particular Hugo L., mientras que, acogiendo el recurso planteado por Elsa C., se ratifica la sentencia dictada por el Tribunal Quinto de Garantías Penales el 12 de junio de 2014. Se declara a las procesadas autoras del delito de homicidio preterintencional por administración de sustancias tipificado y sancionado en los arts. 456 y 457 del Código Penal. Sin embargo, en cuanto la pena, se aplica la pena contemplada en el art. 146 del COIP (homicidio culposo por mala práctica profesional), por considerarla favorable, y se impone la pena de cuatro años de privación de libertad a Beatriz M.; en tanto que a Elsa C. se le impone 4 meses de privación de libertad por aplicación de atenuante trascendental.²⁶⁷

²⁶⁵ Ecuador, Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, [Sentencia de segunda instancia en contra de B. M, E.C y Z.M en juicio penal por homicidio simple, emitido el 4 de agosto de 2014, por los jueces provinciales: Marco Maldonado (p), Eduardo Ochoa y Narcisca Pacheco], <<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>>.

²⁶⁶ Ecuador, Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, [Auto de nulidad de la sentencia de segunda instancia, emitido a través de Resolución No. 963-2015, en contra de B. M, E.C y Z.M en juicio penal por homicidio preterintencional, emitido el 29 de junio de 2015, por los conjuces nacionales: Zulema Pachacama (p), Ivan Saquicela y la Jueza Nacional Silvia Sánchez], <http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_penal/2015/RESOL%200963-2015-JUICIO%20NO.%201625-2014-HOMICIDIO.pdf>.

²⁶⁷ Ecuador, Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, [Sentencia de segunda instancia en contra de B. M, E.C y Z.M en juicio penal por homicidio preterintencional, emitida el 2 de septiembre de 2015, por los jueces provinciales: Jueza Ponente: Dra. Elsa Paulina Grijalva Chacón

2.3.4. Casación

De la sentencia dictada el 2 de septiembre de 2015, las partes procesales interponen recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia. A través de resolución de 13 de enero de 2016, la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional, con voto de mayoría de los señores Conjuces Nacionales —Dres. Oscar René Enríquez Villarreal y Rómulo Velasteguí Enríquez²⁶⁸—, rechazan los recursos interpuestos por las procesadas y la acusación particular y se casa de oficio la sentencia impugnada. Se las declara autoras del delito de homicidio preterintencional por administración de sustancias tipificado y sancionado en los arts. 456 y 457 del Código Penal, y se les impone la pena de tres años de reclusión, pero a Elsa C. se le impone un año de prisión correccional por aplicación de atenuante trascendental.

2.4. Análisis probatorio a la luz del art. 146 del COIP y de la apreciación judicial en el caso concreto

De la observación del acervo probatorio y de los antecedentes judiciales, se determina la complejidad del presente caso en cuanto a la falta de concierto judicial respecto a la existencia de dolo o culpa por parte del personal médico, al momento de administrar por la vía equivocada el medicamento —adrenalina racémica— a la paciente Andrea S., lo que provocó su muerte por un edema pulmonar.

El planteamiento del problema, por tanto, se sostiene a través de dos interrogantes para el análisis del presente caso: la primera, *¿la prueba practicada demuestra que existió dolo o culpa por parte de la médica residente Dra. Beatriz M. y la enfermera Lic. Elsa C.?*; y, en caso de determinarse culpa, *¿los elementos se ajustan a la violación del deber objetivo de cuidado que prevé el art. 146 del COIP?* Este último análisis se realizará simplemente con fines académicos, pues si bien este tipo penal no estaba vigente a la fecha de los hechos, la doctrina de concepción del

Jueces: Dra. Dilza Muñoz Moreno en reemplazo de la Dra. Mónica Bravo Pardo; y, Dr. Fabián Fabara], <<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>>.

²⁶⁸ Ecuador, Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, [Sentencia de casación, en contra de B. M, E.C y Z.M en juicio penal por homicidio preterintencional, emitida el 13 de enero de 2016, por voto de mayoría los conjuces nacionales: Dres. Oscar René Enríquez Villarreal y Rómulo Velasteguí Enríquez, existiendo salvado del Conjuez Nacional Alejandro Magno Arteaga García], <<http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/consulta-de-causas>>.

tipo objetivo del delito imprudente, como la violación al deber objetivo de cuidado, se encontraba plenamente vigente²⁶⁹.

2.4.1. ¿La prueba practicada demuestra dolo o culpa del personal médico en la administración del medicamento?

La sentencia dictada por el Quinto Tribunal de Garantías Penales consideró la configuración de un delito de homicidio preterintencional por administración de sustancias. Al respecto, es necesario precisar el alcance del delito preterintencional según la misma jurisprudencia ecuatoriana. Así, la extinta Corte Suprema de Justicia, pocos años después de la promulgación del Código Penal —que rigió desde el año 1971 hasta agosto de 2014—, se ha pronunciado sobre el alcance de la preterintencionalidad. El órgano máximo de justicia sostuvo que: “para la existencia del delito preterintencional se requiere: a) que la intención del agente se dirija a causar lesiones que como consecuencia de ellas resultó muerta; b) que no hay querido ese resultado; y c) que tampoco hubiera podido preverla —*praevitudine potiu*—[...]”²⁷⁰. Así, también el fallo dictado por la Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia consagra criterios semejantes:

Los delitos preterintencionales a los cuales se refiere el Tribunal juzgador son figuras delictivas complejas en las cuales dos hechos: dolosos el uno y culposo el otro, se funden. El resultado externo que se imputa no es un resultado cualquiera, ese resultado que no debía razonablemente producirse, sin embargo, se produce y debe cargarse en la cuenta del valor del hecho doloso, cuando se pruebe, además de la vinculación causal objetiva, cierta referencia objetiva culposa²⁷¹.

En la preterintencionalidad, por tanto, existe una mixtura en la modalidad del tipo subjetivo: así las lesiones son causadas con dolo²⁷² y el resultado de muerte con culpa, por falta de previsión subjetiva en dicha consecuencia fatalista, aun cuando la misma sí era objetivamente previsible. En las palabras de Mir Puig: “la preterintencionalidad se da cuando el autor quiere realizar un tipo doloso de distinta

²⁶⁹ Donna, *El delito imprudente*, 59-60. Se tienen registros de que los tratadistas alemanes empezaron a concebir el delito imprudente como la violación del deber objetivo de cuidado a partir del Proyecto de Código Alemán de 1913, y la aparición de los precursores de la concepción individualizadora como Karl Bandung (1919), Karl Engisch (1930), Horst Chorder (1957), entre otros.

²⁷⁰ Ecuador. Corte Suprema de Justicia, [Sentencia condenatoria en contra L.D, en juicio por lesiones y muerte], en *Gaceta Judicial*, año LXXVI, serie XII, 11, pg. 2282, 8 de marzo de 1976.

²⁷¹ Ecuador. Corte Suprema de Justicia, [Sentencia condenatoria en contra M.V por delito de homicidio simple], en *Gaceta Judicial*, año XCV, serie XVI, 2, pg. 286, 28 de febrero de 1994.

²⁷² COIP, art. 26: “Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño”.

significación penal al que resulta (*praeter intentionem* =más allá de la intención), Ejemplo: A quería solo causarle unas lesiones a B, pero produce su muerte”.²⁷³

En el presente caso, tanto el Tribunal *a quo*, como el *ad quem*, concuerdan en establecer que la prueba demuestra que existió un delito de homicidio preterintencional por administración de sustancias tipificado y sancionado en el art. 456 del hoy derogado Código Penal.

Así, el Tribunal Quinto de Garantías Penales en su fallo considera que, de acuerdo con los testimonios —del perito de auditoria médica sobre la historia clínica, de la farmacéutica, del perito que analizó la información constante en el recetario médico y de las propias procesadas—, es un hecho que la médica de turno y la enfermera administraron adrenalina racémica, cuando se prescribió, por parte de la médica tratante adrenalina diluida. Además, lo hicieron a través de la vía equivocada, como es de forma intravenosa, cuando la indicación para este tipo de medicamento es vía inhalatoria. También se establece que las procesadas tuvieron tiempo de revisar, analizar y conocer el tipo de medicamento que se estaba suministrando, pues incluso se llegó a suscitar una discusión entre ellas sobre la administración de dicha sustancia.

De igual manera, el juzgador da por probado el nexo causal entre la administración de la adrenalina racémica y la muerte de Andrea S. por edema pulmonar agudo con base en los testimonios de las sindicadas y del acusador particular, cónyuge de la víctima, quien luego de la administración de la sustancia presencié el inicio de los síntomas de agonía de su esposa. Adicionalmente, se consideraron los testimonios técnicos de peritos y personal médico que intervinieron en el juicio y dieron explicación al juzgador sobre los efectos de aplicar vía intravenosa adrenalina racémica: la muerte del paciente por paro cardiorrespiratorio, debido a la concentración y composición del medicamento, lo cual coincide con la causa de muerte determinada en la diligencia de autopsia.

Con dichos elementos para el tribunal *a quo* es indiscutible que las procesadas tuvieron la voluntad de administrar dicha sustancia, pero no de causar la muerte. Un fragmento del fallo reza:

Desde luego, el resultado de muerte señalado, rebasa la intención inicial de las dos acusadas, que como se reitera tiene como límite la decisión y voluntad de administrar la sustancia (adrenalina racémica) pero no de llegar a causar la muerte de la paciente, lo que, aunque no hubiera podido preverse, si podía evitarse; de ahí que

²⁷³ Santiago Mir Puig, *Derecho penal parte general*, 302.

precisamente se trate de un delito preterintencional, pues al dolo inicial ha sucedido una responsabilidad culposa [...].²⁷⁴

Más adelante se establece que el dolo inicial precisamente se halla en la administración voluntaria de la sustancia que llevó a un resultado evitable como es la muerte de Andrea S.; nuevamente al analizar la culpabilidad se establece:

En concordancia, el Tribunal bajo el criterio antes desplegado del dominio inicial del hecho, trasladado a la decisión voluntaria de administración de la sustancia y, en la no evitabilidad, más allá de su intención, del resultado típico, encuentra que las acusadas Beatriz M. y Elsa C., ocasionaron la vulneración de las barreras de protección del bien jurídico tutelado, al delito que se juzga, el derecho a la vida, el cual fue conculcado con la muerte de la víctima [...].²⁷⁵

De la jurisprudencia citada y de la lectura de los hechos, es cierto que el delito preterintencional se compone de un tipo subjetivo mixto de dolo en la acción y culpa en el resultado. Por esta razón, es un problema de prueba²⁷⁶, para el órgano acusador, garantizar la certeza del juzgador en la existencia de ambos tipos de proceder en el *animus laedendi* del autor en un inicio y en el descarte del *animus necandi* en el resultado.

En la sentencia de primera instancia existen graves errores en cuanto a la apreciación de la prueba. De las citas extraídas del fallo, se desprende que no existe el más mínimo análisis de cómo las pruebas practicadas en juicio demuestran la existencia del dolo inicial; es decir, de acuerdo con los términos del actual COIP, del designio de causar daño o en los términos de Roxin, el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo de lesiones. En este sentido, correspondía al juzgador en su sentencia argumentar cómo la acción de las sindicadas buscó de manera voluntaria y consciente administrar una sustancia con la finalidad inequívoca de causar daño en el paciente y que, incluso sin prever la muerte pudiendo hacerlo, se la causó finalmente.

En el fallo cuestionado, si bien se argumenta cómo la prueba demuestra que la administración fue voluntaria —“la intención inicial de las dos acusadas, que como

²⁷⁴ Ecuador, Quinto Tribunal Penal de Garantías Penales de Pichincha, [Sentencia condenatoria en contra de B. M. y E.C. en juicio penal por homicidio preterintencional, emitida el 12 de junio de 2014], considerando IV “VALORACION JURÍDICA DE LAS PRUEBAS Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL”.

²⁷⁵ *Ibíd.*

²⁷⁶ Alfonso Reyes Echandía, “El homicidio preterintencional en los códigos penales de España y Colombia”, en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valles*, vol. XI, No. 19 (1985): 84. “...el agente responde a dicho título, en la medida en que se demuestre que actuó dolosamente respecto del primer resultado antijurídico querido y culposamente en relación con el segundo no querido pero previsible”.

se reitera tiene como límite la decisión y voluntad de administrar la sustancia (adrenalina racémica) pero no de llegar a causar la muerte de la paciente”; “del dominio inicial del hecho, trasladado a la decisión voluntaria de administración de la sustancia y, en la no evitabilidad, más allá de su intención”—, en lo absoluto se realiza una tarea de subsunción de los hechos a los elementos objetivos del tipo penal acusado, como es la intención dañosa de administrar una sustancia nociva para el cuerpo, con la sola finalidad de causar un daño en la humanidad de la paciente.

En este punto, es imprescindible regresar a la concepción finalista del delito, concebida por el pensamiento welzeliano, como mecanismo de superación de la mera causalidad de la acción. Es decir, no basta probar que existió una administración voluntaria de una sustancia que causó la muerte, sino que además esa administración voluntaria buscó la provocación de un daño de lesión. Esto generalmente se prueba a través de la determinación de un móvil —¿cuál fue la razón para que la médica y enfermera busquen dañar a su paciente?—, el cual expresamente quedó descartado en el presente juicio.

Igual yerro existe en la sentencia de segunda instancia, dictada por la Sala Especializada de la Corte Provincial de Justicia el 4 de agosto de 2014. No está por demás mencionar que esta sentencia es uno de los fallos menos técnicos que el autor de este trabajo haya observado en la jurisprudencia nacional, pues se confunden de manera absoluta los conceptos de dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual incluso asimilándolos de manera escandalosa a la culpa. Veamos lo principal, porque analizar todos los errores de la sentencia tomaría una extensión no disponible. La sentencia sostiene:

[...] la doctora M. y la Lcda. C., no contaron con que el resultado final sea la muerte de Andrea S., actuaron negligentemente, peligrosamente, la primera confió en la no realización del tipo, es decir no previeron el deceso de Andrea S., confiaron en la sobrevaloración de su capacidad, Beatriz M. creyó en su capacidad como médica para dominar la situación, en un desenlace positivo cual era que la señora Andrea S. se restablezca, que se interrumpa un posible shock anafiláctico, el dolo eventual cuenta con un resultado, en este caso saber que al administrarle la medicina a Andrea S. esta iba a morir, conformarse con ello, la médica y la enfermera no contaron con la posibilidad de un resultado típico y antijurídico, razón por la cual no puede castigarse de igual manera la actitud dolosa de la actitud negligente, peligrosa como en el caso que nos ocupa [...].²⁷⁷

²⁷⁷ Ecuador, Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, [Sentencia de segunda instancia en contra de B. M, E.C y Z.M en juicio penal por homicidio preterintencional, emitida el 2 de septiembre de 2015, considerando “SÉPTIMO.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE ALZADA RESPECTO DEL RECURSO DE APELACIÓN”].

Este pequeño fragmento denota que, para el Tribunal de alzada, la prueba practicada denota falta de dolo eventual por la no previsión del resultado final, sino que se ha acreditado la existencia de un actuar negligente, peligroso. Más adelante se señala que no se ha probado que las procesadas querían algún resultado dañoso. La sentencia en su parte conclusiva considera que existe responsabilidad culposa por violación del deber objetivo de cuidado; se establece:

En el presente caso, las procesadas han manifestado una conducta culposa, porque el resultado fue haber infringido el deber objetivo de cuidado, que ellas debieron preverlo, o habiéndolo previsto confiaron en poder evitarlo, en este caso tenemos como elemento esencial la previsibilidad, la imprudencia de los sujetos activos culposos, la falta de cuidado objetivo, la previsión que debieron tener tanto médica como enfermera han hecho que su conducta fuera imprudente, por lo que la misma debe ser sancionada por el daño producido.²⁷⁸

De forma inexplicable y por demás sorprendente, el Tribunal *ad quem*, en su fallo luego de una extensa argumentación de cómo la prueba ha demostrado el actuar culposo, imprudente, negligente, peligroso y violatorio del deber objetivo de cuidado, resuelve precisamente lo contrario, pues declara la existencia de un tipo penal de carácter preterintencional; observemos:

Es de indicar que el art. 457 del Código Penal, de ninguna manera nos lleva a la conclusión de la existencia de dolo, el presumir la intención no significa que las procesadas actuaron con dolo, cuando ya se ha analizado pormenorizadamente que las procesadas incumplieron con el deber objetivo de cuidado, generando por su culpa, por su imprudencia, al no prever el resultado letal cual era la muerte de su paciente la señora Andrea S., a nuestro entender este artículo especifica de mejor manera el acto cometido por las profesionales de la salud, esto es el homicidio preterintencional por suministro de sustancias.²⁷⁹

La conclusión es sentenciar por el art. 456 y 457 del Código Penal que, como se observó, se compone en el inicio del *iter criminis* por un tipo subjetivo doloso, en lo que respecta a las lesiones inferidas. Este es un ejemplo preciso de cómo la argumentación y las premisas fácticas del fallo (delito culposo) no se ajustan a la conclusión (delito doloso en su inicio), incumpliendo con el requisito de lógica exigido en las resoluciones jurisdiccionales para calificarlas de motivadas conforme lo establecido en el art. 76, numeral 7, letra l de la Constitución de la República²⁸⁰ y los pronunciamientos de la Corte Constitucional²⁸¹.

²⁷⁸ *Ibíd.*

²⁷⁹ *Ibíd.*

²⁸⁰ *Constitución de la República del Ecuador del Ecuador*: “art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá

Adicionalmente, para establecer la sanción, el tribunal argumenta que la conducta mantiene su tipificación en el art. 146 del actual COIP, el cual consagra el homicidio *culposo* por mala práctica profesional, asimilando la *preterintención* (dolo inicial) establecida en los arts. 456 y 457 del Código Penal como equivalente de la *culpa* consagrada en el tipo del art. 146 del COIP, lo cual deriva en una aberración jurídica inaceptable en jueces que administran justicia en segundo nivel.

Por último, en lo que respecta al fallo de casación emitido el 13 de enero de 2016, conforme los antecedentes judiciales enunciados con anterioridad, casa de oficio la sentencia de la Corte Provincial, pero se mantiene la tipificación penal, determinada en las dos sentencias de instancia. Si bien en esta fase procesal extraordinaria no es posible el análisis probatorio, sí es necesario verificar las razones por las cuales el máximo órgano de justicia mantiene la calificación jurídica, otorgada en las dos instancias. Después de resolver los cargos de los recurrentes como indebida aplicación de los arts. 456 y 457, falta de motivación, prescripción de la acción, entre otros, se pasa a analizar el tipo subjetivo en virtud de la prueba practicada.

La Corte de casación, al analizar el cargo planteado por la defensa sobre la indebida aplicación de los arts. 456 y 457 del Código Penal y solicitar la aplicación del art. 459 que consagra el homicidio inintencional, sostiene que la Dra. Beatriz M., médica a cargo de la paciente, poseía conocimientos de farmacología, por lo que estaba obligada a conocer que el suministro de adrenalina racémica es únicamente a través de nebulizaciones. A pesar de ello, ordenó que se lo hiciera a través de vía intravenosa incluso interpellando a la oponente enfermera, por lo que su actuar es doloso. En lo que respecta a Elsa C., el haber advertido el peligro de la vía de suministro de la adrenalina racémica —e incluso haber replicado a la médica

motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

²⁸¹ Corte Constitucional en sentencia No. 142-14-SEP-CC de 1 de octubre de 2014, en la cual se expresa: “En esta marco se evidencia dentro de la sentencia impugnada la inexistencia de un análisis de la premisas mayores y menores para llegar a una conclusión fundada en derecho que resuelva las pretensiones de los recurrentes en tal virtud, esta Corte concluye que se inobservaron los parámetros de coherencia que debían ser considerados para que se cumpla con el requisito de lógica y por tanto, para que se encuentre debidamente motivado el fallo [...]”.

presente en la escena—, pero haber procedido a ejecutar una orden ilegítima, convierte su conducta en dolosa.

El tribunal de casación yerra en valorar en su sentencia, hechos y pronunciarse sobre valoración probatoria que no consta en la sentencia de segunda instancia, so pretexto de su argumentar que tiene el deber “de fiscalizar cuanto exista grave error de apreciación y valoración de la prueba”²⁸². Considera como probado que la Lic. Elsa C. advirtió el peligro de suministrar vía intravenosa adrenalina racémica y la Dra. Beatriz M., de igual manera, advirtió las consecuencias de este proceder, aun cuando el tribunal de instancia en su valoración probatoria consideró, por el contrario, que no existió dicha previsibilidad, eso sí, debiendo existir. Por lo que evidentemente se vuelve a valorar la prueba, con un modo y sentidos absolutamente distintos con respecto al tribunal *ad quem*.

Nuevamente, la previsibilidad y la evitabilidad del hecho —recordemos— son criterios de determinación del deber objetivo de cuidado²⁸³ que corresponden al tipo objetivo del delito imprudente; lo cual no implica necesariamente que la previsibilidad objetiva del hecho implique dolo. Es evidente que tampoco el tribunal de casación justifica la presencia de dolo en las procesadas como intención de causar un daño, tampoco se precisa porque existe dolo *laedendi* del autor en un inicio y en el descarte del *animus necandi* en el resultado. Es decir, las sindicadas buscaron deliberadamente el daño de lesión mas no la muerte, lo que permitió aplicar sin lugar a dudas el art. 456 y 457 del Código Penal, como efectivamente se hizo.

Finalmente, es necesario observar que en las tres sentencias analizadas se declara la culpabilidad de las procesadas como autoras del delito tipificado en los arts. 456 y 457 del Código Penal. No obstante, se aplica únicamente el primero de los artículos, inobservando la presunción de derecho de intención de ocasionar la muerte consagrada en el art. 457 y la configuración de un *paratipo penal* de homicidio simple, cuando aquel que administre la sustancia sea médico, farmacéutico o químico.²⁸⁴

²⁸² COIP, art. 656, inciso segundo: “No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba”.

²⁸³ Véase, el art. 146, numeral 4 del COIP.

²⁸⁴ Código Penal, art. 457: “En la infracción mencionada en el artículo anterior, se presumirá la intención de dar la muerte si el que administró las sustancias nocivas es médico, farmacéutico o químico; o si posee conocimientos en dichas profesiones, aunque no tenga los títulos o diplomas para ejercerlas”.

2.4.2. ¿Las conductas procesadas se subsumen al art. 146 del COIP?

El artículo 146 del COIP determina lo siguiente: “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”.

Del análisis de la prueba, es innegable que el 30 de mayo de 2009, en el Hospital de las Fuerzas Armadas, la paciente Andrea S. — que se encontraba bajo el cuidado de la Dra. Beatriz M. en calidad de médica de turno— presenta ansiedad y dificultad respiratoria ante una reacción negativa a la comida servida a la paciente, por su alergia. Luego de consultar a la médica tratante —que se encontraba fuera del hospital—, quien le indica telefónicamente que únicamente en caso de presentar shock anafiláctico, suministre adrenalina intravenosa en 0.33 cc diluido en 10 cc de solución salina, Beatriz M. solicita a través de receta médica adrenalina racémica. La prescripción para este componente para administración indicada por la *lex artis*, y por el propio sachet, es únicamente a través de vía inhalatoria; además, su concentración y composición difiere de manera sustancial con la adrenalina diluida intravenosa.

Cabe remarcar, adicionalmente, que de acuerdo con el testimonio de la farmacéutica también solicitó epinefrina e hidrocortisona para uso intravenoso. A pesar de estas indicaciones, Beatriz M. dio la orden a Elsa C. de que administrara la medicina (adrenalina racémica) por vía intravenosa. Esto produjo varios síntomas en la paciente: contracción en las manos; se le han puesto morados los labios, la frente y mejillas; presencia de sangre en los ojos; retorcimiento de la lengua y ubicación de esta hacia atrás; finalmente, todo llevó a la muerte.

Por tanto, los presupuestos objetivos consagrados por el art. 146 se encuentran justificados en la presente conducta. Esto se debe a que, por una parte, la autopsia demostró que la causa de muerte fue “edema pulmonar agudo”, que de acuerdo con el criterio de los médicos y peritos que rindieron testimonio en juicio, es uno de los efectos directos de administrar adrenalina racémica de forma intravenosa. Por consiguiente, se establece el nexo causal entre la acción del personal médico y el resultado de muerte —eso sí, demostrando la falta de diligencia del Fiscal a cargo de la investigación, al no disponer exámenes histopatológicos y toxicológicos que acrediten la causa específica de muerte—. Además, por el otro lado, tanto la médica

de turno como la enfermera se encontraban en ejercicio de su profesión, pues el hecho se comete mientras ejercían una actividad de carácter médico y ambas se encuentran tituladas para ello, por lo que evidentemente se trata de un caso de lo que universalmente se conoce como mala práctica profesional²⁸⁵.

En cuanto a la violación del deber objetivo de cuidado que sustenta la configuración de un homicidio culposo por mala práctica profesional médica —como se ha analizado *in extenso* en el presente trabajo— se analizará cada uno de criterios de determinación, establecidos en la norma.

a) La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado

En el capítulo uno se estableció que la imputación del resultado a la acción debe ser realizada de manera objetiva y no meramente causal, para lo cual se utilizó íntegramente el modelo del *riesgo permitido* de Roxin. En este sentido, si bien se determinó que el proceder de la médica y enfermera provocó *causalmente* la muerte de la paciente, es necesario realizar un juicio de verificación, sobre si dicho resultado es *objetivamente* imputable al personal médico.

La conducta de la médica tratante y de la enfermera no solo no disminuyó el riesgo en la salud de la paciente, sino que *aumentó deliberada e innecesariamente el riesgo permitido y creó un peligro relevante e inminente* para el bien jurídico protegido de su vida. Esto se debe a que la paciente no se encontraba en situación de alto riesgo, sino, por el contrario, únicamente presentó complicaciones respiratorias leves, por lo cual se indicó la administración de adrenalina vía intravenosa *únicamente* en caso de shock anafiláctico, el cual no se determinó del acervo probatorio.

El suministro de adrenalina dadas las circunstancias no era imperioso ni imprescindible, pues la indicación fue únicamente suministrar oxígeno e hidratación en las condiciones actuales de la paciente. Esta inobservancia en primer lugar de suministrar el medicamento, aun cuando la situación no lo ameritaba, y en segundo,

²⁸⁵ Legal Publishing, *Tratado de Cuantificación del Daño, Responsabilidad Médica, t. II: Lesiones*, 30. En este sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Chile, Rol No. 6585-2006, dentro del recurso de casación en el fondo, dentro del caso L.R con J.S. consta: “la doctrina ha desarrollado requisitos copulativos para que haya responsabilidad: a) que el autor sea médico y que su actuar sea en el ejercicio de su profesión, b) que la acción del médico produzca mal en el paciente, c) que el médico actúe con negligencia culpable, d) que exista relación de causalidad entre el acto culposo y el daño recurrente”.

el error en la vía de suministro, provocaron que el resultado sea objetivamente imputable a la conducta de las sindicadas.

De igual manera, *el resultado se encuentra cubierto por el fin de protección de la norma*; es decir, si la *lex artis* prescribe en este caso que la adrenalina racémica sea suministrada vía inhalatoria es precisamente para prevenir un paro cardiorrespiratorio; lo que, de acuerdo con la ciencia médica, es de alta probabilidad en caso de suministro por vía intravenosa por la distinción en concentración y suministro.

El siguiente criterio planteado por Roxin para la configuración de la imputación objetiva del resultado es la existencia de una *conducta alternativa conforme a derecho que haya impedido el resultado*. Precisamente, la conducta exigida al personal médico fue la de no suministrar adrenalina a menos que se diera la presencia de shock anafiláctico y, en caso de hacerlo, suministrar adrenalina diluida de manera intravenosa; por lo que queda demostrado que la conducta alternativa conforme a derecho hubiese evitado el resultado final de la muerte de la paciente.

b) La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión

Como se estudió en su momento, la *lex artis* determina que los médicos deben actuar conforme a las técnicas, a los procedimientos y a las prácticas correctas que aconseja la ciencia que ellos profesan²⁸⁶. No obstante, se ha dicho que la infracción de la *lex artis* no establece de manera indefectible la violación del deber objetivo de cuidado, sino que deberá demostrarse que el daño pudo haberse evitado empleando las normas de cuidado exigidas en la práctica galénica. En el presente caso, el resultado dañoso se produce por el error vencible del personal sanitario en la vía de administración de la medicina.

Esta equivocación resulta determinada en virtud de lo que la ciencia del arte médico ha establecido, en cuanto al *modus* de administración de la adrenalina racémica, y lo cual se obtiene del testimonio de la médica tratante y especialista en alergología la Dra. Zoila M., así como el perito de auditoría médica Carlos P. Este

²⁸⁶ *Ibíd.*, 337. En este sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Chile, Rol No. 4811-2009, dentro del recurso de casación en el fondo, dentro del caso C.E con Servicio de salud Concepción. “la *lex artis* es un presupuesto de la responsabilidad médica que debe ser acreditada en el juicio. En este sentido los médicos deben actuar conforme a las técnicas, a los procedimientos y las prácticas correctas que aconseja la ciencia que ellos profesan”.

último realizó la auditoria médica sobre la historia clínica y es enfático en explicar que uno de los efectos de la administración de adrenalina racémica vía intravenosa es paro cardiorrespiratorio por la diferencia de consistencia y concentración. Adicionalmente, el médico de cuidados intensivos, Ramiro P., ratifica dicha información.

Al consultar fuentes oficiales sobre la administración de adrenalina, se establece criterios como el siguiente:

Por vía intramuscular en la cara externa del muslo. La absorción por vía subcutánea es lenta alcanzando el máximo efecto a los 30 minutos. Con la administración intramuscular se alcanza el efecto máximo entre los 5 y 10 minutos. Se aconseja que la inyección sea en la cara externa del muslo, en el vasto lateral. La vía intravenosa solo debe ser administrada con monitorización, preferentemente en una Unidad de Cuidados Intensivos por el riesgo de desencadenar una arritmia ventricular²⁸⁷.

El vademécum médico sobre la administración de la adrenalina por nebulización y en caso de shock anafiláctico establece lo siguiente²⁸⁸:

BRONCODILATACION NEBULIZACION	REACCIÓN ANAFILÁCTICA, BRONCODILATACIÓN (ADMINISTRACIÓN INTRAVENOSA)
Adultos y niños > 4 años: mezclar 0,5 ml de adrenalina racémica con 3 ml de suero fisiológico, administrar 15 min /3-4 h. No hay evidencia de la utilidad de su uso sistemático tras la entubación en recién nacidos.	Adultos: 0,1-0,25 mg (1-2,5 ml de solución 1: 10,000) lentamente. Niños: 0,05 mg; puede repetirse cada 20-30 min hasta controlar la crisis. Lactantes y neonatos: 0,01 mg/kg. Si el paciente está intubado, puede administrarse la misma dosis a través del tubo endotraqueal directamente.

Por tanto, se determina que la *lex artis* establece que para el caso de que se busque la broncodilatación por complicaciones respiratorias se lo debe hacer a través de adrenalina racémica y a través de nebulización, mientras que en caso de shock anafiláctico se lo debe hacer a través de vía intravenosa, con adrenalina en solución.

²⁸⁷ Agurtzane Bilbao Aburto, “Tratamiento General de la Anafilaxia en atención primaria, medidas y planes”, (ponencia, XXV Jornada de pediatría en atención primaria, Donostia, 9 de octubre de 2008), <<http://www.avpap.org/documentos/gipuzkoa2008/anafilaxia.htm>>.

²⁸⁸ J.C Luis Navarro, “Adrenalina (epinefrina)”, *Emergencias y catástrofes, Facultad Especialista de Servicio de Anestesiología y Reanimación. Hospital Universitario Virgen del Rocío. Sevilla*, Vol. 1, No.4 (2000), <<http://www.medynet.com/usuarios/jraguilar/Adrenalina.pdf>>.

En el presente caso, esto fue inobservado de manera deliberada por el personal médico que trató a la paciente hoy occisa.

c) El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas

Ya se ha mencionado que el criterio objetivo del deber de cuidado establece una comparación entre la conducta de los galenos a quienes se les atribuye un daño penalmente relevante, con aquella que un médico o personal auxiliar *prudente* y *diligente* hubiese observado. Esto se hace para determinar si existe correspondencia o no entre las mismas. La jurisprudencia comparada, en la cual se viene usando la violación del deber objetivo de cuidado como fundamento del delito imprudente, establece que dicho deber se encuentra definido por omisión por parte de quien actúa, en la observancia de actuaciones que se deben respetar según la disposición, especialización y medios disponibles, ante lo cual se debe demostrar que el respeto a la diligencia debida y omitida habría evitado el resultado acontecido²⁸⁹.

En el presente caso, la violación del deber objetivo de cuidado se centra en la inobservancia de la prescripción de la médica tratante de administrar adrenalina únicamente en caso de shock anafiláctico de la paciente —cuya presencia no fue demostrada en juicio—. En segundo lugar, tampoco acató la prescripción de la médica tratante de que en dicho presupuesto se aplique adrenalina diluida y no racémica; y, finalmente, no actúa bajo los parámetros de la *lex artis*, al aplicar adrenalina racémica vía intravenosa, lo cual se encuentra contraindicado por la ciencia y la experiencia médica.

Dicha acción produjo de manera causal la muerte de Andrea S. por edema pulmonar agudo, también previsto por la medicina como consecuencia en casos concretos de yerro en la vía de administración de la adrenalina. Sin que sea imputable causa ajena, independiente o conexas, a la violación del deber objetivo de cuidado, pues ha quedado demostrado en el juicio que esta acción se produjo por la inobservancia de deberes y cuidados exigidos al personal médico en la administración de sustancias riesgosas para el cuerpo humano.

²⁸⁹ Legal Publishing, *Tratado de Cuantificación del Daño, Responsabilidad Médica, t. II: Lesiones*, 358-359. En este sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Chile, Rol No. 188-2007, dentro del recurso de apelación, dentro del caso A.U con M.M.

d) Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

Sobre la *diligencia empleada*, se demostró en el juicio que la situación de la paciente era de riesgo leve, lo cual evidentemente proporcionó un rango de tiempo a la Dra. Beatriz M. y Lic. Elsa C. para revisar el medicamento despachado por la farmacia del hospital militar y analizar sus indicaciones y contraindicaciones. Sin embargo, no existe prueba alguna de que esto haya ocurrido: ni del testimonio del acusador particular ni tampoco de lo dicho por las procesadas, se determina que la médica de turno haya verificado el medicamento, ni observó las contraindicaciones básicas presentes en el sachet. De igual manera, la Lic. Elsa C., pese a que sostuvo en el juicio que replicó a la médica que no era la vía correcta de administración de la adrenalina racémica (de lo cual no existe otra prueba que su solo testimonio), tampoco acreditó la realización de diligencia alguna para evitar el resultado fatal cuya acción material llevó a cabo ella mismo, cuando suministró a la vena el medicamento equivocado.

En cuanto al *grado de formación profesional* se ha determinado en el juicio que la Dra. Beatriz M. era una profesional de la medicina cursando la residencia en el área de dermatología y, por su parte, la Lic. Elsa C. era enfermera con muchos años de experiencia. Si bien la especialización de la médica residente no era la de alergología, las contraindicaciones eran tan básicas que se encontraban en el sachet del medicamento, lo que definitivamente obligaba a que advirtieran el peligro de administrar la adrenalina racémica por otro medio que no fuera de forma inhalatoria.

Sobre la *previsibilidad* del hecho, es necesario observar que esta debe ser medida de forma objetiva. Es decir, en el caso de Elsa C.—como se determinó en el juicio por su propio testimonio y del acusador particular—, si bien advirtió el peligro de administrar ese tipo de medicamento vía intravenosa no previó un resultado de muerte, que alcance la presencia de dolo —u omisión dolosa— en su conducta. En el caso de Beatriz M., la previsibilidad debe presumirse por el grado de su formación profesional, sin necesidad de que en el juicio exista prueba relevante que demuestre que durante los hechos advirtió el peligro latente para la salud de la paciente.

Por lo tanto, el peligro sobre el bien jurídico protegido de la vida fue objetiva y subjetivamente previsible para la enfermera y en lo menos objetivamente previsible para la médica residente. En el juicio se demostró que Beatriz M. no advirtió el

peligro, aunque debía hacerlo²⁹⁰. Así se puede explicar que dejara constancia de su administración en la historia clínica, la cual en forma posterior quiso modificar (según la pericia documentológica). Esto demuestra la falta de previsibilidad subjetiva sobre el riesgo de muerte que haga presumir presencia de dolo eventual, menos aún dolo directo. Sin embargo, es necesario ratificar las enseñanzas doctrinales tratadas oportunamente en este documento, acerca de que la previsibilidad es un elemento de la imprudencia y no implica dolo, la previsibilidad consciente y subjetiva —como se ha visto— alcanzaría un rango de imprudencia temeraria y/o dolo eventual.

Por último, en lo que se refiere a la *evitabilidad* del hecho, ya se dijo que el hecho de la muerte era evitable si por parte del personal médico se hubiese observado la indicación de la médica tratante y la *lex artis*, aplicable para el suministro de adrenalina racémica. Incluso había más posibilidades de tener cuidados con la administración de las sustancias, ya que no existió una situación de riesgo para la vida de la paciente antes de la acción imprudente del personal sanitario.

2.4.3. A manera de conclusión

En el presente caso se ha determinado que tanto la Dra. Beatriz M. como la enfermera Elsa C. inobservaron el deber objetivo de cuidado al suministrar el medicamento equivocado por la vía errónea a la paciente, lo que ocasionó su muerte. Dicha omisión es objetivamente imputable a su proceder, pues ha quedado claro que se han cumplido todos los presupuestos exigidos por el art. 146 para la configuración de un homicidio culposo agravado por mala práctica profesional. Esto se debe a que además de concurrir los criterios de determinación de dicha violación, se detectan conductas innecesarias, ilegítimas y peligrosas²⁹¹ por parte de las procesadas sin que

²⁹⁰ Legal Publishing, *Tratado de Cuantificación del Daño, Responsabilidad Médica, t. I: Muerte*, 18. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Chile, Rol No. 6384-2008, dentro del recurso de casación en la forma, dentro del caso M.U con C.D, consta: “Respecto a esta última exigencia, valga destacar que la previsibilidad del resultado es una condición objetiva de la culpa, es decir, que el resultado lesivo requiere ser previsible, pero que en el caso concreto que se trate, el médico no lo previó, debiendo hacerlo. Ha dicho un autor que el verdadero elemento diferencial de los delitos culposos es la previsibilidad de que aquello que no se ha previsto. La previsibilidad, en efecto, es límite necesario y suficiente de la culpa; es el límite necesario, porque sin ella se entra en lo imprevisible, esto es, en lo fortuito; y es suficiente; porque fuera de ello se entra en lo previsto, esto es, en lo voluntario”.

²⁹¹ Ecuador, *Resolución No. 01-2014 de 24 de abril de 2014*, Pleno de la Asamblea Nacional, *Aclaratoria sobre el alcance del art. 146 del Código Integral Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 246, (15 de mayo de 2014). En esta resolución Arts. 2 y 3 se establece: “art. 2.- Se entenderá que el homicidio culposo simple por mala práctica profesional, tipificado en el inciso primero del artículo

por aquello pierda su carácter de delito imprudente, así ya se ha pronunciado la jurisprudencia comparada en casos altamente análogos²⁹².

Si bien este tipo penal no existió al tiempo de los hechos, sí existía el homicidio inintencional —art. 449 del Código Penal— el cual debió aplicarse tomando los criterios de la violación del deber objetivo de cuidado en la práctica profesional —doctrina ya aplicable y vigente para el tiempo de los hechos—²⁹³. Es muy interesante observar cómo el error en la valoración de la prueba lleva a conclusiones equivocadas, pues el dolo que dan por probado, los señores jueces, tanto en la sentencia de primera instancia como de casación, se basa en la previsibilidad del daño que se iba a causar a Andrea S. Se sostiene que la enfermera se negó en primera instancia a suministrar la medicina llegando a interpelar a la Dra. Beatriz M. quien de forma enfática insistió en su orden alegando que ella es la médica y quien da órdenes. No obstante, esto se origina únicamente en el testimonio de Elsa C., ya que el acusador particular no da fe de este hecho sino simplemente de la duda que tuvo Elsa C. al momento de administrar la sustancia, ante lo cual Beatriz M. de forma gestual asintió. Es decir, se da por probado un hecho con base en el solo testimonio de una de las procesadas, aun cuando el propio art. 143 del Código de Procedimiento Penal —aplicable a la época— establece que el testimonio del procesado es un mecanismo de defensa.

De esta manera, al cumplirse los requisitos del art. 146, demostrándose en el presente análisis que la conducta de las procesadas responde a un delito imprudente y

146 del Código Orgánico Integral Penal, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado, conforme a su inciso final; art. 3.- Se entenderá que el homicidio culposo calificado por mala práctica profesional, tipificado en el inciso tercero del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado; y, además, por la concurrencia de las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas”.

²⁹² Legal Publishing, *Tratado de Cuantificación del Daño, Responsabilidad Médica, t. I: Muerte*, 25. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Chile, Rol No. 5076-2008, dentro del recurso de casación en el fondo y en la forma, dentro del caso J.B con M.C, consta: “La actuación de la enfermera debe considerarse como constitutiva de “imprudencia temeraria”, desde que obró con culpa en la producción del resultado, no querido pero previsible, al infringirse las buenas prácticas. (...). En este caso esta evidentemente en presencia un trabajo médico de equipo, en que todos participan con sus particulares y parciales actos a la realización de fin común, [...]. Nuestra legislación y jurisprudencia han entendido que una persona con la formación y conocimiento profesional de la acusada, en la situación descrita anteriormente, ha de adoptar el cuidado elemental de verificar que medicamento a inyectar corresponda efectivamente al procedimiento establecido, por lo que la encartada omitió imprimir a su acción la dirección final de que era capaz, permitiendo así la desviación del curso causal hacia la producción de un resultado no deseado, como fue la muerte de la menor [...]”.

²⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, [Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, sentencia de 22 de noviembre de 2007]. En su voto razonado, el Juez Sergio Ramírez considera que no es indispensable incluir una figura penal específica para la mala práctica profesional, sino que es suficiente con las figuras generales culposas como el homicidio o lesiones.

no doloso, somos enfáticos en manifestar con fines absolutamente académicos que se debió sentenciar por un delito inintencional.

Conclusiones

El delito imprudente se encuentra dotado de autonomía en su estructura y composición dentro del ordenamiento jurídico, pues, a diferencia del tipo doloso, su sanción no obedece a un fundamento que radica en la finalidad del autor con respecto a la consecución del resultado dañoso, sino en el incumplimiento de un deber objetivo de cuidado, impuesto por el ordenamiento jurídico de forma *ex ante*. Por tanto, mientras el dolo es un fenómeno psicológico, la culpa es un fenómeno normativo.

La punición de la violación al deber objetivo de cuidado halla su fundamento en la vulneración de bienes jurídicos, dada por el descuido evitable de quien no ha observado una conducta cuidadosa y acorde con las normas de convivencia social y que regulan el rol específico en el tráfico en el cual se desenvuelve el agente.

Una acción imprudente pierde relevancia penal cuando no se produce un resultado lesivo a un bien jurídico protegido. Es necesaria la presencia del injusto no solo en la acción, sino en el resultado, para que se perfeccione el *iter criminis* del tipo imprudente. En este sentido, no existe la tentativa punible en los delitos culposos.

Para la determinación del deber objetivo de cuidado se toma en cuenta un baremo objetivo, a través del cual se realiza una comparación entre la conducta concreta con aquella realizada por un individuo ideal, pero dotado de prudencia y cuidado en el sector del tráfico al que pertenece el autor. Si no coinciden, la conducta configurará un tipo imprudente y será punible. En cuanto a los conocimientos especiales y capacidades individuales del autor para prever o evitar el daño al bien jurídico protegido, serán analizadas en la culpabilidad y no en el tipo.

Para que exista violación al deber objetivo de cuidado se debe acreditar el cumplimiento taxativo de los parámetros establecidos en el art. 146 del COIP. Es decir que el resultado no solo sea causalmente imputable a quien lo produjo, sino objetivamente atribuible a través de la superación de la barrera del riesgo permitido en la actividad concreta. Además, debe ser consecuencia de la violación de normas jurídicas o *lex artis*; el resultado no debe provenir de causas independientes o conexas a la violación del deber objetivo de cuidado; y finalmente el hecho debe ser objetivamente previsible y evitable.

Las capacidades individuales del autor son relevantes en el análisis de la culpabilidad a fin de determinar cuál es el deber *subjetivo* de cuidado en el hecho en concreto. Estas deben ser examinadas en torno al grado de su incidencia tanto para la determinación del conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, como para la delimitación del nivel de exigencia de una conducta alternativa a aquella que provocó el daño en el bien jurídico protegido.

La violación al deber objetivo de cuidado en la actividad médica se encuentra tipificada como delito en la legislación ecuatoriana, pues su punibilidad halla fundamento en la protección de derechos fundamentales como son la salud, la vida y la integridad personal.

Son punibles el homicidio culposo por mala práctica profesional médica y las lesiones culposas por mala práctica profesional médica. No se encuentran tipificadas el aborto culposo ni las lesiones culposas al feto, por lo que en todos los casos el sujeto pasivo de delitos de práctica médica imprudente se constituye por una persona que ha nacido con vida y que ha sido separada *funcionalmente* de su madre.

Una conducta violatoria del deber objetivo de cuidado que también es peligrosa, innecesaria e ilegítima configura un homicidio culposo calificado por mala práctica profesional médica, según lo dispuesto en el art. 146 del COIP. No obstante, de acuerdo con el análisis practicado, los tres criterios se encuentran ya incluidos en el análisis de los parámetros para la determinación de la violación al deber objetivo de cuidado del homicidio culposo simple. Esto dificulta la comprensibilidad de su alcance en cuanto a concretarlos como criterios *diferenciadores* para agravar una conducta de homicidio culposo y su sanción.

Las lesiones terapéuticas no son punibles. Si existe consentimiento del paciente, no son punibles por exclusión de tipo y, si no existe consentimiento, no son punibles por falta de antijuridicidad y presencia de estado de necesidad del médico, que provoca una lesión corporal para evitar un daño mayor en la salud en situaciones de alto riesgo y en las cuales no fue posible obtener el consentimiento.

La participación en casos de delitos culposos por mala práctica profesional se encuentra excluida expresamente por disposición legal, por lo que no tiene lugar la complicidad en este tipo de delitos. El trabajo en equipo en intervenciones médicas se basa en el principio de confianza, que consiste en la presunción de que cada participante observará de manera individual los cuidados objetivamente asignados. La jerarquía no define la responsabilidad penal. Por lo que el galeno superior

jerárquico no responde por las omisiones del personal auxiliar, con la excepción de que pueda notar y detectar la incapacidad para el trabajo sin descuidar sus tareas asignadas.

La prueba en la mala práctica profesional es fundamental a la hora de establecer la violación al deber objetivo de cuidado y en lo principal a la *lex artis*. Es unánime el criterio de considerar pruebas por excelencia de la mala práctica profesional a la historia clínica y a la pericia médica.

El médico en la gran mayoría de casos actúa siempre en búsqueda de recuperar la salud del paciente y de precautelar su vida, por lo que este propósito debe presumirse por regla general en materia penal. En consecuencia, la prueba exigida para romper el principio de inocencia del galeno debe ser contundente, precisa y abundante. En segundo grado, la culpa siempre debe ser presumida por sobre el dolo, por lo que el designio de causar daño supera totalmente el ámbito de la mala práctica profesional para caer en la criminalidad común. La prueba, en este caso, deberá acreditar de manera fehaciente la intención de buscar daño en el paciente, por lo que el órgano juzgador será ser absolutamente restrictivo en la aplicación de tipos dolosos, en casos de práctica médica por lesión o muerte.

Bibliografía

Publicaciones

- Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales, 2011.
- Bacigalupo, Enrique. *Principios de Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, 1997. En Edgardo Donna. *El delito imprudente*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2012.
- Bidding, Karl. *Die Normen, t. IV*. En Edgardo Donna. *El delito imprudente*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2012.
- Bilbao, Agurtzane. “Tratamiento General de la Anafilaxia en atención primaria, medidas y planes”. *Ponencia, XXV Jornada de pediatría en atención primaria*, Donostia, 9 de octubre de 2008.
- Borda, Guillermo. *La Persona Humana*. Buenos Aires: Tucumán, 2001.
- Calcerrada Martínez, Luis. *Derecho Médico*. Madrid: Tecnos, 1986.
- Cancio Meliá, Manuel, Marcelo Ferrante y Marcelo Sancinetti, *Teoría de la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Cerezo Mir, José. *Curso de Derecho penal español, Parte General, Teoría jurídica del delito*, t. III. Madrid: Tecnos, 2001.
- Clínica de la Universidad de Navarra. *Diccionario Médico*. <<http://www.cun.es/diccionario-medico>>. Consulta: 15 de julio de 2016.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu. *El delito imprudente: Criterios de imputación del resultado*. Barcelona: Julio Cesar Faira, 2008.
- Cuello Contreras, Joaquín y Caffarena Borja Mapelli. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Teknos, 2011.
- Currea Lugo, Victor. “La salud como derecho humano”. *Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos*, No. 32 (2005). <<http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho32.pdf>>. Consulta: 15 de julio de 2016.
- Chacón Pinzón, Antonio José. *Fundamentos de responsabilidad médica*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 2004.
- Donna, Edgardo. *El delito imprudente*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2012.

- . *Derecho Penal, Parte Especial, t. I*. Buenos Aires: Rubinal Culzoni, 2003.
- . *Delitos contra las personas*. 2 tomos. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003.
- Fernández, José Manuel y otros. *La Historia Clínica*. Granada: Comares, 2002.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Buenos Aires: B de F, 2007.
- Goerner, Gustavo “El sujeto pasivo del delito de homicidio”. En Edgardo Alberto Donna, *Delitos contra las personas I*, 311-322. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003.
- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y José Joaquín Urbano Martínez. *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*. Bogotá: Nomos Impresores, 2011.
- Guerrero, Walter. *La prueba penal, t. III*. Quito: Pudeleco, 2004.
- Hava García, Esther. *La imprudencia inconsciente*. Granada: Comares, 2002.
- Hirschberger, Johanness. *Geschichte der Philosophie*. Basel-Freiburg-Wien, Herder, 1965. En Yesid Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*. Bogotá: Temis, 2005.
- Jakobs, Gunther. *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*. Berlín, 1972. En Mirentxu Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente: Criterios de imputación del resultado*. Barcelona: Julio Cesar Faira, 2008.
- Jaramillo, Carlos. *Responsabilidad civil médica: la relación médico-paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Bogotá: Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, 2006.
- Jauchen, Eduardo. *Tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006.
- Jescheck, Hans Heinrich y Thomas Weigend. *Derecho Penal Parte General*. En Edgardo Donna, *El delito imprudente*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2012.
- Jescheck, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, t. II*. Barcelona, 1981. En Roxana Piña, *El tipo subjetivo en el delito imprudente*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam. <<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-578s.pdf>>. Consulta: 15 de julio de 2016.
- Kindhauser, Urs. “El tipo subjetivo en la construcción del delito, una crítica a la teoría de la imputación objetiva”. *In Dret, revista para el análisis del derecho*

(2008).

<<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/124309/172282>>.

Consulta: 15 de julio de 2016.

Legal Publishing. *Tratado de Cuantificación del Daño, Responsabilidad Médica*.

Santiago: Legal Publishing Chile, 2012.

Lombana Villalba, Jaime. *Derecho Penal & Responsabilidad Médica*. Medellín:

Biblioteca Jurídica Dike, 2010.

López Muñoz y Larraz, Gustavo. *En defensa del paciente*. Madrid: Dykinson, 1998.

Maurach, Reuinhart, Karl Gossel y Heinz Zipf. *Derecho Penal Parte General:*

Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho.

Buenos Aires, 1995. En Edgardo Donna, *El delito imprudente*. Buenos Aires:

Rubinzal-Culzoni, 2012.

Meirelles Gomes, Júlio César y Genival Veloso de Franca. *Iniciación a la Bioética,*

Parte IV Bioética Clínica. 2005. <[http://docplayer.es//6143448-Error-medico-](http://docplayer.es//6143448-Error-medico-julio-cezar-meirelles-gomes-y-genival-veloso-de-franca-iniciacion-a-la-bioetica-clinica-error-medico.html)

[julio-cezar-meirelles-gomes-y-genival-veloso-de-franca-iniciacion-a-la-](http://docplayer.es//6143448-Error-medico-julio-cezar-meirelles-gomes-y-genival-veloso-de-franca-iniciacion-a-la-bioetica-clinica-error-medico.html)

[bioetica-clinica-error-medico.html](http://docplayer.es//6143448-Error-medico-julio-cezar-meirelles-gomes-y-genival-veloso-de-franca-iniciacion-a-la-bioetica-clinica-error-medico.html)>. Consulta: 15 de julio de 2016.

Mir Puig, Santiago. *Derecho penal parte general*. Montevideo-Buenos Aires: B de F,

2004.

Montalvo, Choclán. *Deber de cuidado y delito imprudente*. En Roxana Piña, *El tipo*

subjetivo en el delito imprudente. México: Instituto de Investigaciones

Jurídicas de la Unam. <[http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-](http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-578s.pdf)

[578s.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-578s.pdf)>. Consulta: 15 de julio de 2016.

Mora Izquierdo, Ricardo. “Actualización del dictamen médico forense por lesiones

personales”. *Revista del Instituto de Medicina Legal de Colombia*, Año 4,

vol. IV, No. 2 (1979): 27 y s.

Navarro, Luis. “Adrenalina (epinefrina)”. *Emergencias y catástrofes, Facultad*

Especialista de Servicio de Anestesiología y Reanimación. Hospital

Universitario Virgen del Rocío. Sevilla, Vol. 1, No. 4 (2000).

<<http://www.medynet.com/usuarios/jraguilar/Adrenalina.pdf>>. Consulta: 19

de julio de 2016.

Palacio, Lino Enrique. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Abeledo-

Perrot, 2000.

Plascencia Villanueva, Raúl. *Teoría del delito*. México DF: Instituto de

investigaciones Jurídicas, 2004.

- Pérez, Luis. *Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1991.
- Rabinovinch Berkman, Ricardo. *Responsabilidad del médico*. Buenos Aires: Astrea, 1999.
- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. 23ª. ed. Madrid: 2014. <<http://dle.rae.es/?id=RPix2Mn>>. Consulta: 6 de julio de 2016.
- Reyes Alvarado, Yesid. *Imputación objetiva*. Bogotá: Temis, 2005.
- Reyes Echandía, Alfonso. “El homicidio preterintencional en los códigos penales de España y Colombia”. *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valles*, vol. XI, No. 19 (1985).
- Romeo Casabona, Carlos María. *Delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*. Granada: Comadres, 2004.
- , *El médico y el Derecho Penal: Los problemas actuales de la biomedicina*. Barcelona: Rubinzal-Culzoni, 2011.
- Romero Coloma, Aurelia María. *La medicina ante los derechos del paciente*. Madrid: Montecorvo, 2002.
- Romero Flores, Beatriz. “La imputación objetiva en los delitos imprudentes”. *Anuales de derecho Universidad de Murcia*, No. 19 (2001): <<http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/56651/54601>>. Consulta 05 de enero de 2015.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General, Fundamentos la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Ed. Civitas, 1997.
- , *Problemas básicos del Derecho penal*. Madrid: Reus, 1976.
- Schunemann, Bernd. *Schaffstein-FS*, 1975. En Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos la estructura de la teoría del delito, t. I*. Madrid: Civitas, 1997.
- Serrano González de Murillo, José. *Teoría del delito imprudente*. Madrid, 1991. En Edgardo Donna, *El delito imprudente*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2012.
- Silva Sánchez, Jesús María. *El delito de omisión: sistema y concepto*. Barcelona: Bosch, 1986.
- Stratenweth, Gunther. *Derecho Penal –I*. Buenos Aires: Hamurabi, 2005.

- Struensee, Eberhard. *El tipo subjetivo en el delito imprudente*. Berlín, 1987. En Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General, Fundamentos la estructura de la teoría del delito. t. I*. Madrid: Civitas, 1997.
- Udo Ebert, *Derecho Penal, Parte General*. Trad. por Said Escudero Parra. México: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2005.
- Welzel, Hans. *Das Deutche Strafech*. Berlín, 1969. En Yesid Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*. Bogotá: Temis, 2005.
- . *El nuevo sistema del derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Madrid: Ariel, 1964.
- . *Um die finale Hand-lungslehre*. Tubingen, 1949. En Yesid Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*. Bogotá: Temis, 2005.
- Zaffaroni Eugenio, Raúl Alagia y Alejandro Slokor. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2000.
- Zambrano, Alfonso. *Estudio introductorio al Código Orgánico Integral Penal, referido al Libro Primero, parte especial o delitos en particular, t. II*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.

Normativa

- Actas del Pleno de la Asamblea Nacional*, correspondientes al Segundo Debate del proyecto de Código Integral Penal, Nros. . 257, 257-A, 257-B, 257-C, 257-D, 257-E, 257-F
- Constitución de la República del Ecuador* [2008]. [Quito]. *Registro Oficial* No. 449, 20 de octubre de 2008.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (1966).
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (1979).
- Convención sobre los Derechos del Niño* (1989).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948).
- Ecuador. *Acuerdo Ministerial 138 del Ministerio de Salud Pública*. *Registro Oficial* No. 316, 15 de abril de 2008.
- Ecuador. *Codificación del Código Civil*. *Registro Oficial, Suplemento*, No. 46, 24 de junio de 2005.

Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial, Suplemento*, No. 180, 10 de febrero de 2014.

Ecuador. *Código de Ética Médica. Registro Oficial* No. 5, 17 de agosto de 1992.

Ecuador. *Código Penal [1971]. Registro Oficial, Suplemento*, No. 147, 22 de febrero de 1971.

Ecuador. Consejo de la Judicatura. *Sistema pericial, consulta de peritos acreditados*. <http://appsj.funcionjudicial.gob.ec/perito-web/pages/peritos_nacional.jsf>.

Ecuador. *Ley Orgánica de Educación Superior. Registro Oficial, Suplemento*, No. 298, 12 de octubre de 2010.

Ecuador. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial, Suplemento*, No. 52, 22 de octubre de 2009.

Ecuador. *Ley Orgánica de Salud. Registro Oficial, Suplemento*, No. 423, 22 de diciembre de 2006.

Ecuador. *Reglamento del Sistema Integral Pericial de la Función Judicial. Registro Oficial, Edición Especial*, No. 125, 28 de abril de 2014.

Ecuador. *Reglamento para el cumplimiento del año de salud rural de servicio social en la red pública integral de salud. Registro Oficial* No. 365, 30 de octubre de 2014.

Ecuador. *Resolución No. 01-2014 de 24 de abril de 2014, Pleno de la Corte Nacional. Registro Oficial, Suplemento*, No. 246, 15 de mayo de 2014.

España. *Código Penal Español [1995], Boletín Oficial del Estado* No. 281, 24 de noviembre de 1995. <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>. Consulta: 15 de julio de 2016.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Civiles y Políticos (1969).

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador (1993).

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007

Ecuador. Corte Constitucional. [Sentencia No. 016-16-SEP-CC]. 13 de enero de 2016.

- Ecuador. Corte Constitucional. [Sentencia No. 142-14-SEP-CC]. 1 de octubre de 2014.
- Ecuador. Corte Suprema de Justicia. [Sentencia condenatoria en contra L.D en juicio penal por lesiones y muerte] *Gaceta Judicial*, 11, 8 de marzo de 1976.
- Ecuador. Corte Suprema de Justicia. [Sentencia condenatoria en contra M.V en juicio penal por delito de homicidio simple]. *Gaceta Judicial*, 2, 28 de febrero de 1994.
- Ecuador. Décimo Juzgado de Garantías Penales de Pichincha. [Auto de llamamiento a juicio en contra de A. M y E.C en juicio penal por homicidio preterintencional]. 3 de diciembre de 2009. <<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>>.
- Ecuador. Quinto Tribunal Penal de Garantías Penales de Pichincha. [Sentencia condenatoria en contra de A. M. y E.C. en juicio penal por homicidio preterintencional]. 12 de junio de 2014. <<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>>.
- Ecuador. Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. [Auto de nulidad de la sentencia de segunda instancia, emitido a través de Resolución No. 963-2015, en contra de A. M, E.C y M.M en juicio penal por homicidio preterintencional]. 29 de junio de 2015. <http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_penal/2015/RESOL%200963-2015-JUICIO%20NO.%201625-2014-HOMICIDIO.pdf>.
- Ecuador. Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, [Sentencia de casación, en contra de A. M, E.C y M.M en juicio penal por homicidio preterintencional]. 13 de enero de 2016. <<http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/consulta-de-causas>>.
- Ecuador. Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha. [Sentencia de segunda instancia en contra de A. M, E.C y M.M en juicio penal por homicidio simple]. 4 de agosto de 2014. <<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>>.
- Ecuador. Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha. [Auto resolutorio del recurso de nulidad y apelación del auto de llamamiento a juicio en contra de A. M, E.C y M.M en juicio penal por

homicidio preterintencional]. 16 de marzo de 2010.
<<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>>.

Ecuador. Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha. [Auto de nulidad de la sentencia de primera instancia en contra de A. M, E.C y M.M en juicio penal por homicidio preterintencional], 12 de mayo de 2011.
<<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/Public/informacion.jsf>>.

Ecuador. Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, [Sentencia de segunda instancia en contra de A. M, E.C y M.M en juicio penal por homicidio preterintencional]. 2 de septiembre de 2015.
<<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>>.

Ecuador. Tercer Tribunal Penal de Garantías Penales de Pichincha. [Sentencia condenatoria en contra de A. M. y E.C. en juicio penal por homicidio preterintencional]. 16 de marzo de 2010.
<<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/Public/informacion.jsf>>.