

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

“ANDRÉS F. CÓRDOVA”

TESIS DE GRADO PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS

TEMA:

ANÁLISIS JURÍDICO DEL TIPO PENAL DE HOMICIDIO CULPOSO
POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL DEL MÉDICO EN EL CÓDIGO
ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

AUTOR:

BEATRIZ RODRÍGUEZ TAPIA

DIRECTOR DE TESIS:

RAMIRO GARCÍA

QUITO, ECUADOR

AÑO 2015

AUTORIZACIÓN DE LA AUTORIA INTELECTUAL

Ingrid Beatriz Rodríguez Tapia, declaro bajo juramento, que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido presentado anteriormente para ningún grado o calificación profesional y que se ha consultado la bibliografía detallada. Cedo mis derechos de propiedad intelectual a la Universidad Internacional del Ecuador, para que sea publicado y divulgado en internet, según lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual, reglamento y leyes.

Quito

FIRMA: _____

CC. 172425644-9

APROBACIÓN DEL TUTOR DE TESIS

Quito

Ramiro García, en calidad de tutor del trabajo titulado “Análisis jurídico de la omisión impropia por culpa consciente en el tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional del médico en el Código Orgánico Integral Penal”, elaborado por la señorita Beatriz Rodríguez, egresado de la facultad de Jurisprudencia “Andrés F. Córdova”, Carrera de Derecho, considero que la presente tesis reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación del Jurado Examinador que las autoridades de la carrera designen”.

Dr. Ramiro García

TUTOR

DEDICATORIA

A mis padres, por ser el pilar fundamental de mi vida, gracias por su constante apoyo y dedicación que me brindan día a día, sin duda alguna sin ustedes esta meta tan anhelada no hubiese sido posible.

A mi hermana, por ser quien me inspira a ser mejor cada día, por ti y para ti son cada uno de mis triunfos.

A mi abuelita Sara Tapia, que aunque no esté presente físicamente su bondad y cariño sigue presente en aún en mí.

A Miguel Ángel Angulo, por estar presente en el transcurso de esta investigación, motivándome a culminar esta meta con su incondicional ayuda, amor y paciencia, infinitas gracias mi amor.

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer principalmente a mi maestro el doctor Ramiro García, para quien comparto un sentimiento de respeto y cariño, por haber transmitido en mí sus vastos conocimientos de manera generosa.

A la doctora María Paula, por el empeño que dedica a cada uno de los estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Internacional del Ecuador, gracias doctora por brindarme su mano amiga.

A todos los que conforman el Instituto de Investigaciones Penales y Criminológicas del Ecuador, Miguel Angulo, Eliana Alba, Estefanía Albear, Ricardo Reyes y Sofía Vera, millón gracias por apoyarme en el transcurso del proyecto, es un verdadero privilegio trabajar con ustedes.

Contenido

RESUMEN	9
ABSTRACT.....	11
INTRODUCCIÓN	12
CAPITULO I	16
Modalidades de la Conducta en el Derecho Penal	16
1.1.- Conducta penalmente relevante.....	16
1.2.- Modalidades de las conductas penalmente relevantes en la teoría del delito	22
1.3.- La acción.....	22
1.4.- La omisión	29
CAPITULO II	47
Tipo subjetivo de la conducta penalmente relevante del médico.....	47
2.1.- Tipicidad en el finalismo	47
2.2.- Antecedente, evolución histórica y la ubicación de la culpa en la teoría del delito.	49
2.3.- La culpa en el Ecuador	52
2.4.- Deber de Cuidado	53
2.5.- Clasificación de la Conducta	62
CAPITULO III.....	64
AMBITO DEL MÉDICO	64
3.1.- Relación del Médico Paciente.	64
3.1.- El médico.....	65
3.3.- El Paciente	71
CAPITULO IV.....	80
HOMICIDIO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL DEL MÉDICO	80
4.1.- Homicidio	80
4.2.- Bien Jurídico Protegido	80

4.3.- El homicidio imprudente o culposo	81
4.4.- Análisis de un caso médico específico	90
CAPITULO IV	94
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	95
Bibliografía	97

RESUMEN

En nuestro país el tema de la mala práctica médica ha sido tratado de una forma incipiente, ya que no existían mecanismos idóneos de protección para las víctimas de la misma, esto ha sido incluso reconocido a nivel internacional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Melba Suarez vs Ecuador en donde se determinó que el Estado era responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y también por la violación del derecho a la integridad personal de la víctima en función de garantizarle una reparación con la que podría acceder al tratamiento médico necesario para su problema de salud.

Con estos antecedentes se incluyó en el Código Integral Penal el art 146, que pretende cumplir dicho cometido, adoptando la concepción de la escuela finalista en los delitos culposos, esto es delimitando estrictamente el delito culposo en el ámbito profesional a los preceptos del deber objetivo de cuidado del médico, lo cual conlleva un análisis minucioso sobre la nueva dogmática incluida en el nuevo cuerpo legal. Sin duda el delito culposo y su conceptualización plantean un nuevo reto en el ámbito jurídico ecuatoriano, ya que los conceptos que abarcan esta institución deben ser entendidos de una manera clara y delimitada para no dar paso a interpretaciones extensivas que deriven en resoluciones arbitrarias o mal fundamentadas.

Como se manifestó en líneas precedentes, la falta de conceptos por parte de la comunidad jurídica de nuestro país producirá varios problemas al momento de aplicar el art. 146 del Código Orgánico Integral Penal, en especial en el ámbito profesional de la medicina ya que el artículo en mención establece al deber objetivo de cuidado como uno de los preceptos que delimitan al delito culposo; este elemento debe comprenderse de manera precisa ya que implica el

cumplimiento de la *lex artis* y reglas técnicas por parte de los galenos que intervienen en algún procedimiento médico.

Un problema adicional que se presenta, es la redacción demasiado amplia del inciso tercero del art. 146, pues vulnera directamente requisitos del principio de legalidad el cual es uno de los principios fundamentales que limitan el poder punitivo del Estado.

Adicionalmente este trabajo tiene como finalidad, fundamentar adecuadamente los nuevos conceptos dogmáticos referentes a la modalidad de conducta de omisión y la forma de comisión culposa que se presentan en las nuevas instituciones instauradas en el Código Orgánico Integral Penal.

Por todo esto es importante analizar toda la estructura que posee el delito detenidamente y darle una adecuada aplicación, ya que de lo contrario sería funesto para los profesionales de la salud, porque de éste modo se vulnerarían sus derechos y se haría una mala aplicación de la norma.

ABSTRACT

In our country the medical malpractice has been dealt by an incipient way, because there weren't appropriate mechanisms to protect these victims, this has been recognized internationally by the Interamerican Human Rights Court in the case *Melba Suarez vs Ecuador*, where it resolve that the Ecuadorian Estate was responsible for violate the rights and judicial warranties, and it infringe the personal integrity right too, because the estate doesn't warranty a reparation, which the victim could access to the necessary treatment for her health problem.

With this precedent the Código Integral Penal, adopt in the article 146 a finalist conception in the culpable offenses, this is delimitating it to the precepts of the DEBER OBJETIVO DE CUIDADO of the doctor, it means to make a detailed analysis of the new dogmatic included in this code. Clearly the culpable offenses and their conceptualization means a new challenge in the juridical Ecuadorian file, because the concepts that are included by this institution have to be understudied by a clear way and demarcate, to avoid give extensive interpretations that originate arbitrary resolutions.

Like we said before, the shortage of concepts by the juridical community of our country will produce serious problems at the moment we have to apply the article 146 of the Código Integral Penal, especially in the professional field of the medicine, because this article establish the DEBER OBJETIVO DE CUIDADO like one of the precepts that delimit the culpable offense; these element has to be understudied by a precise way, so it imply the compliance of the *lex artis* and technical rules by the doctors that participate in any medical procedure.

An additional problem that we have is the increased writing of the third section of the article 146, because it infringe directly the requirements of the

legality principle, which is one of the fundamental principles that limit the punitive power of the Estate

This thesis has like finality, base suitably the new dogmatic concepts about the mode behavior of the omission and culpable commission, which are present in the new institutions that were addition in the Código Orgánico Integral Penal.

Because of this is important to analyze carefully all the structure that has the crime, and give it an appropriate application, on the contrary will be terrible to the health professionals, because it could infringe their rights by the misapplication of the law.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal en el Ecuador se ha tratado de una manera incipiente puesto que hace poco contábamos con un Código Penal que data de 1938, el cual era una copia del Código Penal belga de 1934, éste a su vez era una copia de la codificación del Código Penal belga de 1880, cuyas bases se remontan al Código Penal francés (*Code Penale*) de 1820, lo que quiere decir que nuestro Código cuando se lo promulga tiene un total desfase con los estudios dogmáticos elaborados a nivel internacional. Con éste antecedente es claro que no contábamos con la inclusión de las nuevas instituciones dogmáticas desarrolladas por el moderno Derecho Penal lo que causó un estancamiento en el ámbito jurídico y académico.

El desarrollo de la sociedad en los diferentes ámbitos como el económico, tecnológico, social, etc. obligan al derecho y sobre todo al Derecho Penal que tenga un avance congruente con la misma. Por lo anteriormente manifestado, se elaboró una nueva normativa Penal que rige a partir del 10 de Agosto del 2014 con un Código Orgánico Integral Penal, esta normativa empezó su vigencia ciento ochenta días después de su publicación. El cambio sustancial que se produjo con el mismo con la incorporación de los principios que rigen la materia penal consta en el Libro Preliminar y la inclusión de nuevas figuras dogmáticas que constituyen el Libro Primero del COIP, las mismas que no se han trabajado de una manera profunda en el campo judicial y mucho menos en el campo académico de nuestro país, lo cual implica un reto para la comunidad jurídica ecuatoriana.

Para llegar a la promulgación del COIP la Asamblea Nacional trabajó cerca de tres años en el mismo, tiempo en el cual se atravesó por dos debates y una objeción parcial por parte del poder ejecutivo. La Asamblea Nacional aprobó en segundo debate el proyecto del COIP con el voto favorable de 110

asambleístas el 17 de noviembre de 2013 (Gagliardo, 2013), posteriormente el documento se proveyó al poder ejecutivo para el respectivo análisis y las objeciones pertinentes de ser el caso.

Éste Código sin duda es un avance dentro de lo dogmático puesto ya que incluye instituciones que antes eran tratadas de una manera errónea o ni siquiera eran tomadas en cuenta, como la omisión o la culpa que se las trata desde una perspectiva finalista lo cual serán conceptos fundamentales que se estudiarán en el presente trabajo de investigación.

La inclusión del homicidio culposo por mala práctica profesional que consta en el artículo 146 resulta sin duda un gran aporte para el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Este es un problema que se debe enfocar desde dos perspectivas, uno de ellos es que en los últimos años se han registrado varios casos de mala práctica médica, los cuales han quedado en la impunidad. Tal es el caso de Melba Suarez vs Ecuador en el que se sancionó al país por no contar con instrumentos normativos que protejan a las víctimas por éste tipo de conductas. El otro problema que se presenta es que si bien los conceptos referentes a la omisión, culpa y específicamente al art.146 constituyen un avance, con el afán de proteger a la sociedad, los legisladores con el tercer inciso del mentado artículo han establecido conceptos demasiados laxos, lo que acarrearía que se invierta la situación y se condene a profesionales de la salud arbitrariamente.

Por ésta razón mi investigación pretende hacer un análisis de cada una de las figuras dogmáticas que se relacionen con el homicidio culposo por mala práctica profesional del médico, especialmente aquellos aspectos que tienen que ver con la culpa, el consentimiento y la omisión que hasta la fecha han sido totalmente desconocidos en el Ecuador. Adicionalmente a esto, establecer porqué el tercer inciso del artículo 146, se aparta de los requisitos que debe

cumplir del principio de legalidad, el cual es uno de los puntales básicos para limitación del poder punitivo de un Estado Democrático de Derechos y Justicia.

En este artículo se incluye conceptos como innecesario, peligroso e ilegítimo, los cuales se tornan demasiado abiertos, sin una determinación clara de lo que representa cada concepto. Incluso la Corte Nacional de Justicia, se pronunció respecto a esta problemática en la Resolución No. 01-2014 en el Suplemento del Registro Oficial No. 246 de fecha 15 de mayo de 2014 con el fin de aclarar y establecer un alcance preciso del inciso en mención, sin embargo la Corte se limitó a repetir lo que ya estaba especificado en el COIP sin tener avance alguno.

El primer capítulo se refiere a las modalidades de la conducta, ya que con la misma parte la teoría del delito, se hace un análisis desde su definición, continuando por su clasificación, el cual incluye un estudio completo de la Omisión.

A lo largo del segundo capítulo se analiza el tipo subjetivo de la conducta penalmente relevante del médico, la Culpa, la cual es una categoría dogmática que conforma la antes mencionada teoría del delito, estableciendo su estructura completa y su clasificación para entender el homicidio culposo en nuestro país.

El capítulo tercero revisa el tipo penal de Homicidio, así como también los Principios del Derecho Penal y su relación directa con el Artículo 146 del COIP.

En el capítulo cuarto trata los aspectos específicos del médico puesto que para establecer la responsabilidad penal del profesional de la salud es importante tener claro la relación médico paciente, además de esto se encuentra un análisis de tres casos específicos de mala práctica profesional del médico, en los que encontraremos el análisis jurisprudencial acerca la omisión y la vulneración de los derechos tanto del médico como también de los pacientes.

Finalmente se explican las conclusiones que ha generado el Análisis jurídico de la omisión impropia por culpa consciente en el tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional del médico en el Código Orgánico Integral Penal.

CAPITULO I

Modalidades de la Conducta en el Derecho Penal

1.1.- Conducta penalmente relevante.

En el artículo 22 del Código Integral Penal, en adelante COIP, establece que serán consideradas:

“Artículo.22.- Son consideradas conductas 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.”

De la redacción del presente artículo se puede observar que el Código Integral Penal al definir la conducta penalmente relevante lo enfoca directamente con la producción del resultado lesivo y no a la determinación de la conducta por parte del tipo penal específico.

Esta sistemática del código sin duda alguna se decanta por el concepto material del delito en el derecho penal, puesto que el concepto formal constituye el conjunto de normas jurídicas que prevén delitos y determinadas circunstancias del delincuente y les asignan, como consecuencias jurídicas más importantes, penas o medidas de seguridad (Luzon, 2004, pág. 48), esto quiere decir que la conducta penalmente relevante es una definición realizada por el legislador en el tipo penal, mientras que el concepto material del delito explica la esencia del mismo, esto es, la razón por la cual ciertas conductas deban castigarse como delitos. Es inadmisibles prescindir del concepto material del delito, ya que no cabe una interpretación del concepto formal del mismo si no se toma en cuenta criterios del concepto material. (López, 2010, pág. 255).

El concepto material del delito señala que “en los Estados democráticos el legislador selecciona correctamente de las conductas delictivas una conducta gravemente nociva para la sociedad, perturbando considerablemente bienes jurídicos importantes, es decir, condiciones mínimas de convivencia social” (Luzon, 2004, pág. 51). Al considerar al delito como la lesión de un bien jurídico, se orienta como función del tipo penal, el proteger bienes jurídicos y por lo mismo todo delito tiene que ser la expresión de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (López, 2010, pág. 259).

Al determinar la conducta penalmente relevante como la vulneración o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, excluye de los criterios de punibilidad aquellas conductas que por su mínima lesividad no ameritan la intervención del derecho penal como las inmoralidades y las contravenciones. (Garcia, Código Orgánico Integral Penal Comentado, 2014). Como se ha explicado anteriormente, es necesario abordar el concepto de bien jurídico, el cual ha ido evolucionando a través de las escuelas del Derecho Penal, es por ello es que en su entorno se ha dado una serie de debate sobre su concepto y su desarrollo histórico.

El concepto de bien jurídico en la ilustración sirve como limitador del poder punitivo y existe la necesidad de daño para que exista delito. Feuerbach es el precursor de la teoría del bien jurídico, puesto que define al delito como las violaciones de derechos subjetivos de terceros prohibidos por la ley y los pondera como objeto de protección penal, gracias a ésta idea inicial, se le atribuye el concepto de bien jurídico al penalista alemán Johan Michael Franz Birnbaum en el año de 1834, quien en contraposición del jurista Feuerbach, definió al delito como toda lesión o puesta en peligro de un bien, que el poder público debe garantizar con la conminación de una pena. Seguidamente Binding explica que los bienes jurídicos son todos los estados de cosas que no deban suprimirse

porque son considerados valiosos para el derecho. (Garcia, Gracia, Terradillos, & Schunemann, 2012, págs. 165-166)

Como se trata en párrafos anteriores, se habla del concepto del bien jurídico en un sentido iluminista, el cual es concebido de forma individual, sin embargo el concepto cambia a partir de la segunda guerra mundial debido a que renace una cultura penal democrática y retoma su carácter garantista. Una de las teorías que estructuran al bien jurídico como función el derecho penal es la desarrollada por Roxin, esta teoría considera que los bienes jurídicos son finalidades útiles para el individuo y su libre desarrollo en un sistema social estructurado (Roxin, Derecho Penal, Parte general, 2010, pág. 54), de modo que con esta concepción excluye a las inmoralidades como lesiones a bienes jurídicos; de igual forma se exige que haya punibilidad en el caso de lesión de bienes jurídicos (Roxin, Derecho Penal, Parte general, 2010, pág. 60).

En el mismo sentido Bustos Ramírez, puntualiza que el bien jurídico es el objeto protegido por el sistema penal y que surge de la base social de un Estado, por esta razón son de carácter dinámico. Para este autor los bienes jurídicos vienen a ser relaciones sociales concretas como la libertad, la vida o la salud y éstas deben ser protegidas de las acciones humanas, aun cuando estas acciones solo pongan en peligro estos bienes, de esta premisa se establece que los bienes jurídicos no tienen que ser lesionados, basta con la puesta en peligro del bien, como en los delitos de peligro concreto, por lo tanto para establecer si la conducta cometida tiene relevancia a nivel jurídico- penal es preciso que se valore desde estado del bien jurídico, ya que las normas del derecho penal son creadas en función a la protección de dichos bienes. (Bustos, 1997, págs. 57-60)

Existen autores que niegan al bien jurídico como objeto de protección del derecho penal, como el profesor Günther Jakobs, quien establece que el derecho penal asegura la vigencia de la norma, puesto que es necesario que los bienes jurídicos estén asignados a un titular, y es éste individuo o un colectivo quien puede exigir que su bien no sea lesionado, lo que quiere decir que la protección de bienes jurídicos solo puede significar la protección de personas o al colectivo en su relación con otra persona, contra la lesión de los derechos de sus bienes. (Günther, 2003, págs. 59-60) En este caso la conducta penalmente relevante es una lesión de la vigencia a la norma.

Como se estableció en párrafos anteriores, existen diversos conceptos que hacen alusión al bien jurídico, sin plantear una definición estricta para el mismo, empero nuestro COIP en su artículo 29 referente a la antijuridicidad exige que para que la acción sea penalmente relevante tiene que lesionar un bien jurídico.

Es claro que para un Estado los fines del bien jurídico solo pueden servir en la medida en la que sean utilizado para fines limitativos y no sólo para propósitos punitivos (Tavares, 2004, pág. 21). Por esta causa para conseguir que ésta protección de bienes jurídicos sea factible, surgen los principios del Derecho Penal, los cuales son una guía hermética en la aplicación de las leyes, el control constitucionalidad y la resolución de conflictos, es decir, la función legitimadora de los principios penales se confirma en cada momento del todo penal. Por ello puede decirse que los principios justifican y a la vez limitan el poder punitivo del Estado. (Yacobucci, 2002, pág. 156).

Los principales principios que limitan el Ius Punirendi son entre algunos el Principio de utilidad penal que establece que el Derecho Penal es para proteger a la sociedad y cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil para cumplir su objetivo protector, debería desaparecer.

Otro principio importante es el de subsidiariedad y fragmentariedad, el primero establece que el Derecho Penal es de “ultima ratio”, lo que significa que es el último recurso a realizar a falta de otros menos lesivos que sean desprovistos del carácter de sanción y el segundo principio que especifica que el Derecho Penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo las modalidades de ataque más peligrosas para éstos. (Mir, 2005, págs. 126-127)

Posteriormente, una vez en que el Derecho Penal es útil para la protección de la sociedad y se han agotado todas las instancias del Derecho, se tiene que analizar si el delito ha atentado contra bienes jurídicos penalmente relevantes, de esta manera se incorpora el principio de lesividad, que también se lo conoce como principio de ofensividad o principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, éste se desprende del fundamento funcional del principio de necesidad de la pena para la protección de la sociedad, ya que recurrir a la sanción penal frente a conductas que no ataquen bienes jurídicos sería innecesario (Luzón, 2012, pág. 25), a la vez habría un terror de Estado ya que se expandiría el poder punitivo y se violaría derechos fundamentales de las personas. Es por esta razón que el principio de lesividad exige que en todo delito haya un bien jurídico lesionado (Zaffaroni, 2007, pág. 111), sintetizándolo básicamente al tradicional aforismo liberal que indica “no hay delito sin daño” (Velásquez, 2007, pág. 46).

En definitiva a todo lo anteriormente dicho el Derecho Penal protege bienes jurídicos, el delito constituye una lesión al bien jurídico y a partir de esta idea se explica la exigencia de cierta lesividad de la conducta delictiva para fundamentar la imposición de una pena (Percy, 2012, pág. 129). Es indiscutible que la ley penal tiene el deber directo de prevenir los más graves costes individuales y sociales que se representan a través de conductas lesivas y solo

éstas justifican el coste de penas impuestas o prohibiciones, no se puede ni se debe pedir más al Derecho Penal (Ferrajoli, 2004, págs. 465-466).

1.2.- Modalidades de las conductas penalmente relevantes en la teoría del delito

Las modalidades de la conducta que pueden ser punibles según el COIP se encuentran establecidas en el artículo 23 del cuerpo legal, así determina que:

Art. 23.- “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”.

En el artículo señalado se determina que las conductas que pueden ser sancionadas por el derecho penal, son la acción y la omisión las cuales tienen una ubicación sistemática en el estudio de la teoría del delito, adicionalmente contiene un desarrollo histórico que varía según la concepción de cada una de las escuelas dogmáticas. Es menester entender estos puntos para identificar como se configuran las dos modalidades de conductas que sanciona penalmente el COIP.

1.3.- La acción

El concepto de acción es la base sobre la que se construye la teoría del delito, el mismo que obtiene relevancia siempre que su clasificación y definición sea apropiado para comprender las formas de conductas penalmente relevantes, debido a que no se puede estructurar el delito con un simple pensamiento o ánimo de realizar la acción (Cerezo Mir, 2006, pág. 389), a su vez este concepto tiene

que servir de base para las posteriores categorías dogmáticas (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), puesto que las normas del derecho penal son motivadoras de conductas y la función del concepto debe ser algo que el destinatario de la norma pueda cumplir. (Maurach & Zip, 1994, pág. 250)

Como las demás categorías dogmáticas, éste concepto ha tenido una evolución histórica, por ello es preciso analizar las diferentes conceptualizaciones que se ha dado con la progresión de las escuelas del derecho penal.

1.3.1.- El concepto de Acción en la Escuela Causalista

La Escuela Causalista se consolida en el siglo XIX, con la propuesta planteada por Franz Von Liszt quien estructura la parte general del derecho fundada en el positivismo jurídico, esto es, estableciendo al derecho penal como protector de intereses del individuo por medio del ordenamiento jurídico. (Von Liszt F. , Tratado de Derecho Penal II, 1916, págs. 5-6) Dicho esquema establece la acción como concepto fundamental de la teoría del delito, (Nodier, 2004, pág. 23) y se definió por primera vez como todo movimiento corporal, causado por un impulso de la voluntad que produce una modificación al mundo exterior (Von Liszt f. , 1925, pág. 297).

El núcleo esencial de esta definición es la causalidad y como primer elemento surge la manifestación voluntad, que consiste en la realización libre de violencia física o psicológica de un movimiento corporal, la cual posee transcendencia en el derecho penal únicamente al ser producida por un hombre. Ésta manifestación tiene una relación analógica con el segundo elemento de la acción (el resultado), cuando el mismo modifica el mundo exterior al producirse

(Von Liszt F. , Tratado de Derecho Penal II, 1916, págs. 297-300). La voluntad se observó conforme a su efecto causal ya que a la acción le correspondía todo lo que la voluntad origina como factor causal (acción= efecto de la voluntad) (Welzel, Estudio de Derecho Penal, 2003, pág. 25). Por esta razón importaba que exista un acto voluntario que de origen a un hecho típico, sin importar si la voluntad se dirigía a ese o a otro fin completamente diferente, es así que se puede decir que lo único que le interesa verificar al causalismo es la existencia de la relación entre la acción y el resultado. En el mismo sentido Ernst von Beling, formula que la punibilidad de la acción surge como resultado del comportamiento corporal voluntario (acción positiva) del individuo (Von Beling, 2002 , pág. 42).

El esquema planteado por los anteriores tratadistas fue criticado por Karl Binding, quien establece que el injusto debe ser concebido desde el contenido de las normas, puesto que conceptualmente las normas son predecesoras de las leyes, por lo cual para él la acción punible no infringe la ley penal, sino que lesiona un mandato y la prohibición del ordenamiento jurídico. (García, Código Orgánico Integral Penal Comentado, 2014, pág. 240)

En esta posición el concepto de acción cumple con varias funciones, en primer lugar se considera el elemento básico del derecho penal, otorgándole así un supra concepto para todas las manifestaciones de conducta punible, ya sea dolosas, imprudentes e incluso omisivas, seguidamente sirve como elemento de enlace entre las categorías del delito tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), y finalmente debe cumplir la función de elemento limitante, ya que excluye los pensamientos, actitudes internas, actos cometidos sin dirección de la psiquis (delirios o los actos reflejos) y sucesos causados por animales o la naturaleza.

En definitiva con los criterios anteriormente expuestos por la escuela causalista, se puede decir que la acción es tratada como la causación de un resultado, como puro factor causal, conformándose con el “querer” de una determinada conducta, sin percatarse por la dirección de la voluntad, es decir el aspecto subjetivo de la conducta (Maurach R. , 1994, pág. 198), la misma que únicamente es trascendental para el derecho penal cuando es merecedora de un castigo.

Siendo las acciones punibles aquellos actos prohibidos por un Estado con la amenaza de una pena o sanción, por ser incompatibles con los intereses que tienen su expresión en el derecho, los mismos que tienden afectar a un colectivo más que a un solo individuo (Merkel, 1910, pág. 18). Para conceder protección jurídica a bienes de los particulares, sean estos individuales o colectivos, los intereses sirven de criterio determinativo para establecer hasta donde y en que formas otorgar dicha protección, es decir los intereses son determinativos para establecer que conductas serán penalmente relevantes; tema que ya fue analizado en el subcapítulo anterior (Merkel, 1910, pág. 19)

1.3.2.- El concepto de acción en la Escuela Neokantiana

Surge posteriormente la Escuela Neokantiana, que criticó y remplazó el esquema causalista, por haber encontrado aspectos incoherentes en su estructura, basado en criterios filosóficos kantianos de carácter valorativo (García, Código Orgánico Integral Penal Comentado, 2014, pág. 242). El concepto de acción es el primer elemento que se objetó en este esquema, ya que para el casualismo el concepto de acción demandaba una modificación en el mundo exterior, es decir un nexo causal entre el autor y el resultado, lo que era incompatible con la naturaleza de ciertos delitos, como por ejemplo el delito de injuria ya que en este

tipo penal no se puede constatar la forma naturalista de la modificación al mundo exterior (Nodier, 2004, pág. 34).

Para ésta estructura el concepto de acción no es la base del derecho penal como era concebida anteriormente, la categoría dogmática superior de éste sistema jurídico penal es la tipicidad, lo que permitió hacer una diferencia entre dos conceptos que en la anterior escuela eran concebidos como sinónimos, estos son el tipo de injusto y el tipo de acción (Mezger, 1955, pág. 87), el primero es el fundamento y presupuesto de la pena, el segundo concibe a la acción en un sentido estrictamente objetivo, esto es, no hay acción fuera de lo que la ley valoriza (Soler, 1953, pág. 300).

Los lineamientos de valoración impuestos por la ley que regula los comportamientos humanos establecidos por los neoclásicos, dejó atrás la idea implantada por la escuela causalista que concebía al derecho penal desde una estructura de un mundo natural o de causalidad, es así que se introduce el factor social a la acción ya que al derecho únicamente le compete los comportamientos socialmente relevantes (Nodier, 2004, pág. 38), entendiéndose a los mismos como todo aquello que tiene una incidencia en la sociedad, es decir, lo que atañe a la relación con el individuo, el mundo que le rodea y, las acciones que tienen como derivación consecuencias que por ende son relevantes para el ordenamiento jurídico.

Sin embargo se siguió afirmando que con la voluntariedad se constata la acción, por ello Max Ernst Mayer, definió la acción como una motivada actuación de la voluntad con inclusión de su resultado, puesto que se conectan elementos causalmente, los que proceden del mundo interior que se exteriorizan con un movimiento corporal y produce un resultado, el mismo que será analizado

en sede de antijuridicidad (Mayer, 2007, pág. 129). La voluntad se orienta a determinar el elemento subjetivo de la acción, que requiere el querer interno del individuo a la actividad misma que realizó y que esto se refleje en el resultado como la modificación del mundo externo, con ello queda fuera los actos reflejos que si bien causan una modificación al mundo exterior, estos no son realizados con la voluntad del individuo. (Soler, 1953, pág. 296)

Estas dos escuelas mantienen análogamente el concepto de acción pero con matices diferentes, por ende la estructura de las categorías dogmáticas que conforman la teoría del delito se mantienen, posteriormente con la escuela finalista se modifica el concepto de acción, lo que repercute en la configuración de los elementos de las categorías dogmáticas y sobre todo sobre la concepción de la finalidad de la norma penal, que será analizado posteriormente.

1.3.3.- El Concepto de acción en la escuela finalista

El filósofo y jurista Hans Welzel, sustituye el concepto causal por el concepto final de acción basado en el método fenomenológico¹ y ontológico², el mismo que contiene un punto de vista objetivista, ya que para el finalismo la causalidad es una categoría ciega, pues el efecto del resultado se lo analiza de una forma ciega del impulso (Welzel, Estudio de Derecho Penal, 2003, pág. 30), deduciendo que la acción es un concepto pre jurídico que existe antes de la valoración humana y por esto precedente de la valoración jurídica. Este autor sostiene que la especificidad del concepto de acción es la finalidad, es decir, dirigirse intencionalmente a una meta previamente elegida (Mir, 2005, pág. 183). En el mismo sentido Hartman expresa que la acción está constituida por la dirección al suceder real hacia la meta por introducción de propias determinantes (Maurach R. , 1994, pág. 206).

La acción humana para el finalismo es el ejercicio de la actividad final, puesto que el hombre conforme a su plan puede predecir las consecuencias posibles de su actividad, entendiéndose como actividad final al obrar orientado conscientemente desde el fin, diferenciándolo del acontecer causal en el que la previsibilidad del fin no existía (Welzel, Derecho Penal Alemán, 1993, pág. 39). Pese a que se reconoce que en la acción existe un proceso causal, puesto que es

¹ Husserl fundó el método de la fenomenología, que es una ciencia esencialmente nueva alejada del pensar natural, es una disciplina puramente descriptiva que indaga el campo de la conciencia, la que quiere llegar exclusivamente a conocimientos esenciales y no fijar, en absoluto hechos, en HUSSERL, Edmund, *Ideas relativas a una fenomenología pura y filosofía fenomenológica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1913, p. 6-10.

² La ontología fue un término acuñado en el siglo XVIII por Clauberg, que se usó para designar a un conjunto difuso de cuestiones que giran en torno al ser, en TORRES, María de Lourdes, *La filosofía como actitud humana: ontología, episteme y su operacionalización en el ámbito educativo*, en Revista Venezolana de Ciencias Sociales, vol. 10, Universidad Nacional Experimental Rafael María Baralt Venezuela, 2006, p. 503.

un elemento integrante de la misma, no se acepta que la acción se agote en este elemento causal, ya que en la actividad humana la finalidad es inherente.

La finalidad es el elemento fundamental de esta escuela y se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites las consecuencias de la actividad, es decir la voluntad consiente del fin es la que rige el acontecer causal que modifica el mundo exterior. Esta dirección final se produce en dos etapas: la primera se da lugar en la esfera del pensamiento, puesto que el autor se propone lo que quiere realizar y selecciona los medios que va a utilizar para alcanzar el fin; la segunda etapa es la realización misma de la acción que se presenta en el mundo real (Welzel, Derecho Penal Alemán, 1993, págs. 40-42), es decir el hombre sobre la base de su saber causal, puede prever los posibles efectos de su actividad, proponerse metas y encausar conforme a su plan su actividad final (Welzel, Derecho Penal Alemán, 1993, pág. 53).

Las normas de derecho penal, se pueden constituir únicamente de acuerdo a la estructura final de la acción, puesto que los mandatos y prohibiciones no pueden dirigirse a través de procesos causales, sino que mediante aquellas acciones que configuran finalmente el mundo exterior. (Welzel, Derecho Penal Alemán, 1993, pág. 44)

Con respecto al COIP, este no establece una definición para el concepto de acción como la mayoría de los códigos penales, simplemente se refiere a la acción como una modalidad de conducta, sin embargo este tiene rasgos finalistas dentro de la tipicidad y culpabilidad, asumiendo a la voluntad humana como ejercicio de la actividad final.

1.4.- La omisión

Dentro de la teoría del delito la omisión se la analiza ex ante de las categorías dogmáticas puesto que la misma es parte de un todo llamado conducta y no puede ser visto como un antagónico de la acción, sin embargo estas modalidades de conducta poseen estructuras completamente distintas. Lamentablemente en el Ecuador se ha construido el derecho penal en base de los delitos dolosos de acción como homicidio, robo, violación, entre otros, empero gracias a la evolución del derecho y la sociedad se han tipificado nuevas maneras de delinquir, y con ello estructuras como la omisión ha podido desarrollarse y ser adoptada por nuestra legislación penal.

Como se ha dicho anteriormente, estos dos conceptos tienen trascendencia social, pues al manifestarse tienen en común generar un sentido penalmente relevante para la imputación jurídica-penal, lo que implica que entre todos los comportamientos pasivos se seleccionan a aquellos que merecen un juicio axiológico negativo (Gimbernat, 2013, pág. 2), es decir es un no hacer que se debió haber hecho. Sin embargo desde la antigüedad los juristas han tenido problemas en aplicar su punibilidad y equiparar las omisiones con las comisiones activas. Por ello es necesario abordar el concepto en las distintas escuelas para comprender su evolución y correcta aplicación (Caro, 2009, pág. 86).

1.4.1.- La Omisión en la Escuela Causalista

Los inicios de esta escuela se remonta al siglo XIX, donde se trató a la omisión desde el punto de vista natural, cuyo concepto se definía en un no hacer, que no causa nada y de la nada, nada surge (ex nihilo nihil fit)³, ya que carece de energía o de inactividad, consecuentemente no pone en marcha cadenas

³ “Ex nihilo nihil fit”, significa “de la nada, nada sale” este capta el problema mismo del ser, En JACKOBS, *Nihilismo y Política*, en TAUBES, Ediciones Manantial, Buenos Aires, 2008, p. 235.

causales en el mundo exterior, es así que no puede influir en la producción energética de un resultado, lo que no concordaba con la afirmación de responsabilidad penal que exigía un resultado lesivo, causado por un movimiento corporal voluntario del sujeto (Gimbernat, 2013, pág. 55). En el mismo sentido Radbruch, expresa que la omisión es un no hacer algo, negando la posibilidad de equiparar a la acción y la omisión, basado en que los elementos de la acción, esto es voluntad, causalidad y hecho, no le pertenecen a la omisión, por lo tanto establece su teoría de que “A” y no “A” no pueden caber bajo un mismo concepto superior (Bacigalupo, Delitos Impropios de Omisión, 1983, pág. 56).

Se puede apreciar que en los inicios esta escuela no se podía dar una explicación satisfactoria al concepto de la omisión, puesto que al establecer que no era un movimiento corporal que produzca una modificación al mundo exterior, se contradecía con su propia estructura objetiva de modificación al mundo exterior, por tanto ésta no causaba nada; por esta razón Von Liszt modifica su concepto de acción en su Tratado de Derecho Penal, definiendo a la acción como la causación o no evitación de un resultado que modifique el mundo exterior mediante una conducta voluntaria, y específicamente a la omisión la definió como un verbo transitivo, lo que quiere decir que el resultado lesivo hubiera sido evitado por el acto, que a pesar de ser posible evitarlo por parte del autor, fue omitido por éste (Von Liszt F. , Tratado de Derecho Penal II, 1916, pág. 315), concluyendo que en la omisión existe también el elemento de la voluntad.

El mantenimiento de dicha corriente naturalista define a la omisión desde una perspectiva negativa, en el que surgen dos concepciones distintas una intransitiva y otra transitiva (Silva Sánchez, 2006, pág. 27), la primera fue acuñada por Beling, quien reprochó la tesis transitiva, ya que para este autor, existe una incorrecta introducción del contenido de acción, y aduce que debe

establecerse en primer lugar el comportamiento y el contenido del mismo debe verse como la omisión de algo. Es por ello que define la omisión como la contención de los nervios motores denominada por la voluntad, es decir la inactividad corporal voluntaria, de la misma manera BAUMANN dice que la omisión es el no hacer nada querido por la voluntad (Silva Sánchez, 2006, págs. 25, ss).

Desde la perspectiva transitiva afirma que la omisión no consiste en un no hacer en absoluto o un no hacer indefinido, sino en no hacer algo, este concepto ya fue establecido por Von Liszt en su Tratado de Derecho Penal, quien determina que solamente se puede hablar de una omisión en la vida ordinaria, cuando se tiene fundamentos para esperar un acto posible de parte de una persona. Este concepto se complementa con el requisito de la posibilidad, ya que establece a la omisión como hacer algo posible, lo que significa que no solo es necesario que no se realice la acción, sino que es no hacer una acción determinada que debe ser posible para el autor (Von Liszt F. , Tratado de Derecho Penal, 2º edición , 1925, pág. 304).

Posteriormente el tratadista Mezger establece que el individuo que omite no es que no haga nada, sino que deja de hacer algo, por lo tanto mantiene que detrás de toda omisión hay siempre una acción esperada, con lo que concluye que, la acción y la omisión, tienen un elemento en común que es el valor, lo que quiere decir que, no solo basta con observar y describir los hechos, sino que se exige comprender y valorar el sentido de los mismos (Huerta, 1987, pág. 286).

Este concepto fue tomado en nuestra legislación en el Código Penal de 1938 en el artículo 12, el cual establece que el individuo responderá penalmente por no impedir un acontecimiento que se espera que se lo realice a través de una

obligación jurídica, la misma que no se logró desarrollar para establecer parámetros adecuados para su correcta aplicación, por lo que el concepto se mantuvo como un no hacer que se debió haber realizado, y que se exterioriza con un resultado lesionador del bien jurídico que no debía haberse producido si se cumplía, lo que quiere decir que fue concebido de una forma naturalista, sin embargo este concepto es muy laxo y no tiene trascendencia a nivel jurídico. Por otra parte se asumió que la omisión proviene de la voluntad, dejando relegado la omisión culposa, la cual también produce resultados lesivos y por ende responden a sanciones penales.

“Art. 12. No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.”

1.4.2.- La Omisión en la Escuela Finalista

En el finalismo no solo cambia el concepto de omisión, adicionalmente se produce una reestructuración de la concepción de la norma, pues para el casualismo la norma era concebida desde una perspectiva objetiva de valoración, entendida como juicio de valor que distingue lo lícito penal de lo antijurídico penal, lo que conlleva a realizar un juicio de desvalor de la acción y por ello no contiene un imperativo dirigido al ciudadano (Mir Puig, 2003, pág. 41), interesándose únicamente por la protección del bien jurídico, en un sentido contrario a esta posición, el finalismo contrario reemplaza estos supuestos por medio de la teoría imperativa que considera a la norma penal como directriz de conductas dirigidas al ciudadano por medio de mandatos o prohibiciones (Mir Puig, 2003, pág. 42), es así que la omisión pasa de ser un no hacer algo a no hacer algo que se tenía la obligación jurídica de hacerlo.

Como ya se ha expresado anteriormente para esta escuela la omisión forma parte de la conducta humana, la misma que también es regida por la voluntad dirigida por el fin, ya que no existe en sí sola una omisión, si no la omisión de una acción determinada, por esta razón se concibe a la misma ya no de una forma negativa sino más bien de una forma limitativa, estableciendo que la omisión es la no producción de la finalidad posible de un individuo en relación a una determinada acción. Existen normas jurídicas que ordenan al ciudadano a realizar acciones para producir resultados socialmente requeridos o para evitar aquellos actos socialmente indeseados, por lo tanto estas normas se vulneran por medio de la omisión de la conducta mandada y por ello está sujeta a responsabilidad penal (Welzel, Derecho Penal Alemán, 1993, págs. 237-238).

Es así que se establece un juicio de valor a la norma y al injusto, esto es un análisis lógico objetivo de la estructura del ser del hombre, lo que lleva a resaltar los elementos subjetivos cognoscitivos, por ello se desprende que omite el que no realiza una acción final, teniendo la capacidad de acción (Silva Sánchez, 2006, pág. 43). En el mismo sentido Welzel establece que el elemento constitutivo de la omisión es el dominio del hecho final el cual transforma un no hacer en omisión (Welzel, Derecho Penal Alemán, 1993, pág. 53), por lo tanto el individuo debe estar consciente de estos tres elementos en el momento que omite un suceso:

- La capacidad física de actuar, esto es fuerzas físicas, habilidades, condiciones externas para realizar la acción.
- La capacidad de conducción final, esta contiene requisitos intelectuales de la capacidad de la acción, es decir los conocimientos teóricos que tenga el sujeto para tomar la decisión y controlar el proceso en movimiento.

- Elección de los medios para la realización de la acción.

Lo que quiere decir, que el sujeto conozca la situación en la que va a intervenir (Silva Sánchez, 2006, pág. 44), constituyéndose de esta manera, la capacidad de dirección final en el elemento común de todo comportamiento (Kaufmann, 2006, pág. 91).

Los finalistas no conciben la omisión como un sinónimo de “no suceder” o de “no modificar una realidad”, ya que el omitir no niega el actuar puesto que se espera que el comportamiento pasivo se transforme en omisión cuando se debió actuar en cierta dirección, es decir que solo la ausencia de una realización de voluntad puede llamarse omisión de una acción (Kaufmann, 2006, págs. 45-47).

Para comprobar que una persona ha omitido una acción teniendo el dominio del hecho es cuestión de un juicio objetivo, puesto que existe una cantidad indeterminada de acciones posibles, de modo que solo le son exigibles aquellas que son esperadas, es decir, aquellas acciones que dependan del dominio del hecho del autor y también aquellas acciones que están mandadas o prohibidas jurídicamente con el fin de incitar a los ciudadanos a omitir ciertas acciones (Welzel, Derecho Penal Alemán, 1993, pág. 239).

1.4.3.- Normas de mandato y prohibición

Hay que tener claro que la diferencia entre la norma jurídica penal de las demás normas es que el supuesto del hecho constituye un delito y la consecuencia jurídica es una pena (Muñoz Conde, Derecho Penal Parte General, 2004, pág. 44). Los mandatos y prohibiciones son normas jurídicas del derecho penal, las cuales no pueden dirigirse en procesos causales ciegos puesto que solo pueden mandar y prohibir una conducta final (Welzel, El nuevo sistema del derecho penal, 2006, pág. 46).

Estas proposiciones jurídicas penales que establecen penas a delitos, se expresan en la legislación de una forma descriptiva, en donde señala expresamente la conducta susceptible de sanción, puesto que en el COIP como en las demás legislaciones, no se encontrará “prohibido matar”, si no, “el que matare a otro será sancionado”, lo que demuestra que la norma penal utiliza a la motivación del ciudadano, amenazándole con un castigo para que su conducta se incline a favor del derecho, protegiendo así bienes jurídicos y en contra del delito.

Las normas jurídicas describen una hipótesis de comportamientos futuros y que se dirige a los ciudadanos como posibles realizadores de acciones u omisiones, las cuales se dividen en normas de deber, que describen los deberes jurídicos y amenazan con una sanción su incumplimiento o en las normas potestativas, que describen ciertas facultades y son atribuidas tanto a individuos públicos como privados y libres para realizar por el mismo. Sin embargo los mandatos y prohibiciones forman parte de las normas de deber, las cuales aparecen como fenómenos distintos como las infracciones de acción y omisión, funcionalmente representan lo mismo ya que prohibir una acción significa mandar a no llevarla a cabo y a la vez prohibir su falta de ejecución, por lo dicho esta estructura describe como primer punto la exigencia del deber de comportarse de una forma determinada y la segunda une el comportamiento contrario a una consecuencia jurídica (Mayer, 2007, págs. 65-66).

La norma penal como norma de determinación es aquella que va dirigida al ciudadano en forma de prohibiciones y mandatos, las prohibiciones proscriben la realización de determinadas conductas lesivas como por ejemplo el tipo penal de homicidio tipificado en el artículo 144 del COIP que sanciona el matar a otra persona, contiene una norma de prohibición implícita la cual se configura como el no matar a otro, por esta razón se establece que la norma prohíbe todas aquellas conductas que lesionen los bienes jurídicos, sin embargo las normas penales también se presentan en forma de mandatos, ya que ordena realizar una acción mandada por el ordenamiento jurídico como por ejemplo en el artículo 277 del COIP el cual ordena a los servidores públicos a denunciar a la autoridad cuando tengan conocimiento de una infracción (García, 2008).

Desde el punto de vista de la ética social, omisión se constituye por juicios de valor positivos, cuya esencia son los valores vitales del individuo, es decir los bienes jurídicos, estos se interrelacionan entre sí, estableciendo un orden social, el cual puede ser perturbado por distintos sucesos, estas perturbaciones se consideran valores negativos, por otro lado también se constituyen como valores positivos a los sucesos que impiden las perturbaciones del orden social, como son las prohibiciones, las cuales remedian las perturbaciones del orden social y los mandatos, que se dirige a la conservación de bienes jurídicos.

La diferencia entre estas dos valoraciones positivas es que, mientras el mandato exige realizar una acción final, la prohibición prohíbe ejecutar una acción final. Sin embargo para varios autores como Wolf considera como sinónimos a la acción y a la omisión puesto que, la prohibición establece por poner un ejemplo “no eludirás los impuestos” y el mandato “pagarás tus impuestos”, otro ejemplo es que el autor al vulnerar un mandato de evitar el resultado de muerte al mismo tiempo infringe una prohibición de matar

(Kaufmann, 2006, págs. 27-28), con ello se puede apreciar que estos dos tipos de norma sean consideradas como sinónimos o antónimos están previstas para mantener el orden social y dirigir al ciudadano a mantener una conducta acorde a los parámetros establecidos en la ley.

Por lo analizado anteriormente se puede llegar a la conclusión de que las normas de prohibición se infringen por acciones y las normas de mandato por medio de las omisiones ya que como su nombre mismo lo indica mandan a que se realice determinada conducta y en caso su incumplimiento establece una sanción, es así que en estas normas se encontrara al omitir como modalidad de conducta en el tipo penal.

1.4.4.- Tipos de omisión

1.4.4.1.- Omisión Propia

Se considera a los delitos de omisión propia a aquellos en los que el legislador tipifica expresamente una conducta inactiva, ya que pone en conexión la inactividad con el resultado ocasionado (Gimbernat, 2013, pág. 129). Es así, que la en la doctrina se ha dicho que el delito de omisión propia se agota en la no realización de una actividad ordenada por la norma (Reinhart, 1962, pág. 262). Estos delitos se configuran entonces, por incumplimiento a la norma imperativa, con esto ya no es necesario establecer las consecuencias del no hacer.

Para Lauden los delitos de omisión propia se distinguen por contravenir expresamente un mandato, es decir los delitos se cometen mediante acciones omisivas <(Lauden, 1840, pág. 184)>, en el mismo sentido Jescheck indica que

el contenido de los delitos de omisión se agota en la no realización de una conducta exigida por la ley (Jescheck, 2002, pág. 652).

En estos delitos cualquiera que se halle en la situación típica puede ser autor, pues la obligación de actuar en esa situación deviene de la mera condición de habitante y no por particulares relaciones jurídicas, puesto que por lo general el sujeto activo es establecido por el legislador mediante la norma (Zaffaroni, 2007, pág. 443). El verbo rector por consiguiente es Omitir y la posición de garante que trataremos más adelante está a mí parecer establecida igualmente por el legislador, sin embargo para la mayoría de la doctrina no existe posición de garante en este tipo de delitos.

En resumen los delitos de omisión propia se configuran el momento que el sujeto omite realizar actos que la norma implícitamente le obliga ejecutar, es decir la conducta se encuentra descrita en la ley penal, y la sanción penal ya se encuentra establecida en la misma, en el caso de Ecuador el COIP establece también delitos de omisión propia como por ejemplo los artículos siguientes:

“Artículo 276.- Omisión de denuncia por parte de un profesional de la salud.- La o el profesional o la o el auxiliar en medicina u otras ramas relacionadas con la salud que reciba a una persona con signos de haber sufrido graves violaciones a los derechos humanos, a la integridad sexual y reproductiva o muerte violenta y no denuncie el hecho, será

sancionado con pena privativa de libertad de dos a seis meses”.

“Artículo 277.- Omisión de denuncia.- La persona que en calidad de servidora o servidor público y en función de su cargo, conozca de algún hecho que pueda configurar una infracción y no lo ponga inmediatamente en conocimiento de la autoridad, será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días”.

“Artículo 298.- Defraudación tributaria.- La persona que simule, oculte, omita, falsee o engañe en la determinación de la obligación tributaria, para dejar de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero, será sancionada cuando:

15. Omita ingresos, incluya costos, gastos, deducciones, exoneraciones, rebajas o retenciones falsas o inexistentes o superiores a las que procedan legalmente, para evitar el pago de los tributos debidos”.

1.4.4.2.- Omisión Impropia

Los delitos de omisión impropia surgen para complementar los delitos de acción con una variante omisiva (Jakobs, Derecho penal Parte General, 1997, pág. 951), los cuales comenzaron a desarrollarse en el siglo XVIII, explicándolos con el ejemplo tradicional de los padres que dejan morir a sus hijos por inanición,

sin embargo no se lograba regular las causas y las fuentes de los alcances de los deberes de garantía, fue en el año de 1969 que se tipificó en la ley que el autor que omite evitar un resultado típico es punible sólo cuando deba responder jurídicamente de que no se produzca el resultado y cuando la omisión equivalga a la realización del tipo legal por un hacer (Stratenwerth, Derecho Penal Parte General Parte I, 2005, pág. 383).

Como se dijo anteriormente este tipo de delitos, es quizá uno de los campos en el derecho penal en el que más discrepancia existe, pues la controversia gira en torno en cuando y bajo qué parámetros se debe imputar un resultado típico a un no hacer es exactamente igual a si lo hubiese causado mediante un accionar positivo, en el que se determina que para que esta cláusula de equivalencia se realice de forma correcta es necesario establecer una posición de garante, la cual se fundamenta únicamente en un deber jurídico, sin embargo la tesis de que los deberes morales también puedan hacer responder a un individuo no se ha relegado completamente puesto que los deberes de acción se vinculan estrechamente con la moral (Gimbernát, 2013, págs. 269-270).

La característica principal de los delitos de omisión impropia es que el resultado no se encuentra redactada en el tipo penal, puesto que en estos casos el autor por su inactividad produce un resultado lesivo que, normalmente es ocasionado mediante un hacer positivo, es decir la omisión impropia se construye a través de los delitos de acción, puesto que en ellos están intrínsecos mandatos de prohibición, siendo requisito indispensable para que estos puedan completarse que la acción este prescrita en la norma penal. El deber de evitar el resultado es impuesto al autor si infringe dicho mandato, por lo tanto es responsabilizado penalmente por el resultado típico ocurrido, con ello se podría decir que los delitos de omisión impropia son el equivalente a los delitos de resultado (Jescheck, 2002, págs. 652-653). Por ello se dice que este delito, para que se

configure a más de contener un no hacer, exige que exista un resultado tipificado en la norma como delito de acción, el cual será imputado al autor de la omisión por una cláusula de equivalencia entre acción y omisión.

Para ejemplificar lo anteriormente expuesto, en el delito de homicidio (delito de acción) tipificado en el artículo 144 sanciona el dar muerte a otra persona, sin embargo este tipo penal se puede ejecutar por medio de la figura del delito de omisión, puesto se puede dar el caso, que el profesional de la salud no atiende al paciente y en consecuencia este fallezca, o también la madre que no alimenta al hijo recién nacido; otro tipo penal como el robo, tipificado en el artículo 189 se puede imputar al funcionario policial que no interviene para evitar dicho delito y por consiguiente responde como autor de la omisión del hecho punible no impedido. Estos ejemplos explican claramente el delito de omisión, puesto que en los autores se encuentra intrínseco el deber jurídico de actuar, es decir que se cumpla con la calidad de garante que tenía esa persona el momento que se cometió el tipo penal, por lo tanto se configuran a través de la posición de garante, supuesto dogmático que analizaremos posteriormente.

Cabe señalar que el delito impropio no vulnera norma prohibitiva, sino una norma de mandato que exige realizar una determinada acción, en empleo de su capacidad de actuar, elegir los medios y utilizar la voluntad para realizarlo (Kaufmann, 2006, pág. 25), es por esta razón que en el tipo penal de homicidio, especifica que está prohibido a realizar una acción destinada a causar la muerte, pero también estipula que se debe actuar para interrumpir el curso causal que se está ejecutando para impedir la muerte de una persona, es decir realizar una acción idónea para evitar un resultado lesivo, siempre que se esté en calidad garante.

Contrario a los delitos de omisión propia, estos delitos son creados por la doctrina y la jurisprudencia, fuera de la ley, por ello el juez mediante una complementación del tipo tiene que encontrar las características objetivas para que se le pueda considerar autor de una omisión, esto es cuando la persona tenga poder del hecho, se encuentre en estrecha relación con el bien jurídico amenazado y que por esta razón deba cuidar el bien jurídico, estos son los presupuestos con los que precisar los presupuestos en lo que surge la posición de garante y la omisión puede ser equiparada a la acción, un ejemplo claro de esto es el caso del médico con su paciente (Welzel, Derecho Penal Alemán, 1993, pág. 248).

Para que esta equiparación surja de una manera adecuada, es necesario tener claro que no puede imputarse el resultado a toda persona que no realice una acción tendente a la evitación del mismo, por lo tanto debe exigirse la concurrencia en esa persona de encontrarse en posición de garante respecto del bien jurídico lesionado, puesto que con esto se pretende que no se justifique la impunidad de ciertas conductas desde una perspectiva constitucional, ya que el deber jurídico de responder posición de garante) analizado in bonam partem, restringe la punibilidad (Jakobs, Derecho penal Parte General, 1997, pág. 953).

En conclusión la omisión impropia, se le imputa al aquel que por su omisión no hacer), incumple con el mandato de actuar y por ello produce un resultado lesivo a un bien jurídico, que normalmente se lesionaría por medio de una acción. Este delito es de suma importancia para esta investigación, puesto que los delitos de mala práctica profesional del médico se producen únicamente por medio de este tipo de omisión, ya que no existen norma en el COIP que tipifique homicidio por mala práctica profesional del médico de forma expresa, por esta razón es necesario acudir a los delitos de acción como el homicidio o lesiones, los cuales pueden ser producidos por omisión del profesional, siempre que haya tenido la responsabilidad jurídica de evitar o no producir un resultado

lesivo, por esta razón el siguiente tema a ser analizado es la posición de garante, la cual nos especificará los requisitos que se necesita para obtener la calidad de garante de un bien jurídico de otra persona.

1.4.4.2.1.-Posición de Garante

Para la mayoría de los tratadistas la posición de garante es un criterio diferenciador de la omisión propia e impropia, puesto que aducen que no existe posición de garante en los delitos de omisión propia, sin embargo como ya he expresado anteriormente me decanto por la perspectiva que establece que la posición de garante si existe en la omisión propia solo que ésta es establecida por el legislador, empero cualquier posición que se tome es evidente que debe ser analizada en los delitos de omisión impropia ya que al no estar tipificada en la legislación es el límite para establecer la existencia de un delito, por ende el fin a posibles arbitrariedades.

La expresión “garante”, referida al omitente responsable de un resultado porque tenía la responsabilidad de garantizar el bien jurídico frente a la comunidad fue incorporada por BINDING en 1926, empero fue acuñada definitivamente por NAGLER en 1938. Posteriormente el concepto fue desarrollado en toda su amplitud es así que según el maestro ENRIQUE GIMBERNAT, establece que la posición de garante es la posición que destaca a una persona de las demás (responsabilidad jurídica), haciéndola responsable del bien jurídico penalmente protegido por no evitar su lesión, y se le atribuye a esta igual que si la hubiera causado mediante una acción y se determina cuando se constata que existe un mandato jurídico que cuyo contenido es la evitación o puesta en peligro del bien jurídico (Gimbernát, 2013, pág. 132).

Para ARMIN KAUFMANN la posición de garante es la protección del bien jurídico y esta tarea de defensa del garante puede ubicarse en dos direcciones la primera es estar vigilante para proteger determinado bien jurídico contra peligros de todo género, y la segunda en la supervisión de determinada fuente de peligros sin importarle a que bienes jurídicos amenazan estos peligros< (Kaufmann, 2006, pág. 298)>. En el mismo sentido CEREZO MIR, propone que se asuma a la posición de garante no solo desde la perspectiva formal que parte del bien jurídico, sino más bien desde un aspecto material que pueda ser enfocada desde función protectora de bienes jurídicos o el control de una fuente de peligro (Cerezo Mir, 2006, pág. 1142).

Por esta razón JESCHECK aporta a esta concepción expresando que no basta simplemente con el hecho de que una acción pueda ser evitada para no causar una lesión en el bien jurídico a cualquiera que tenga la capacidad de acción, ya que no existe un deber de ayudar en todo momento, por ello es necesario demostrar un “fundamento jurídico especial” para responsabilizar a un individuo por omitir la protección de bienes jurídicos ajenos. La posición de garante tiene una relación estrecha con el bien jurídico lesionado puesto que esta posición convierte a que omite evitar un resultado típico en autor de una omisión (Welzel, Derecho Penal Alemán, 1993, pág. 251). Con lo anteriormente dicho queda claro que la posición de garante surge de un deber jurídico que es otorgado al autor de la omisión, para que el resultado lesivo pueda ser equiparado a una causación activa, con esto se excluyen los deberes morales que no pueden fundamentar dicha equivalencia.

En el Ecuador la posición de garante está tipificada en el COIP en el segundo inciso del artículo 28:

Artículo 28.- “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 esta definición podemos apreciar que se atribuye la posición de garante a un individuo el cual tiene una responsabilidad sobre los bienes jurídicos de otro, estableciendo como parámetros, la obligación impuesta por la ley y el contrato, mismas que en la doctrina son llamadas fuentes de la posición de garante, de cualquier forma que se la llame tienen la misma finalidad que es establecer a que personas le corresponde la garantía de un bien jurídico, inmediatamente se procederá a analizar estas dos fuentes e indicar en qué casos en el Ecuador se le atribuye a un individuo dicha posición.

La fuente Legal es aquella que la posición de garante se deriva de las leyes extrapenales para la protección del bien jurídico, este es el caso de los agentes policiales, quienes tienen el deber de protección de los ciudadanos por medio del derecho público, o los padres el deber de guarda para con sus hijos establecido en el derecho privado, con respecto a los profesionales de la salud estos tienen la obligación jurídica de atender oportunamente a los pacientes que lleguen a emergencia al centro de salud, esta disposición se encuentra tipificada en el artículo 2 de la Ley de Derechos y Amparo al Paciente.

Artículo 2.- Derecho a una Atención digna.- Todo paciente tiene derecho a ser atendido oportunamente en el centro de salud de acuerdo a la dignidad que merece

todo ser humano y tratado con respeto, esmero y cortesía.

El contrato es la fuente de garante, en la que por medio de obligaciones civiles da origen a responsabilidades penales, esta obligación surge a través de la voluntad de las partes a través de un contrato, en la que una persona se obliga a la protección del bien jurídico de la otra, y convierte al omitente en responsable del resultado no impedido, es el caso del contrato que celebran los padres con una niñera para que cuide a su hijo, o un médico en relación con su paciente.

CAPITULO II

Tipo subjetivo de la conducta penalmente relevante del médico

2.1.- Tipicidad en el finalismo

Como ya se analizó anteriormente dentro de la teoría finalista se reconceptualiza la concepción de la norma penal que hasta el neokantismo era considerada como una norma objetiva de valoración, lo que quería decir que era una norma

destinada a la protección de bienes jurídicos, sin embargo con el advenimiento del finalismo esta concepción se cambia y se establece que la finalidad de la norma es la de determinar conductas por medio del tipo, es decir una norma subjetiva de determinación que conduzca al ciudadano a realizar comportamientos adecuados. Esta modificación produjo un efecto sustancial en la concepción de las categorías dogmáticas que componen del delito y en la ubicación sistemática de los elementos que componían a cada una de ellas.

La dogmática en sus inicios mantenía separado lo objetivo y lo subjetivo, puesto que los elementos externos objetivos estaban ubicados en el tipo y los subjetivos dentro de la culpabilidad (Welzel, Derecho Penal Alemán, 1993, pág. 72). Al hacer alusión al tipo que se refiere a las circunstancias del hecho que fundamentan el ilícito, estas circunstancias pueden tener un carácter externo y otro interno, por ello la división entre tipo objetivo y tipo subjetivo (Stratenwerth, Derecho Penal. Parte General I, 2005, pág. 141). Con esta nueva concepción personal del injusto, el tipo penal cambia su estructura, por lo que la tipicidad ya no se configura únicamente con la existencia de elementos objetivos, sino que debe incluirse el aspecto subjetivo del hecho, razón por la cual la culpa se analiza en sede de tipicidad.

Como se analizó la doctrina finalista determina que la tipicidad tiene elementos que describen la conducta y elementos que analizan la psicología del autor al momento de cometer el injusto, pues deja atrás la ubicación sistemática de la escuela clásica en la cual se analizaba al dolo en la culpabilidad. Para esta escuela no se puede soslayar los elementos objetivos y los elementos subjetivos que componen un tipo penal pues la tipicidad cumple la función de verificar la existencia de estos dos aspectos.

	TIPICIDAD	
ACCIÓN	OBJETIVA	SUBJETIVA
Conducta dirigida hacia un fin, en donde el autor este consiente de los medios que debe utilizar para llegar a la consecución de su finalidad.	Sujeto Activo	Dolo
	Verbo Rector (Acción Típica)	
OMISIÓN		
No realización de una acción teniendo la obligación jurídica de hacerla	Elementos Normativos	CULPA
	Elementos Valorativos	

2.2.- Antecedente, evolución histórica y la ubicación de la culpa en la teoría del delito.

El delito imprudente empezó a tener acogida bajo la influencia canónica⁴, antes de esto era considerado un cuasi delito por lo que era tratado en el derecho

Tres ciudades servían de refugio si se cometía un delito imprudente: “Es el caso del homicida que huirá allí y vivirá: el que hiriere a su prójimo sin intención y sin haber tenido enemistad con él anteriormente, como el que va con su prójimo al monte a cortar leña y, al dar con fuerza el hachazo con su mano para cortar algún leño, salta el hierro

civil; en lo que se refiere al derecho penal, la imprudencia tenía un lugar secundario, ya que sólo los delitos dolosos eran considerados los más graves y por ende los más importantes, sin embargo con el proceso de industrialización en el siglo XIX, se produjo la manipulación de máquinas y medios peligrosos para la vida, salud e integridad física para los operarios, por lo que frente al aumento cuantitativo de estos delitos, la doctrina se percató de que era oportuno empezar a desarrollar el delito impudente, por ello el derecho penal moderno desarrolla fundamentalmente dos concepciones de imprudencia, la psicologista y la normativa (Muñoz Conde, Derecho Penal Parte General, 2004, pág. 281).

La concepción psicologista fue desarrollada en la escuela causalista, la misma que analizaba al delito imprudente en sede de culpabilidad, ya que esta se entendía como un nexo psicológico entre el autor y el resultado antijurídico pero con menos intensidad que el dolo; dicho nexo psicológico se concebía de varias formas: por un lado como la voluntad de realizar la acción típica pero no el resultado, a diferencia del dolo que exige la voluntad del comportamiento y el resultado, una idea similar que utilizaron otros juristas fue que la imprudencia exigía voluntad de la acción peligrosa aunque sea eventual, por lo que coincidía con el dolo de peligro, pero sin la voluntad de lesión; otras concepciones incluso llegaron a decir que existía conciencia en la realización del hecho y el resultado. Estas definiciones no fueron admitidos, puesto que por un lado en los delitos de mera inactividad si existe la voluntad de realizar la acción típica, por lo tanto no cabe la existencia de imprudencia, sino de dolo, por otro lado la voluntad de la

del cabo y da contra su prójimo, y éste muere, aquél huirá a una de estas ciudades y vivirá; no sea que el vengador de la sangre vaya tras el homicida, enfurecido en su corazón, y le alcance por ser largo el camino y le hiera de muerte, no debiendo ser condenado a muerte, por cuanto no había tenido enemistad con el muerto anteriormente”, en *Deuteronomio* 19, versículos 4, 5 y 6.

acción solo es aplicable a la culpa consiente, pero no es aplicable al otro tipo de culpa inconsciente en la que no hay nexo anímico pero si puede suponer una falta de cuidado reprochable (Muñoz Conde, Lecciones de Derecho Penal Parte General, 2012, pág. 290).

Como se dijo anteriormente la teoría causal fundó la naturaleza del delito imprudente en la causación de una lesión del bien jurídico mediante un acto de voluntariedad, no obstante English estableció que entre la conexión causal y la culpabilidad faltaba un elemento adicional que comprendía la carencia de cuidado, sin la cual era imposible fundamentar la antijuridicidad del comportamiento imprudente (Welzel, Derecho Penal Alemán, 1993, pág. 154). Al basarse los tipos en una norma de determinación esta no puede prohibir una simple causación, sino una determinada conducta contraria al deber de cuidado, es por ello que la teoría final de la acción reforzó la orientación a trasladar el desvalor de la conducta al tipo (Roxin, Derecho Penal, Parte general, 2010, pág. 997) . Esta redefinición de la culpa por tanto se debe a la consideración de la norma como subjetiva de determinación, puesto que solo esta puede motivar un comportamiento jurídicamente obligado (García, Código Orgánico Integral Penal Comentado, 2014, pág. 336).

Es por ello que con el advenimiento del finalismo se impone la concepción normativista la cual establece como núcleo de la imprudencia la inobservancia del cuidado, la cual le pertenece a la antijuridicidad y al tipo y no a la culpabilidad ya que solo infringe una norma quien incumple dicho deber de violación cuidado (Muñoz Conde, Lecciones de Derecho Penal Parte General, 2012, pág. 292).

Otra característica importante es que estos tipos penales son abiertos o tienen una necesidad de complementación, ya que el comportamiento no está establecido legalmente, por lo que le corresponde al juez completarlos de acuerdo a un juicio rector general, que es el cuidado requerido para el autor en una situación concreta (Welzel, Derecho Penal Alemán, 1993, pág. 158).

Por lo anteriormente dicho se puede decir que el delito imprudente se define como la falta de cuidado exigido en un ámbito concreto, puesto que para que se configure este delito no interesa lo que el sujeto perseguía con su actuar, sino que el cuidado que pone en el modo de ejecución de su actuación. Por ello diríamos que actúa imprudentemente quien realiza el tipo penal como consecuencia de la vulneración no querida de una norma de cuidado, sin embargo es preciso aclarar que el autor no contraviene la norma penal en forma voluntaria sino que se produce por falta de atención.

2.3.- La culpa en el Ecuador

La concepción que se mantuvo en el Ecuador hasta la entrada en vigencia del COIP, entendía al delito imprudente como un acontecimiento lesivo, que no era querido por el autor, pero que sin embargo pudo haber sido previsto por el mismo por causa de su negligencia, imprudencia e impericia, este concepto aparte de ser acuñado por la legislación ecuatoriana, fue ratificada por la doctrina, es así que, ERNESTO ALBÁN, en su manual de derecho penal, establece que el delito imprudente se produce debido a que el autor actúa sin debida diligencia (Albán, 2011), el problema con este concepto es que se rompe con el papel limitador que debe contener las normas penales, al establecer a la imprudencia, impericia o negligencia como características del delito imprudente, se está expandiendo el poder punitivo, ya que no se determina de una manera adecuada como debe ser la conducta. La transición a la concepción normativa del delito

imprudente en nuestro país, se da con el advenimiento de la nueva legislación penal.

Código Penal del Ecuador

Art. 14.- La 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 la ley, reglamentos u órdenes.

Código Penal Integral Penal

Artículo 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.

2.4.- Deber de Cuidado

El derecho por medio del ordenamiento jurídico ordena realizar cierto comportamientos que pueden afectar a los bienes jurídicos protegidos con el cuidado necesario para salvaguardarlos (Abralles, 2010, pág. 50), es por ello que la esencia del tipo imprudente se basa en el deber de cuidado, sin embargo es necesario diferenciarlo de las normas de cuidado, ya que son conceptos que si bien están ligados, son completamente distintos en su conceptualización. Es así que a la norma de cuidado se la entiende como una norma de determinación, que busca la evitación de lesiones de bienes jurídicos, estas normas se construyen de acuerdo con el cuidado general exigible para evitar la acción de conductas que aumenten riesgos de forma penalmente relevante, o la no realización

(omisión) de un comportamiento activo para proteger un bien jurídico. La norma de cuidado se concibe como una norma general, que posee una función subjetiva y el deber de cuidado se le asigna una función adjetiva, lo que quiere decir que la norma penal, ordena o permite y el deber de cuidado se refiere a realizar el comportamiento de una manera adecuada, empero, lo correcto no debe ser analizado abstractamente, sino de acuerdo a la relevancia social de la conducta (Corcoy, 2005, págs. 55-60).

El deber de cuidado, puede entenderse desde dos perspectivas, una exterior (corporal) y otro interior (psicológico). El concepto psicológico del cuidado se mantuvo vigente en la escuela causalista, la cual establecía que el cuidado era un proceso del pensamiento; este concepto fue desvirtuado posteriormente, ya que a partir de ENGISCH la conducta adecuada se concibe respecto al cuidado externo corporal independientemente del cuidado interno. Por lo que para la doctrina alemana distingue el cuidado externo como parte del injusto imprudente y el cuidado interno como objeto de reproche de la culpabilidad, lo contrario de la doctrina española, la cual concibe tanto el estudio del cuidado interno como externo en el injusto, ya que estos autores manifiestan que respecto a lo que no se es previsible no puede existir un deber de cuidado, posición a la que me adscribo. Es preciso indicar que el cuidado externo e interno no puede ser confundido con la doctrina objetiva y subjetiva de determinación del cuidado, ya que primero se refiere al concepto de cuidado y lo segundo a la forma de concretarse el cuidado (Corcoy, 2005, pág. 60).

Para abordar la determinación del deber de cuidado es preciso tomar en cuenta que como se dijo en líneas anteriores, que en resumen la norma de cuidado es una norma penal y por lo tanto esta prevista en los tipos penales, lo contrario del deber de cuidado ya sea en su ámbito objetivo como subjetivo no es por sí mismo una norma penal, sino que determina una de las formas posibles en que se debe realizar la conducta para que la misma sea correcta (Corcoy, 2005,

pág. 75). En cuanto a esta determinación del deber de cuidado, este debe entenderse desde un criterio mixto, uno objetivo y otro subjetivo, puesto que el deber objetivo de cuidado no lesiona por sí mismo una norma de cuidado, pues se complementa con el deber subjetivo de cuidado, supuestos que analizaremos a continuación.

2.4.1.- Deber Objetivo de Cuidado

La doctrina mayoritaria ha establecido al deber objetivo de cuidado como núcleo del delito imprudente, el mismo que se determina de acuerdo al incumplimiento de las reglas generales de cuidado, es así que en los diferentes entornos de la sociedad se ha desarrollado reglas especiales para disminuir el riesgo a la vulneración de bienes jurídicos protegidos, dichas reglas pueden o no ser de carácter jurídico, por lo que las reglas sociales extrajurídicas determinan actuar de una manera cuidadosa en el ámbito social respectivamente afectado⁵. En el caso de nuevas actividades que todavía no estén regladas, para ello se podrá buscar reglas de ámbitos sociales análogos, hasta que se establezca normas de referencia (Donna, *El Delito Imprudente*, 2012, pág. 118).

Por un lado las reglas de cuidado o reglas técnicas, poseen un argumento jurídico, ya sea por la ley, reglamento u ordenanza, por otro lado existe también reglas técnicas no reglamentadas, las cuales deben cumplir con el requisito de la regla de experiencia general de la vida para ser admitidas (Corcoy, 2005, págs. 76-77). Estas reglas de cuidado surgen por tres razones: primero por el riesgo inherente de la conducta del autor, segundo provienen del peligro de factores distintos al hecho natural (lluvia, noche) y tercero por conductas de terceros (Corcoy, 2005, pág. 93). En este caso las llamadas *Lex Artis*, aparecen como un conjunto de reglas técnicas, máximas de experiencia y conocimientos, aprobados

⁵ Por ejemplo un médico rural ya no será comparado con un médico rural consiente y ponderado, sino conforme a las normas en vigencia de la medicina que debía utilizar el medico en su actuar, en DONNA, Edgardo, *El delito imprudente*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2012, pág. 118.

por la comunidad científica o profesional (Hava, 2012, pág. 101), que son aplicadas en las actuaciones profesionales liberales como la del médico o del abogado.

Por otro lado los principios jurisprudenciales son de suma importancia para la determinación del deber objetivo de cuidado, este es el caso del principio de confianza, que se desarrolló debido al uso de actividades que pese a su peligrosidad, son aceptadas en la sociedad debido a su utilidad, inicialmente este principio se utilizó para aplicarlo a los comportamientos lesivos que se producen en la materia penal de tránsito, sin embargo poco tiempo después se expandió a otros ámbitos, para determinar el cuidado exigible a cada sujeto participe de la actividad específica de la que se trate.

Dicho en palabras de Esther Haba García de acuerdo a dicho principio “un comportamiento conforme al cuidado exigido autoriza a suponer que otros participantes del tráfico se comportarán de acuerdo con las obligaciones de cuidado que les incumbe, sin que tal suposición implique, por si misma, una infracción del deber de cuidado” (Hava, 2012, pág. 117). Con ello se autoriza suponer que otros partícipes se comportan de acuerdo a las obligaciones de cuidado que a cada persona le corresponde, es decir quien bajo la perspectiva de este principio se refleja en el caso de la cooperación con división del trabajo, en el que el actor confía en que sus compañeros de labores harán lo propio en determinada área, este es el caso del médico (García, Código Orgánico Integral Penal Comentado, 2014, pág. 345).

Lo que quiere decir que una persona confía del comportamiento razonable que va a tener una persona en el desarrollo de un comportamiento, es el caso del doctor que ordena a la enfermera a inyectarle a un paciente dosis precisas de penicilina, la enfermera sin precaución alguna inyecta una sobre dosis al paciente, producto de esto le da un shock anafiláctico y fallece, si bien es cierto la posición de garante recae en el doctor, el injusto no le es atribuible

puesto que el no aplico la dosis y confió en que la enfermera iba a realizar su labor con el cuidado necesario.

Un punto álgido con respecto a este tema se suscita en la previsibilidad objetiva a la que hacen alusión varios autores, y que no puede ser confundida con la previsibilidad subjetiva que se tratará más adelante, esta es una previsibilidad general se da por las estadísticas que surgen de los resultados lesivos que se producen en la sociedad. Con ello se establece que el ciudadano que realice acciones en la vida social que conlleven un determinado riesgo, debe actuar con diligencia o cuidado de modo que no lesione el deber que le permite cuidar de los bienes jurídicos, de acuerdo con esto el elemento objetivo de evitabilidad del tipo objetivo se rige solamente exclusivamente sobre un criterio general, sin considerar las capacidades del autor para el cumplimiento de la norma (Donna, *El Delito Imprudente*, 2012, págs. 119-121).

Para finalizar es preciso dejar claro que varios autores han discutido acerca de que la determinación del deber objetivo de cuidado donde el juez debe analizar la falta a éste deber, ya que no se encuentra tipificado en la legislación, atribuyéndole por esta razón el carácter de tipo penal abierto⁶, idea que no comparto ya que, el juez es llamado a analizar el cuidado requerido por el autor en un cierto comportamiento, lo que es contrario a completar el tipo con arreglo a un criterio general, es decir el juez lo que analiza es un baremo⁷ de la conducta realizada, mas no una norma penal. Al hablar de baremo, hablamos de parámetros objetivos para concretar el cuidado, para esto se debe acudir a la figura de un hombre medio, “consiente y cuidadoso” (Corcoy, 2005, págs. 94-100). Cabe

⁶ Los tipos abiertos son aquellos que expresan un deber jurídico, no son una mera descripción de la conducta prohibida y por ello el deber jurídico es objeto de un juicio de valoración por parte del juez en el caso en concreto, en CORCOY, Mirentxu, *El delito imprudente*, B de F, Montevideo, 2005, pág. 50

⁷ Cuadro gradual establecido convencionalmente para evaluar los méritos personales, en *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Escalpa Calpe, 2011.

recaltar que se habla de las capacidades generales de una persona ordenado por la norma penal, más no de las capacidades individuales que este posea.

2.4.2.- Deber Subjetivo de Cuidado

Una parte de la doctrina se decanta por establecer que la conducta descuidada, debe ser analizada en consideración a las capacidades personales de cada persona, por lo que el autor está obligado únicamente a prestar cuidado solo en lo que le fuere posible de acuerdo a sus capacidades individuales. Por esta razón se podría decir que en el deber objetivo el ordenamiento jurídico exige un cuidado mínimo, mientras que en el deber subjetivo, las personas que poseen capacidades excepcionales, están obligadas a actuar con mayor cuidado. El baremo de la persona normal para esta doctrina debe ser que poseer cualidades sobresalientes y también en las limitaciones físicas, por lo que se afirma que la contrariedad del deber se da cuando el sujeto pudo prever la peligrosidad de la conducta con relación a sus conocimientos y capacidad (Donna, *El Delito Imprudente*, 2012, págs. 122-123).

En el mismo sentido Jakobs expresa que la norma es un imperativo dirigido a cada uno de los destinatarios, por ello su límite se encuentra en el poder de cumplimiento del sujeto, con esto se establece que la norma de cuidado no puede exigir más allá de lo que el sujeto pueda realizar ya que no todas las personas están capacitadas por igual (Jakobs, *Derecho Penal Parte General*, 1995, págs. 388-389). Razón por la cual esta posición cree que el baremo objetivo, no es una medida suficiente para establecer una imputación jurídico penal, puesto que no es posible evaluar a una persona bajo parámetros constantes, ya que si a una persona se le acusa por no haber actuado de acuerdo al modo de otra, esta con razón argumentará que no es idéntico a la persona en cuestión y

que las circunstancias en que se suscitó el comportamiento fueron distintas (Donna, El Delito Imprudente, 2012, págs. 124-126)

Al aceptar que estas dos doctrinas se analicen en el tipo, quiere decir que no basta con la concurrencia objetiva, sino que es necesario que la persona conozca y pueda actuar en determinado caso, es por ello que existen dos criterios de delimitación del deber subjetivo de cuidado:

2.4.2.1.-Previsibilidad

La previsibilidad individual es consecuencia inmediata del conocimiento del riesgo de la lesión a un bien jurídico, es decir, el sujeto sólo puede prever aquello que tenía la posibilidad de conocer (de acuerdo a sus conocimientos) ex ante del suceso imprudente, por esta razón se afirma que la cognoscibilidad actúa como límite de la previsibilidad, es decir como aquello que al sujeto le es exigible conocer y por ende le era previsible la posibilidad de la realización típica (Corcoy, 2005, págs. 217-218).

El conocimiento del individuo acerca de factores de riesgo de la conducta, es importante para el análisis del injusto pues de esta manera se determina si se realizó la conducta con dolo o imprudencia, esto se entenderá con un ejemplo que establece Mirentxu Corcoy; es el caso de la madre que da de comer a su hijo un alimento envenenado por su amigo que odia al niño:

1. Si la madre no conocía que el alimento estaba envenenado por no tener indicios suficientes, no hay infracción a la norma de cuidado, por lo tanto no existe delito imprudente.

2. Si la madre conocía alguno de los indicios de que el amigo le odiaba al menor, la valoración cambia puesto que es necesario establecer un examen de cognoscibilidad, es decir analizar si la madre debía haber previsto el riesgo de su conducta y se puede calificar como conducta impudente.
3. Si la madre conocía todos los indicios del amigo con respecto al menor y pese a ello le da al menor el alimento envenenado, esta conducta es por tanto dolosa (Corcoy, 2005, pág. 221).

Entonces podríamos decir que el núcleo del tipo subjetivo es la cognoscibilidad de la posibilidad de realización típica, y esta actúa de distinta manera en los dos tipos de culpa, puesto que objeto de conocimiento en la culpa consciente es la posibilidad de realización típica, mientras que la culpa inconsciente el objeto de conocimiento en cuanto en la cognoscibilidad es la posibilidad de conocimiento de la posibilidad de la realización típica (Corcoy, 2005, pág. 229). Por ello el conocimiento de la posibilidad de realización típica involucra que el sujeto prevé esta posibilidad en abstracto, mas no en concreto puesto que de ser así estaríamos frente a un delito doloso, porque pese a que el sujeto tiene la capacidad de prever su comportamiento, este no cree en la posibilidad de que la realización típica se efectivice, esto es la falta de previsión de la realización típica, por esta razón se establece que el núcleo del tipo impudente es el desconocimiento de la concreta peligrosidad de la conducta, (Corcoy, 2005, págs. 222-231)

Pero además de este desconocimiento es necesario que el mismo le sea imputable al autor, por lo que se analizará todos los conocimientos previos, actuales y su capacidad, es decir el análisis de cognoscibilidad se realiza con ayuda del criterio de exigibilidad, esta se utiliza para trazar el limite a la exigencia del conocimiento de la peligrosidad inherente a la conducta. Para delimitar lo que

era cognoscible al autor, se entiende que este debe saber: el conocimiento de la situación, la previsión de su propia conducta y su eficacia en la situación y por último el conocimiento de las reglas de experiencia y su aplicación en la situación concreta (Corcoy, 2005, págs. 233-237).

2.4.2.2.- Evitabilidad

La evitabilidad individual de la conducta es un presupuesto mínimo para que se pueda atribuir a una persona la responsabilidad jurídico penal, puesto que lo que no le es posible al autor evitar, no se le puede imputar, por lo que a la evitabilidad individual se la concibe, como la conducta que debe haber sido evitable para el autor concreto y no, por asignarle la calidad de hombre promedio (Córdova, 2012, pág. 216).

Para establecer que el comportamiento le era evitable al autor, se tiene que tomar en cuenta las capacidades físicas e intelectuales del autor en el caso concreto. La comprobación de si el autor dispuso de sus capacidades físicas necesarias para evitar el comportamiento, es analizado anteriormente en las causas de exclusión de la conducta (en los casos de fuerza física irresistible y actos reflejos); en el caso de las capacidades intelectuales son indagadas en el tipo subjetivo, es así que la evitabilidad requiere de la previsibilidad, ya que sólo se puede evitar aquello que se puede prever, por lo tanto, lo imprevisible es inevitable. En conclusión, solo las consecuencias previsibles pueden ser consideradas evitables, es así que el delito imprudente no se constituye porque el autor pudo prever el resultado, ya que si lo hubiese hecho caería en una conducta dolosa, sino porque esa realización típica le era previsible y por tanto evitable (Córdova, 2012, págs. 217-220).

La doctrina tiene una discusión al respecto de la atribución del delito imprudente, puesto que para la mayoría de tratadistas el delito imprudente se configura con la previsibilidad general para un hombre promedio (previsibilidad objetiva), mientras que para la doctrina minoritaria requiere de una previsibilidad individual del autor, en lo personal me decanto por la segunda posición, puesto que se estaría ampliando el deber objetivo de cuidado y se juzgaría de igual forma a un médico recién graduado que a un médico que posea varios masters. Con ello no quiere decir que suple a la infracción al deber objetivo de cuidado, todo lo contrario, en lo personal creo que esta concepción es un complemento de la anterior y es un parámetro pro reo para no imputar a las personas de un modo general, sino individualizado.

2.5.- Clasificación de la Conducta Imprudente o Culposa

En la doctrina se establece dos clases de imprudencia, las cuales se tratarán a continuación:

2.5.1.-Imprudencia Consciente e Imprudencia inconsciente

La imprudencia consciente se da cuando el autor advierte de la posibilidad de la lesión del bien jurídico, sin embargo a consecuencia de la sobrevaloración de sus habilidades o capacidades, o simplemente porque cree en su propia suerte de que no se va a realizar el tipo legal, realiza el comportamiento (Jescheck, 2002, pág. 611). Es decir, el sujeto sabe que está infringiendo su deber objetivo de cuidado, al confiar de modo irracional que no se va a realizar tipo legal. Para imputarle al sujeto esta clase de imprudencia, el sujeto debe estar consciente en primer lugar de los riesgos o peligros que representa su comportamiento, y segundo de las medidas de precaución que debe tomar para que ese peligro no se realice (López Barja de Quiroga, 2013, págs. 530-531). Es preciso aclarar que el

sujeto tiene un conocimiento del peligro abstracto, más no del peligro concreto, puesto que al tener conocimiento del peligro concreto estaría recayendo en un delito doloso.

La desvalorización de la acción en este caso de imprudencia se realiza en razón de que actuó a pesar de conocer el peligro que entrañaba su acción. Por ejemplo cuando dos personas tienen que transportar un vidrio de dos metros de largo y tres metros de ancho, y solo tienen en ese momento a su disposición un auto pequeño (aveo spark), y saben que al asegurarlo con piola, este se puede soltar en el trayecto y causar un accidente, estos por confiar en sus habilidades lo hacen y a consecuencia de esto el vidrio cae y provoca un accidente en otro automóvil. En el caso específico del médico este tipo de culpa se da cuando el cirujano utiliza prótesis mamarias de baja calidad, que sabe que pueden ser lesivas para la vida de la paciente y pese a ello los coloca y a causa de esto se produce la muerte de la paciente.

La culpa inconsciente en cambio el autor no solo no quiere causar el resultado lesivo, sino que ni siquiera se percató en prever el peligro que su conducta representa para el bien jurídico (Mir, 2005, pág. 287). La desvalorización de este comportamiento se realiza en función de que el autor tuvo o no la posibilidad de conocer el peligro, siendo esto un problema que entraña a la previsibilidad individual ya que el autor realizó el comportamiento sin tener noción del deber objetivo de cuidado que infringía, ni de la acción peligrosa evitable (García, Código Orgánico Integral Penal Comentado, 2014, pág. 349), por ello, si se considera a la norma de cuidado como el comportamiento adecuado, la motivación para adecuarse a este comportamiento no depende de la representación del peligro, ya que si el sujeto conoce la norma que regula el manejo cuidadoso debe comportarse de acuerdo a la misma, como por ejemplo la enfermera que a sabiendas de que tenía que suministrar una determinada

medicación al paciente, se queda dormida y producto de esto se produce la lesión del bien jurídico protegido; en caso de no conocer la norma se debe realizar un análisis en sede de culpabilidad específicamente en el error de prohibición (López Barja de Quiroga, 2013).

Es preciso especificar que la diferencia entre la imprudencia consciente e inconsciente con respecto a sus consecuencias jurídicas no tiene mayor relevancia puesto que no afecta la magnitud del injusto, y el legislador no las vincula con respecto a la determinación de la pena, por esta razón tampoco se la encuentra en la ley pues es solo un desarrollo de la doctrina, sin embargo considero que en casos de culpa consciente debe tener una mayor consecuencia penológica.

CAPITULO III

AMBITO DEL MÉDICO

3.1.- Relación del Médico Paciente.

La relación médico-paciente como la mayoría de las relaciones de las personas, es una relación interpersonal, la cual permite al paciente satisfacer su deseo y necesidad de la salud y al médico cumplir con una de las funciones más importantes en la sociedad. Esta relación es más antigua que la medicina, puesto que el restablecimiento de la salud del enfermo era un imperativo social que se encuentra en todas las civilizaciones antiguas, con sus diferentes consideraciones míticas, la cual era practicada por el chaman, sacerdote u otras personas, los

cuales utilizaban métodos empíricos, alejados de la ciencia, pero con el mismo fin que en la actualidad, mejorar la salud del enfermo. Posteriormente con la revolución científica – tecnológica se ha reforzado estas direcciones y se han establecido nuevos métodos para tratar la salud de las personas con más precisión (Rodríguez, 2008, págs. 1-3).

La base de la práctica médica y la ética médica es la relación médico paciente, pues el médico debe a sus pacientes toda la lealtad y los recursos disponibles para ellos⁸, ya que la exigencia mayor para el medico es velar ante todo por la salud de sus pacientes en toda ocasión⁹. Esta relación tradicionalmente se la consideraba de una forma paternalista, es decir el medico tomaba las decisiones y el paciente las acataba sin objetar, puesto que confiaba en que el médico actuará según lo que más le convenga al paciente. Esta posición ha sido criticada y rechazada en los últimos tiempos tanto en la ética como el derecho, puesto que cada persona tiene el derecho de decidir el tratamiento para su enfermedad, y el caso de estar imposibilitado de hacerlo se deberá contar con la autorización de sus familiares (John R, 2009, pág. 37). De esta relación se desprende un sin número de derechos y obligaciones para las dos partes, sin embargo considero prudente tomar en cuenta aquellas que se adecuan al fin de esta investigación.

3.1.- El médico.

Por médico se entiende al profesional calificado por su formación y autorizado por la ley para ejercer la medicina, este tiene la competencia para

⁸ DECLARACIÓN DE GINEBRA Adoptada por la 2ª Asamblea General de la AMM, Ginebra, Suiza, septiembre 1948 enmendada por la 22ª Asamblea Médica Mundial, Sídney, Australia, agosto 1968

⁹ Adoptado por la 3ª Asamblea General de la AMM Londres, Inglaterra, Octubre 1949

solucionar problemas del cuerpo humano respecto de los cuales no se hallan respuestas sencillas, puesto que los pacientes nunca van a ser iguales, aunque presenten la misma enfermedad (Wojtczak, pág. 22). Se trata de una persona formada y con licencia para ejercer las artes de la medicina, denominado también doctor (Collins, 2005, pág. 577).

3.1.2.- Lex Artis

Para determinar el deber objetivo de cuidado es necesario acudir a las reglas aplicables a los casos típicos, este conjunto de reglas técnicas o procedimientos se lo conoce como lex artis (Romeo Casabona, 2011, pág. 269), las mismas que determinan el correcto modo de conducta profesional del médico frente a la corporeidad de su paciente, dentro del contexto de una determinada situación clínica (Arrubla, 1998, pág. 203) y que cambian según el sector social, la profesión y la especialidad que se trate, lo que implica que el médico que somete su actuación a la lex artis no infringe el deber objetivo de cuidado (Romeo Casabona, 2011, pág. 269). Por esta razón este concepto de lex artis es uno de los más importantes en el estudio del derecho penal puesto que le da seguridad jurídica a los médicos (Lombana, 2010, pág. 247).

Las reglas técnicas aplicables a situaciones típicas determinan el grado de cuidado que es necesario observar si se quiere evitar una determinada lesión de un bien jurídico, es por ello que a pesar de existir un comportamiento apegado a sus normas de cuidado se produce el daño en la vida o integridad física del paciente, este resultado no puede imputársele al médico (Montealegre, 1998, pág. 58). Tal como señala Luis Jiménez de Asúa, toda intervención médica realizada conforme a la lex artis carece de tipicidad y se halla justificada (Jiménez de Asúa, 1961, pág. 682).

La *lex artis* no está integrada únicamente por las reglas y estándares generalmente aceptados en la especialidad que se practica, sino que esta debe ser compatible con la libertad de método por parte del profesional médico, pues solo así es posible el avance médico del sector. La mencionada libertad está restringida por la existencia legal de los nuevos tratamientos, como procedimientos o técnicas a los que están sometidos. (Romeo Casabona, 2011, pág. 270). Puesto que si se toma a la responsabilidad médica en un sentido riguroso y estricto, queda cohibida la facultad del ejercicio profesional por miedo a las responsabilidades excesivas que recaerían en el actuar de médico, lo que conllevaría un grave perjuicio no solo para el galeno, sino también para el paciente (Montealegre, 1998, pág. 61).

La valoración de los presupuestos del arte médico es una guía delimitadora entre lo penal y lo irrelevante para el derecho, es decir que en los casos en los que un médico cause daño a un paciente por incumplimiento, desobediencia o desconocimiento a la *lex artis* se encontrará en una situación de responsabilidad penal médica, frente a la cual debe responder conforme a la ley, dependiendo de los elementos subjetivos de su conducta (Lombana, 2010, pág. 247). Para delimitar las reglas técnicas, es decir no utilizar un concepto abstracto sino concretarlo en la llamada *lex artis ad hoc*, se debe tomar en cuenta un criterio valorativo del acto médico ejecutado por el profesional de la medicina en cuanto a la especialidad del autor, de la complejidad del acto y trascendencia de factores endógenos, como por ejemplo la intervención del enfermo y sus familiares, para poder calificar si se realizó dicho acto conforme o no con la técnica requerida (Lombana, 2010, pág. 248).

La *lex artis* posee tres características que son fundamentales para el estudio de este criterio determinante del cuidado objetivo:

- El análisis de la *lex artis* es indispensable para juzgar el comportamiento del médico, ya que es primordial tomar en cuenta las características de quien las ejerce, el desarrollo del área específica de la que se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos y las circunstancias específicas del paciente. Es importante tomar en cuenta que como la medicina no es una ciencia exacta su ejercicio no se desarrolla a través de resultados sino de medios, es decir lo importante al valorar la responsabilidad penal médica no es el resultado, sino si ese resultado se produjo por una infracción al deber objetivo de cuidado (no siguió los parámetros de la *lex artis*). Sin embargo pese a que se aplicó correctamente los procedimientos recomendados y aceptados mundialmente, el paciente fallece a causa de esto, no se le podrá imputar al médico puesto que el deceso no se produjo por la falta de observación de la *lex artis*.
- El cumplimiento de la *lex artis* debe analizarse de acuerdo a las exigencias del momento, es decir, según el estado de la ciencia puesto que la *lex artis* no es un conjunto de normas absolutas, sino que estas dependen de la evolución de la medicina, la variedad de tratamientos que exista en ese momento y el factor humano que actúa, es por ello que no se puede hablar de reglas preventivas absolutas, y las condiciones en las que se encuentra el paciente, ya que para que la *lex artis* surta efecto depende como reaccione cada paciente. Por esta razón para la determinación de la responsabilidad médica, el derecho penal debe alejarse de todas las generalizaciones y juzgar en base a las situaciones concretas.
- El desempeño de la *lex artis* debe llevarse a cabo en todos los momentos del tratamiento médico, es decir, primero es necesario realizar un diagnóstico oportuno en base a los criterios de la *lex artis*, posteriormente se determina el tratamiento que el paciente requiere (para que se ejecute este paso es necesario el consentimiento del paciente que se tratará en las páginas posteriores), el médico al aplicar un determinado tratamiento está obligado a hacer un seguimiento constante al paciente, y por último el

médico tiene que estar presente en el acompañamiento de la rehabilitación del paciente (Lombana, 2010, págs. 248-259).

.

En conclusión, es preciso establecer que la *lex artis* es para situaciones típicas, mas no para casos atípicos o especiales, que sin estas no suponen la infracción al deber de cuidado, puesto que es necesario establecer si el autor es responsable del hecho por sus capacidades individuales, sin embargo ya presupone un indicio de la infracción al deber de cuidado.

3.2.2.- Reglas y Protocolos Médicos.

Los protocolos son entendidos como reglas presentes y futuras que colaboran al personal médico a tomar decisiones con respecto al cuidado de los pacientes y medir los resultados de la atención médica, esta definición lo hace el Institute of Medicine desde la década de los 90 y fue difundido por MeSH¹⁰ (Lowne, 1994), también se lo entiende como un conjunto de recomendaciones sobre los procedimientos y diagnósticos que van a ser utilizados ante todo enfermo de acuerdo a un cuadro clínico (Rodríguez Artajero, 1990).

Este conjunto de herramientas técnicas tiene como fin normar la práctica médica, definir derechos de los usuarios, priorizar el manejo de ciertas patologías, optimizar recursos, entregar insumos para facilitar el diagnóstico, usar racionalmente los medicamentos, en cuanto a la prevención los protocolos facilitan el seguimiento de riesgos, otro beneficio de los protocolos es que

¹⁰ MeSH es un vocabulario en términos científicos y médicos, en Lowne W, Understanding and using the medical subject headings. Vocabulary to perform literature searches. Jama, 1994, 271:1103-8

disminuye la diversidad en el diagnóstico de los médicos, lo que mejora la precisión clínica y permite la actualización de los avances médicos. Sin embargo han surgido varias discusiones acerca de su utilidad en la práctica, puesto que limita el ejercicio de la profesión médica al imponer formas engorrosas al momento de la atención, pese a ello existen continuos intentos por protocolizar la asistencia sanitaria en base a sus beneficios ya que son una herramienta legal en el caso que se requiera defensa frente a demandas por mala práctica médica, y el éxito en curar patologías de difícil diagnóstico (Marqués, 2002, págs. 1-3).

Es preciso tomar en cuenta que este término se basa en el consenso de un grupo multidisciplinario de profesionales para llegar a acuerdos en temas de conflicto y discrepancias (Almeida, 2006), en este sentido es importante determinar la diferencia entre protocolo médico y guía clínica, pues en muchas ocasiones estos términos suelen ser confundidos, el primero es universalmente aceptado, mientras que el segundo es aplicable solo para la clínica que lo emite (Sánchez Ancha, 2009). En el Ecuador los protocolos siguen el formato propuesto por el Ministerio de Salud Pública y el CONASA (Consejo Nacional de Salud) y están basados en literatura médica actualizada con un enfoque desde el primer nivel de atención, el proyecto pone estos protocolos a consideración de la comisión de prestaciones del CONASA para su validación (MSP, 2011).

Para tratar más específicamente las contingencias médicas, los protocolos se clasifican en categorías, esta división está compuesta de cuatro etapas, las cuales están descritas de forma jerárquica en donde cada nivel implica un mayor grado de complejidad:

- Protocolos de atención.- Son las pautas de diagnóstico y la elección de la terapia, además facilitan el trabajo en equipo puesto que asignan responsabilidades a los encargados de la función médica, y finaliza con el seguimiento que hace el doctor al paciente.

- Protocolos de Prevención.- seguimiento integral de los factores de riesgo y diagnóstico precoz de patologías causadas por un factor de riesgo específico.
- Protocolos de investigación.- sirven para las propuestas científicas, técnicas y vitalidad de los proyectos.
- Protocolos de evaluación.- el objetivo es valorar los aciertos de la atención sanitaria.

3.3.- El Paciente

El paciente es otro de los principales protagonistas del estudio del Derecho Penal Médico, el cual tiene como único fin que se encuentre una cura a su enfermedad¹¹ que le aqueja, por lo que este va a tener una apreciación distinta de la enfermedad que el médico, pues no lo va a apreciar con objetivismo, sino que su punto de vista será meramente subjetivo, es decir su apreciación dependerá del estado de su enfermedad, el estado psicológico en el que se encuentre, su personalidad, entre otros. Esta situación lo pone en un estado pasivo con respecto al médico que está en una situación activa.

Según la Real Academia de la lengua define enfermo como la “Persona que padece física y corporalmente, y especialmente quien se halla bajo atención médica”. En el Ecuador existe una ley de derechos y amparo al paciente que fue promulgada en 1995, la cual establece que el paciente tiene derecho a una atención digna, derecho a no ser discriminado, derecho a la confidencialidad, derecho a la información en términos que pueda entender el paciente sobre el

¹¹ Enfermedad, "Cualquier desviación o interrupción de la estructura normal o función de cualquier parte, órgano o sistema (o combinación de los mismos) del cuerpo que se manifiesta por un conjunto característico de síntomas y signos, en Diccionario Médico Ilustrado de Dorland (Dorland's Illustrated Medical Dictionary) (28th ed., Phila, Saunders, 1994).

diagnóstico, el tratamiento y sus riesgos, derecho a decidir si aceptar o declinar el tratamiento¹².

3.3.1.- Consentimiento Informado

Se trata de un concepto técnico que ya ha pasado al ámbito del lenguaje coloquial, siendo aceptado comúnmente en la lengua castellana, extendiéndose por ejemplo en el Diccionario de la Real Academia Española, que lo define afirmando que es el “consentimiento que ha de prestar el enfermo o, de resultarle imposible, sus allegados, antes de iniciarse un tratamiento médico o quirúrgico, tras la información que debe transmitirle el médico de las razones y riesgos de dicho tratamiento” (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 2001) .

Pese a lo que se dijo anteriormente, que el paciente se considera como un sujeto pasivo, este cada vez está consciente de sus derechos y libertades, por lo que tiende a exigir la tutela de los mismos, aunque se encuentre indispuerto por su enfermedad, como consecuencia de esto el medico se ha visto en la necesidad de ceder ante las decisiones del paciente, ya que este posee una visión completa de su enfermedad y en general una visión personal y del entorno que le rodea (familia, trabajo, sociedad) (Romeo Casabona, 2011, pág. 123).

Esta idea se fundamenta en los derechos de integridad personal, libre autodeterminación, libre desarrollo de la personalidad, y autonomía individual, con lo cual se establece que la persona tiene derecho a aceptar o no un tratamiento médico, para no volver a caer en sucesos como los del Tercer Reich en el que se

¹² LEY DE DERECHOS Y ATENCIÓN AL PACIENTE, Registro Oficial suplemento 626, 3 de febrero de 1995, Capítulo II, art. 2-6.

utilizaban personas como objetos para experimentos médicos (Lombana, 2010, pág. 66) .

Por lo que el consentimiento informado se define como la aceptación de parte del paciente para realizarse un determinado tratamiento propuesto por el médico, siempre y cuando haya comprendido el diagnóstico, las características del tratamiento propuesto, las alternativas del mismo y los riesgos para su salud en caso de aceptarlo o no (Arrubla, 1998, pág. 105). En el mismo sentido, HIGHTON y WIERZBA definen al consentimiento informado como una declaración de la voluntad efectuada por el paciente, luego de que haya recibido información suficiente requerida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como medicamento aconsejable (Lombana, 2010, pág. 66).

Es preciso indicar que pese a que la responsabilidad del médico depende de los daños que este cause al paciente durante el tratamiento u operación quirúrgica, por el fracaso de su habilidad o cuidado requerido, el consentimiento informado puede cuestionar este imperativo, ya que si el médico se encuentra libre de imprudencia en su actuación, se le puede imputar responsabilidad penal por haber actuado sin dicho consentimiento, o más allá del dado, o por no haberle informado de los riesgos que llevan consigo el tratamiento (Garay, 2005, pág. 62). Es por esta razón que el informar al paciente es un deber que se desprende del consentimiento informado, y se debe hacerlo de manera completa, adaptada a condiciones culturales y psicológicas del paciente, según las características del caso concreto y en términos comprensibles, acerca de las consecuencias de su intervención o tratamiento médico (Múñoz, 1998, pág. 80). Esta información debe contener como mínimo, la finalidad, naturaleza y riesgos de la intervención (Lombana, 2010, pág. 79). Pese a las anteriores acotaciones, es importante tomar en cuenta que este documento no puede constituirse en contra del paciente, puesto que es obligación del médico asistirlo y orientarlo en esta etapa, para evitar que pese a poder hacer uso de sus derechos, se encuentre solo con una información inteligible o excesiva (Lombana, 2010, pág. 126).

Para que el consentimiento informado tenga validez debe contener los siguientes requisitos:

- 1.- Que el paciente adopte su determinación sin coacciones o engaños, ya que este debe ser libre y voluntario, es decir que el consentimiento se encuentre libre de vicios (otorgue mediante fuerza o intimidación).
- 2.- Este consentimiento debe estar basado en el conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos relevantes para que el paciente pueda comprender los riesgos y beneficios de su intervención quirúrgica o tratamiento, lo que quiere decir que el consentimiento debe ser informado como se expresó en líneas anteriores.
- 3.- El paciente que toma la decisión debe ser lo suficientemente autónomo para saber si acepta o no el tratamiento, es decir que la persona goce de sus aptitudes mentales y emocionales para poder tomar la decisión (sujeto debe ser capaz), lo que quiere decir que no siempre va a ser aceptado por el paciente.
- 4.- La forma del consentimiento, se refiere a cómo va a quedar registrado el cumplimiento de los requisitos del paciente, la cual puede ser tanto en forma escrita como verbal según las circunstancias del caso, por lo general la información más relevante se otorga por escrito, pero por posibles complicaciones puede que se dé el consentimiento de forma verbal.
- 5.- El consentimiento debe ser dado antes de la intervención quirúrgica o tratamiento, un consentimiento posterior no tendría efectos jurídicos (Lombana, 2010, págs. 75-83).

3.3.1.1.-Los sujetos del consentimiento

Por un lado están los médicos, enfermeros y demás asistentes de salud, estos son los receptores del consentimiento informado, para ellos el consentimiento informado es de vital importancia para otorgar legitimidad a sus actuaciones, este consentimiento tiene un carácter personal en cuanto solo cubre al médico tratante, en el caso de ser una intervención quirúrgica este consentimiento se expandirá a los demás profesionales que deban participar en esta. Por otro lado está la persona que debe emitir dicho consentimiento en otras palabras el paciente, que con ello delimita la actuación del médico; cuando el paciente no esté en condiciones de emitirlo, se facultarán a terceras personas para hacerlo, bajo a las siguientes reglas:

- El adulto capaz es quien va a dar su consentimiento sin la necesidad de terceras personas.
- El paciente menor o incapaz, en el caso del primero, el consentimiento ha de ser temporal, y para el segundo será permanente y sobrevenida cuando el paciente está inconsciente a causa de la enfermedad (estado de coma), estos pacientes han de ser representados por terceras personas, en caso del menor por sus padres o quien ejerza la patria potestad, en caso del incapaz por sus representantes legales designados en sentencia de incapacidad y en el caso de no tenerlos puede atribuirle esta potestad a terceras personas que mantengan vínculos de proximidad (familiares, amigos, allegados) (Romeo Casabona, 2011, págs. 138-154).

3.3.1.2.- Excepciones de informar

Si bien es cierto el consentimiento informado es de suma importancia para la relación médico paciente, existen situaciones en los que se hace caso omiso a este consentimiento, y se puede dar en cuando jurídicamente es irrelevante para el ordenamiento jurídico ya sea porque el paciente no está en condiciones de darlo, ni es posible acudir a terceros para que lo otorguen y éste se encuentra en

una situación grave en la que hay que realizar todas las actuaciones necesarias para salvaguardar la vida, en este caso se entiende al consentimiento por implícito (este caso se da por lo general en urgencias) (Romeo Casabona, 2011, pág. 163); o porque existe un riesgo de salud pública en el que se hallen en juego los intereses colectivos, como es en el caso de una epidemia (Lombana, 2010, pág. 87).

3.3.1.3.- La naturaleza y efectos jurídicos del consentimiento

El consentimiento se refiere a la voluntad y libre concurrencia de voluntades entre las partes en relación y es un derecho fundamental, por lo que debe ser respetado y protegida, ya que se puede afectar la integridad física y moral de una persona, por lo que el consentimiento informado son obligaciones legales para mantener el respeto y la autonomía del paciente, y también es un acto de responsabilidad compartida puesto que el paciente acepta el nivel de peligro que entraña el tratamiento u operación quirúrgica a la que va a ser sometido (Romeo Casabona, 2011, págs. 125-128).

El consentimiento informado determina el campo de actuación dentro del cual se va a desenvolver lícitamente el médico, por lo que es necesario demarcar jurídicamente sobre qué es lo que el paciente consiente, la actuación que le está permitida al médico en primera instancia es lo que abarca el tratamiento o intervención que pueda presentarse, pero que haya sido prevista por el médico y aceptada en el consentimiento informado por el paciente, si se suscita otro suceso no previsto, el médico deberá obtener otro consentimiento. Por otro lado el consentimiento supone que va a ser realizado correctamente, conforme a la *lex artis*, por lo que el mismo no cubre los daños que se presenten por una conducta

imprudente ya que el paciente autoriza a la realización de un tratamiento o intervención correcta aunque no por ello favorable, es así que el consentimiento informado desde el punto de vista jurídico- penal no excluye ni el tipo ni la antijuridicidad en la conducta de los delitos de homicidio imprudente.

3.3.2.- Principio de Confianza en la actividad médica

La división de tareas que presenta la complejidad de las relaciones sociales, ha originado la presencia de principios, como el principio de confianza, que protejan el derecho a la autorresponsabilidad de las personas y evitar así la imputación de actuaciones en el campo ajeno. En términos generales éste tema fue tratado en los párrafos anteriores, específicamente en el tema del deber objetivo de cuidado, por lo que se tratará solo en lo concerniente al ámbito del médico.

Es así que este principio en el campo de la medicina tiene gran acogida puesto que la actividad médica depende de varios profesionales que trabajen en conjunto (Bernal, 1998, pág. 291), es así que para el diagnóstico de un paciente es necesario que se practique exámenes especializados que pueden ser realizados por el médico tratante como por otros especialistas, otro caso es el de las intervenciones quirúrgicas, en la que intervienen un grupo de profesionales (anestesista, cirujano, enfermera, entre otros) que asistirán al paciente (Lombana, 2010, pág. 268).

Este principio aplicado a la actividad médica quiere decir que el médico tratante confía que el trabajo que realizan sus colaboradores es diligente a menos

de que el médico tenga conocimiento de lo contrario y pese a ello lo acepte, en este caso específico el médico de cabecera será responsable por los actos imprudentes de el o los colaboradores en cuestión (Pavón, 2004, pág. 345). Sin embargo esta división del trabajo debe ser analizada para su correcta aplicación, ya que por ejemplo existen casos en lo que no hay dicha división del trabajo, como en las remisiones de pacientes, en lo cual el especialista realiza lo indicado, pone en conocimiento del médico que remitió y no es responsable del tratamiento posterior, o en el caso en que se soliciten pruebas, pese que la actitud negligente de uno de los dos condicione al paciente, en el caso en que estos técnicos o especialistas fallan en la evaluación del paciente, no se puede hacer responsable al médico principal. Para mejor entendimiento podemos plantear el ejemplo del médico que ordena a su paciente que se realice exámenes de laboratorio para determinar el motivo de su enfermedad, y estos fallan en el resultado por confundir los exámenes, no se puede imputar la responsabilidad penal al médico tratante (Lombana, 2010, pág. 269).

También es preciso indicar que existen dos tipos de división del trabajo, una horizontal y otra vertical, la primera hace referencia a que no existe una jerarquía de subordinación de labores entre los miembros del equipo (Hava, 2012, pág. 76), ya que se plantea una relación de igualdad porque todos los intervinientes tienen el mismo nivel de formación y a cada uno le toca cumplir con su competencia, este es el caso del cirujano con el anestesista; en el caso de la división vertical, existe una relación jerárquica en la que en un equipo hay personas que se subordinan a las órdenes de otro, en este caso el principio de confianza se encuentra atenuado por el deber de vigilancia que tiene el médico responsable en cuanto le fuera posible prever, puesto que a él se le atribuye fijar las pautas del tratamiento y medidas oportunas para cumplir con las labores en conjunto. Por esta razón aunque al dar la orden el médico principal, sale de su ámbito de competencia y la responsabilidad de ejecución será del delegado, este tiene el deber de que sus órdenes sean comprendidas por su equipo de trabajo,

dar seguimiento a las actuaciones de sus subordinados e intervenir en el caso en que se presente alguna ejecución inadecuada. Esta división debe ser bien analizada, puesto que por ejemplo no es lo mismo que la vigilancia que debe realizar el médico con los internistas que están a su cargo y tienen poca experiencia en las labores médicas, que sobre la enfermera que tiene experiencia en el cumplimiento de sus labores (Lombana, 2010, pág. 272). Por el contrario el deber de vigilar que atenúa el principio de confianza en la división vertical, no siempre se presenta en esta relación, ya que existe el deber de vigilar del jefe a su subordinado como por ejemplo en el caso en que el cirujano está operando y pide al asistente quirúrgico que realice una hemostasis o que suture la herida, este si bien es cierto tiene la responsabilidad de efectuar su trabajo con responsabilidad para no causar daños, es responsabilidad también del médico vigilar que este cumpla con sus funciones o incluso intervenir si se produce una falla, pero también se puede dar el caso en el que sale de su deber de vigilancia cuando por ejemplo el médico ordena a la enfermera que aplique dosis de insulina cada tres horas a un paciente insulino-dependiente y esta se queda dormida y no aplica la dosis, producto de esta omisión el paciente fallece.

CAPITULO IV

HOMICIDIO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL DEL MÉDICO

4.1.- Homicidio

El homicidio básico está contenido en el art.144 del COIP y consiste en dar muerte a otra persona, siendo este el tipo penal el que protege la vida de la persona (Bustos Ramirez, 1991, pág. 18), en el mismo sentido MUÑOZ CONDE expresa que la palabra homicidio se emplea en el Código Penal en un sentido amplio pues equivale a la muerte de un hombre por otro, comprendiendo todas sus modalidades y variantes (Muñoz Conde, Derecho Penal Parte Especial, 2004, pág. 37).

Artículo 144.- Homicidio.- La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años.

4.2.- Bien Jurídico Protegido

El derecho recepta los valores de orden social para regular los comportamientos de las personas, dichos valores alcanzan rango supra legal

cuando son reconocidos y garantizados a nivel constitucional, esto se proyecta en el derecho penal, no solo porque es parte del ordenamiento jurídico, sino porque su naturaleza es de protección y tutela de dichos valores (Henkel, 1968, pág. 417). Por tal motivo la vida es un bien jurídico protegido que al subsumirse en el derecho penal moderno, permite a los juristas hablar de vida humana tanto durante el embarazo como después del nacimiento (Bacigalupo, Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal , 1994, pág. 14), es decir se concibe desde dos perspectivas, vida humana independiente y vida humana dependiente, al referirnos a la primera constituye el bien jurídico tutelado en el delito de homicidio, mientras que la segunda es objeto de protección en el delito de aborto.

Como se dijo anteriormente, el bien jurídico tutelado en el delito de homicidio es la vida humana, pero se trata de la vida humana independiente (Lombana, 2010, pág. 156), lo que conlleva que la persona haya nacido para ejercer la tutela jurídica de dicho bien, en este sentido expresa Romeo Casabona que “el delito de homicidio requiere que el ser haya nacido, que se haya producido el nacimiento, entendiéndolo como tal la sola expulsión del feto del seno de la madre, puesto que si no hubiera nacido entraría en el juego del delito de aborto” (Casabona, 2004, pág. 17). En conclusión este delito protege la vida humana desde el nacimiento hasta la muerte (Bacigalupo, Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal , 1994, pág. 18). Esto se relaciona con la legislación de nuestro país puesto que el código civil en su artículo 60, hace referencia que el nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que se separa completamente de su madre y en el artículo 66 expresa que la vida termina con la muerte.

4.3.- El homicidio imprudente o culposo

La mayoría de los problemas que se derivan de la práctica profesional del médico se plantean dentro de los delitos imprudentes (Pavón, 2004, pág. 353), por esta razón el COIP modifica el sistema de incriminación del homicidio culposo, abandonando las cláusulas generales y lo sanciona expresamente en el artículo 146 de dicho cuerpo legal.

Con la incorporación del artículo 146, se establece un sistema de castigo singularizado y excepcional de las conductas imprudentes por parte del médico, rompiendo así con el muy criticado sistema anterior utilizado con el código de 1838 que estaba en vigencia hasta el anterior año, en la que partía de una teoría muy generalizada.

Se entiende por imprudencia profesional a la trasgresión de deberes técnicos que sólo incumben al profesional en este caso al médico, entendiéndose como imprudencia funcional lo que significa conductas imprudentes acreditadas como faltas profesionales, puesto que regulan la *lex artis* de dicha actividad. Por lo que la negligencia profesional se la entendería como una maniobra técnicamente improcedente y que indica imprudencia en el culpable. Es por esta razón que la jurisprudencia establece como requisitos de la condición profesional del agente las siguientes características (Corcoy, 2005, pág. 165):

1. Profesional de la actividad concreta.
2. Ejercicio habitual.
3. Que este ejercicio constituya su *mudus vivendi* (modo de vida).

Por el contrario MIR PUIG, establece que la imprudencia profesional debe extenderse a la persona que ejerce los actos de la profesión médica sin los debidos conocimientos y causa un resultado lesivo, esta persona incurre por lo tanto en imprudencia funcional, aunque la misma no sea profesional, ya que infringe el deber objetivo de cuidado sin la capacidad necesaria, por lo tanto se

establece que perito debe ser todo aquel que emprende una actividad, más no sólo el que ejerce la profesión (Mir, 2005, pág. 231).

Sin embargo creo que es precisa la afirmación de la profesora CORCOY BIDASOLO, puesto que el concepto de impericia abarca a cualquier persona que realice una actividad sea o no profesional, con o sin título, y por el contrario la imprudencia profesional requiere que el autor tenga un título y se desenvuelva en dicha área y por ende vulnere su *lex artis*.

Artículo 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.

4.4.1 Elementos del tipo penal Homicidio Culposo por mala práctica profesional.

Enfocándonos en el tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional encontramos los siguientes elementos, cuyo contenido concreto han sido analizados en toda la investigación.

1.- Sujeto activo calificado.- En relación a la redacción de este artículo se puede apreciar que el sujeto activo del tipo es cualificado, puesto que habla de profesionales, es decir, de personas que tengan un conocimiento especializado en algún ámbito, en la presente investigación hace alusión al profesional de la salud que realiza un comportamiento sin la diligencia debida, lesionando, por tanto, el deber objetivo de cuidado (Muñoz Conde, Derecho Penal Parte Especial, 2004, pág. 42), a diferencia del homicidio que el sujeto activo se puede aludir a cualquier persona.

2.- Sujeto pasivo.- En este caso el sujeto pasivo no es cualificado, ya que se refiere a “otra persona”, en nuestro caso se refiere al paciente.

3.- Verbo rector.- “occasione la muerte” se define como verbo rector al que rige la conducta correspondiente.

4.- Circunstancia de Modo.- este tipo penal contiene un elemento normativo que califica el verbo rector, este consiste en que el homicidio culposo será cometido por “infringir un deber objetivo de cuidado”

5.- Bien Jurídico Protegido.- como se analizó anteriormente el bien jurídico que lesiona el sujeto activo es la vida independiente.

6.- Elementos normativos.- Estos elementos son los que aclaran, especifican y concretan el tipo penal, es decir los elementos normativos del tipo penal necesitan una valoración netamente jurídica por ello no se debe acudir a factores sociales o culturales para realizar dicho análisis ya que las características típicas objetivas se encuentran implícitas en el tipo penal, sin embargo en el inciso tercero del artículo 146 hace alusión a innecesarias, peligrosas e ilegítimas que son características que no están clarificadas por la normativa, lo que rompe todo esquema respecto en la legalidad y comprensión del mismo.

7.- Elementos subjetivos.- Es indispensable que el elemento subjetivo esté expreso en el tipo penal, puesto que va dirigida a una finalidad para que éste sea imputable, el elemento subjetivo es la culpa.

Es preciso indicar que al establecer que la mera producción del resultado no configura al deber objetivo de cuidado se refiere a que es necesario que exista

una causalidad entre la infracción de dicho deber y la muerte producida, es decir que la lesión del bien jurídico se haya dado por la falta de cuidado del profesional de la salud. Al referirse sobre el deber objetivo de cuidado del médico, hace alusión a las normas y protocolos (lex artis) que este debe cumplir para efectuar su labor con diligencia, tomando en cuenta que dentro de este deber, es conveniente analizar el principio de confianza, el deber de informar, así como también el consentimiento informado que aceptó el paciente para consentir el tratamiento o intervención fallida.

En cuanto al tercer inciso que establece que el profesional de la salud será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, se puede apreciar que los requisitos para que se produzca el delito de homicidio calificado son en base de preceptos laxos, lo que ha causado una preocupación por parte del gremio médico puesto que queda a merced del juez establecer que se entiende por estos preceptos, causando una sobre punición en ciertas conductas, por esta razón los profesionales de la salud formaron una comisión solicitando que se promueva una resolución que aclare el inciso tercero del artículo 146 del COIP, a lo cual la Corte Nacional de Justicia se dispuso aclarar dicho alcance en la Resolución N° 01-2014 en el Suplemento del Registro Oficial N° 204 del 15 de mayo del 2014 estableciendo lo siguiente:

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.

Como se puede apreciar que no se esclareció en absoluto los preceptos de acciones innecesarias, peligrosas e innecesarias, su aplicación quedó en la misma incertidumbre legal, además cabe recalcar que este inciso va en contra del *principio de legalidad* ya que su descripción es incierta, por lo tanto no cumple con el precepto legal de *lex certa* que contiene el mencionado principio, pues deja a criterio de los operadores de justicia la determinación de estos preceptos, es claro pues, que cada juez realizará este análisis basado en su concepción personal respecto a lo que es peligroso, innecesario e ilegítimo.

El principio de legalidad es un limitador al *ius puniendi* puesto que los operadores de justicia no pueden exceder lo que está taxativamente en la ley (Bustos, 1997, pág. 80), ya que este principio impone sus exigencias no solo al juez que aplica la ley, sino también al legislador que la emite, las exigencias para los legisladores por tanto son la de reducir al mínimo la posibilidad de análisis y decisión de los operadores de justicia, por esta razón se expresa que la ley penal solo cumplirá con dicho principio si contiene una descripción precisa de las prohibiciones y sanciones para que pueda considerarse exhaustiva, entendiéndose por exhaustivo a los presupuestos que condicionan la pena y determinan la consecuencia jurídica, pese a ello la legalidad acepta una cierta generalización siempre y cuando la misma permita conocer al ciudadano que está permitido y que está prohibido (Bacigalupo, Principios del Derecho Penal , 1997, pág. 75).

En el mismo sentido VELAZQUEZ establece que la ley tiene que ser cierta, es decir que tanto las conductas punibles como las consecuencias jurídicas deben ser consagradas de manera, clara, precisa y determinada para que no exista duda en cuanto a su contenido y alcances (Velazquez, 2004, pág. 60). Este precepto impide que la ley se exprese de manera indeterminada, por lo tanto la *lex certa* es un mandato dirigido básicamente al legislador, para que no establezca leyes imprecisas en las que el tipo requiera ser completado por el juez (Donna,

Derecho Penal General, 2006, págs. 366-367). Son superfluos que no permiten reconocer que característica ha de tener la conducta para que sea punible, las mismas serian nulas puesto que se va contra el principio de legalidad (Roxin, Derecho Penal Parte General, 1997, págs. 141-142).

Con esta argumentación queda claro que el tercer inciso no cumple con los parámetros de legalidad que exige el derecho penal para que una norma sea aplicada a los ciudadanos.

Con referencia a la base constitucional del tercer inciso del presente artículo, podríamos decir que las premisas de “*innecesaria, peligrosas e ilegítimas*” no cumplen con el derecho que poseen las personas a la seguridad jurídica, considerando que en un sentido general la seguridad jurídica es la garantía dada al individuo para que su persona, sus bienes y sus derechos no sean objeto de ataques violentos, o a su vez, que si estos llegan a producirse le serán aseguradas por la sociedad, la protección y reparación (Madariaga, 1993, pág. 25). Es preciso tomar en cuenta que la seguridad jurídica es el efecto de la legalidad declarada sin la cual no se puede dar el ejercicio de la libertad de los individuos (Pérez, Santa Fe de Bogotá, pág. 156), por lo tanto esta se establece como objetivo para preservar la libertad de las personas y por consiguiente establece un consenso social y acuerdo de la ciudadanía con su sistema jurídico (Carbonel, 2012, pág. 586).

En efecto la seguridad jurídica busca que la estructura y funcionamiento del ordenamiento jurídico sea correcta, esta corrección estructural se concreta por lo tanto por medio de principios que están presentes en todos los ordenamientos jurídicos como (Carbonel, 2012, págs. 586-587):

- Lege promulgata, que significa que la ley debe haber sido adecuadamente promulgada para el conocimiento de todos los ciudadanos.

- Lege plena, fundamento según el cual las consecuencias jurídicas deben estar tipificadas en un texto normativo.
- Lege stricta, con este principio se entiende que ciertas áreas de conducta solo pueden ser reguladas por ciertas normas.
- Lege previa, la que establece que las normas solo pueden regir para el futuro, es decir se prohíbe la irretroactividad de las normas.
- Lege perpetua, principio que afirma que los ordenamientos jurídicos deben ser lo más estables posibles para que los ciudadanos los conozcan y se ajusten a los mismos.
- **Lege manifiesta, fundamento que expresa que las leyes deben ser claras, comprensibles, alejadas de formulismos oscuros y complicados, por lo tanto es contrario a la seguridad jurídica establecer tipos penales laxos.**

Este derecho a la seguridad jurídica se encuentra amparado por nuestra Constitución en el capítulo octavo, en los derechos de protección, específicamente en el artículo 82, donde se determina que:

Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

De lo anteriormente expuesto se puede deducir que la base de la seguridad jurídica es el respeto a la Constitución y a la presencia de normas que entre otras características deben ser *claras* para que puedan ser aplicadas por las autoridades competentes, algo que no sucede con las premisas establecidas en el artículo 146 del COIP, ya que su laxitud radica en no saber en qué casos el profesional de la salud realizó un comportamiento *innecesario, peligroso e ilegítimo*, tomando en

cuenta que estas son las características que determinan al delito de homicidio culposo calificado, es decir con la consideración de estas premisas se puede agravar la pena del galeno, dejando al mismo en una cierta incertidumbre de hasta qué punto su comportamiento se encuentra encuadrado a la figura agravada de este artículo, atentando contra su derecho a poseer la protección jurídica adecuada, puesto que la norma tiene formalismos oscuros e incomprensibles, incumpliendo así con uno de los principios de la seguridad jurídica *la lege manifesta*.

Con referencia al último inciso de este artículo que establece que se analizará el grado de formación profesional, la previsibilidad y evitabilidad del profesional de la salud, hace alusión a que el juez además tenga que analizar el deber subjetivo de cuidado para que se realice una correcta imputación del tipo. El deber subjetivo particular del médico se analizará en relación no solo a la especialidad en la que se desenvuelve habitualmente, sino también al grado de conocimientos que posee de la misma, puesto que no es lo mismo los conocimientos que posee un médico general que un médico especializado en cardiología, ni tampoco es lo mismo un médico con un master en cardiología que un PhD en la misma área.

4.4.- Análisis de un caso médico específico

Como se analizó en todo este trabajo de investigación de cómo debe ser analizado el delito de homicidio culposo del profesional del médico en el COIP, se plantea las siguientes consideraciones respecto al caso específico N° 132-2014.

4.4.1.- Antecedentes

En la denuncia presentada por el señor J.O., establece que a mediados del mes de mayo su esposa, S.G., se había realizado una endoscopia en la clínica G., en la que el doctor tratante M.T. le había sugerido realizarse una intervención quirúrgica, porque se encontraba con reflujo gástrico, y que a pesar de algunas complicaciones, también le había sugerido realizarse una manga gástrica, razón por la cual ella ingresa a la clínica para ser intervenida. La operación estaba especificada a las ocho de la mañana, razón por la cual el anestesista cumple con su obligación de anestesiarse a la paciente, sin embargo el doctor encargado M.T. aún no llegaba a la clínica, en ese momento le hace una llamada su hermano el doctor J.T., a lo que el Dr. M.T. responde que está en camino y que se va a demorar pero sin embargo ordenó que empiece con la cirugía. Con esta orden el Dr. J.T. comienza la operación y en ese momento se presenta un inconveniente a lo que la paciente comienza a perder sangre. A las doce del día se comunican con el señor J.O. para pedirle una autorización para trasladar a su esposa a la Clínica Pichincha ya que había perdido mucha sangre y que están tratando de estabilizarle, el señor J.O. llama a la policía, quienes al arribar encuentran a la señora S.G. sin signos vitales.

4.4.2.- Análisis

El problema surge por la muerte de la señora S.G. quien fue intervenida el 21 de mayo del 2012, en la clínica denominada G., donde el doctor M.T., instruyó a su hermano el señor J.T. para que dé inicio a un procedimiento quirúrgico a sabiendas de que su hermano, a la fecha que intervino quirúrgicamente, no contaba con especialización adecuada, por lo que se configuró un delito dada la infracción al deber objetivo de cuidado que por vía de acción u omisión produce un resultado. La dogmática del delito omisivo nos

enfrenta a la posición de garante, a la evitabilidad y a la previsibilidad. El doctor M.T. tenía la posición de garante en virtud del contrato celebrado con la señora S.G. para practicarle la intervención quirúrgica adecuada. Una regla elemental de la *lex artis*, es que un médico especialista se encuentre desde el inicio hasta el final del procedimiento quirúrgico, sin delegar, tan delicado procedimiento a su hermano que no poseía los conocimientos suficientes, y al aplicar la trocar, sin presencia del médico responsable, compromete una serie de arterias y provoca una hemorragia interna que además no sabía cómo tratar, produciéndose la muerte de la señora S.G., debido no solo a la acción del señor J.T., sino además por la inasistencia del médico responsable al momento de producirse un evento médico.

Por lo tanto se dicta una sentencia de inobservancia a favor del Dr. M.T., por una ignorante e inadecuada conceptualización de la fiscalía, quien decide no acusar y por supuesto, los jueces sin acusación fiscal no podían acusar. La señora fiscal no acusa porque para ella el delito de homicidio inintencional es un delito de acción, es decir no contempla la posibilidad de una omisión por comisión. Existen dos formas diferenciadas de omisión, la propia, en la cual el tipo penal señala expresamente como núcleo de su conducta, es decir, está expresamente señalado; y la impropia, donde la omisión se construye en base de tipos penales diseñados para el tipo de acción. Esta concepción se basa en tres criterios como son la posición de garante, la evitabilidad del resultado y la previsibilidad del mismo. En este caso, el doctor M.T. tenía la posición de garante como médico responsable y contratante de la cirugía, lo que le obligaba a encontrarse presente desde el inicio de la operación y actuar en el caso en el que se produzca como en este caso un evento médico emergente que salga de la esfera de su control, por esta razón el doctor M.T. debió haber sido imputado por el delito de HOMICIDIO CULPOSO MEDIANTE CONDUCTA OMISIVA. La evitabilidad del resultado existía pues el médico especialista debió haber ejercido protocolos adecuados para este tipo de emergencias y finalmente era previsible, pues si soy yo el

médico responsable e instruyo para que se inicie un procedimiento quirúrgico sin mi presencia, evidentemente preveo la posibilidad que se produzca un evento médico en el cual ni siquiera voy a estar presente.

Ahora con respecto al delito culposo, la infracción al deber objetivo de cuidado se estructura en base al cumplimiento a normas, protocolos, procedimientos propios de una profesión u oficio, resulta excesivo señalar que una de las obligaciones fundamentales del médico que dirige una cirugía básica es estar presente desde el inicio hasta el final de la cirugía, lo cual no cumplió el doctor M.T.

Por otro lado la defensa del acusado argumentó que el doctor J.T. que el decidió adelantar la operación sin preguntarle al médico encargado el Dr. M.T., sin embargo comenzó a operar a la hora establecida puesto que la paciente ya estaba anestesiada, lo que hace presumir que aunque el testimonio sea real, el médico no estuvo a la hora pactada en que se iba a iniciar la cirugía, incumpliendo los protocolos como médico tratante, al cual se le otorgó el consentimiento informado, lo que le hace responsable de estar cuando inicia la cirugía verificando que todo se realice con normalidad e intervenir en el caso de alguna posible falla en el tratamiento. Expresando también que cuando existen especialistas que conforman los equipos médicos cada uno es responsable de responder por sus obligaciones, lo cual es incorrecto, puesto que el médico tratante en este caso M.T. debe estar presente para verificar que sus subordinados como el Dr. J.T. cumplan correctamente con sus funciones, puesto que el momento de la operación este no contaba con especialidad alguna, lo que le hace subordinado del Dr. M.T. porque la división del trabajo en este caso no es vertical, sino horizontal. Además argumenta que el Dr. M.T. no debía responder por el delito puesto que no estaba, lo que es nuevamente incorrecto ya que incumplió también con el consentimiento informado en el que la paciente firma

una autorización para hacerse la cirugía, este consentimiento obliga al médico a ser el encargado del procedimiento quirúrgico, por ende debe estar presente desde el principio hasta el final de la operación.

Dicho caso por falta de conocimiento de la dogmática penal de la Fiscal lleva a no acusar al Dr. M.T. y por ende al Tribunal penal a no sentenciarlo, posteriormente se presenta un recurso de apelación explicando los antecedentes y la correcta aplicación de la dogmática para el cumplimiento del tipo, y este Tribunal Provincial comparte la postura jurídica asumida por la defensa de la acusación particular, aduciendo que el Dr. M.T. incurre en el delito de HOMICIDIO CULPOSO POR LA MODALIDAD DE OMISIÓN y ordena que se abra la causa nuevamente para su investigación y correcta acusación, sin embargo la parte demandada presenta el recurso de casación y los jueces una vez más por desconocimiento de la correcta dogmática penal rechaza la sentencia de la Corte Provincial y ratifica la sentencia del tribunal, dejando libre de culpa al doctor M.T.

Este caso se tomó en cuenta porque si bien es cierto en Ecuador aún no existen casos que se juzguen por el artículo 146 del COIP, la dogmática penal ya reconocía este tipo de delitos, y claramente no se aplican en el Ecuador por su desconocimiento, dejando a las víctimas de mala práctica médica en la indefensión y a los autores de delitos como este que vulneran el bien jurídico máspreciado de la sociedad en la libertad sin castigo alguno. Por ello es necesario que el análisis de este tipo penal sea exhaustivo y correctamente aplicado en la práctica.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Una vez concluido el tema y problema de la investigación me permito llegar a las siguientes conclusiones:

1.- Respecto a las modalidades de conducta que se desarrolla en el primer capítulo de este trabajo; se concluye que los delitos de homicidio culposo del profesional de la salud, por lo general, por no decir siempre, recaerán bajo la modalidad de conducta omisiva, específicamente en la omisión impropia, puesto que en ésta surge la figura de la Posición de Garante exigida en el médico con relación a su paciente, posición que le otorga deberes jurídicos de actuar para precautelar la vida del paciente, y de no hacerlo recae en un delito omisivo.

2.- Desde el advenimiento del Código Orgánico Integral Penal la culpa debe analizarse en la tipicidad subjetiva, y relacionándolo con el tema médico para establecer una punibilidad imprudente se debe incumplir con el deber objetivo de cuidado lo cual abarca la *lex artis* y protocolos médicos que cada galeno está obligado a seguir, adicionalmente es preciso considerar que para una correcta imputación se requiere del análisis del deber subjetivo de cuidado puesto determina la capacidad del galeno para cumplir sus funciones.

3.- Con respecto al consentimiento informado, se lo puede concebir como una limitación a la posible punibilidad del médico, puesto que este determina una posibilidad de riesgo que permite el paciente, en este caso solo se le puede imputar al galeno respecto a la infracción del deber objetivo de cuidado, más no por el resultado lesivo (causalidad entre la imprudencia y el resultado).

4.- Como se consideró en el caso específico de homicidio por mala práctica profesional del médico, existe un desconocimiento por parte de los operadores de justicia en cuanto a la nueva dogmática del Código Integral Penal.

5.- El principio de confianza en relación al médico, requiere un análisis minucioso, puesto que el mismo no exime al médico tratante de responsabilidad penal, ya que en la doctrina surge la división de trabajo horizontal como limitante de dicho principio, en el que el médico es responsable de vigilar a su equipo de trabajo e incluso intervenir en caso de presentarse cualquier eventualidad.

6.- Del homicidio culposo cualificado establecido en el tercer inciso del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se llega a la conclusión, de que dicho inciso es ilegal, pues sus preceptos son inciertos lo que provoca una sobre punición en las actuaciones de los galenos.

Es conveniente que las recomendaciones siguientes sean aplicadas puesto que son una solución para poder llegar a garantizar un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.:

1.- Que el delito de omisión pese a no estar establecida en la legislación por su naturaleza, sea tomado en cuenta por la comunidad jurídica puesto es la mejor manera de sancionar los delitos imprudentes por mala praxis médica.

2.- Que se debe analizar de una manera sistemática el delito culposo, es decir si no se cumple uno de sus elementos, no se puede como configurado el delito imprudente.

3.- Que el consentimiento informado sea analizado minuciosamente para que no sea tomado como un documento en contra del paciente, si no que vaya ligado a la infracción objetivo de cuidado.

4.- Que la Asamblea Nacional, procure redactar sus proyectos con miras al control constitucional y convencional, para que de esta manera no se redacten tipos penales laxos que no cumplan con principios mínimos limitantes al poder punitivo del Estado.

Bibliografía

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. (2001). Madrid : Escapa Calpe

Abraldes, S. (2010). *Delito Imprudente y Principio de Confianza*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.

Albán, H. (2011). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Quito : Ediciones Legales.

Almeida, S. (2006). *Protocolos Terapéuticos. Ministerio de Salud*, 5.

- Arrubla, M. (1998). *Responsabilidad penal en el ejercicio de la actividad médica*. Bogotá: Dike.
- Bacigalupo, E. (1983). *Delitos Impropios de Omisión*. Bogotá: Temis.
- Bacigalupo, E. (1994). *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal*. Madrid: Akal.
- Bacigalupo, E. (1997). *Principios del Derecho Penal*. Madrid: Akal.
- Bernal, M. (1998). *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*. Madrid: La ley .
- Bustos Ramirez, J. (1991). *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. Barcelona: Duplex.
- Bustos, J. (1997). *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Trotta.
- Carbonel, M. (2012). *Los derechos fundamentales en México*. México DF: Porrúa México .
- Caro, J. (2009). Sobre la identidad de imputación. *Anuario de Derecho Penal*, 84- 98.
- Casabona, R. (2004). *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Granada: Comares.
- Cerezo Mir, J. (2006). *Derecho Penal, Parte general*. Lima: Ara Editores.
- Collins, H. (2005). *Diccionario Médico*. Washington DC: Marbán.
- Corcoy, M. (2005). *El Delito Imprudente*. Buenos Aires : B de F.
- Córdova, F. (2012). Dolo y evitabilidad individual. *Pensar en Derecho*, 344.
- Donna, E. (2006). *Derecho Penal General*. Santa Fé: Rubinzal - Culzoni.
- Donna, E. (2012). *El Delito Imprudente*. Santa Fe: Rubinzal-culzoni.
- Ferrajoli, L. (2004). *Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.
- Gagliardo, G. (Martes de Diciembre de 2013). *Asamblea Nacional del Ecuador*.
Obtenido de
http://www.asambleanacional.gob.ec/contenido/asamblea_nacional_aprueba_en_segundo_debate_el_proyecto_de_codigo_organico_integral_penal
- Garay, O. (2005). *Responsabilidad del Médico, del Establecimiento Asistencial y de las Obras Sociales*. Buenos Aires: La Ley.

- García, P. (2008). *Lecciones de Derecho Penal*. Lima: Grijley.
- García, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Lima: Ara Editores.
- García, R., Gracia, L., Terradillos, J., & Schunemann, B. (2012). Derecho Penal Económico. En R. García, *El bien jurídico, y su recepción en el derecho penal* (págs. 157-187). Buenos Aires: Rubinzal.
- Gimbernat, E. (2013). *Estudios sobre el Delito de Omisión*. Buenos Aires: Bdef.
- Günther, J. (2003). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Thomson Civitas.
- Hava, E. (2012). *El tipo de injusto del delito imprudente*. Buenos Aires: Rubizan - Culzoni.
- Henkel, H. (1968). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus.
- Huerta, S. (1987). *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal Parte General*. Madrid: Pons.
- Jescheck, H. (2002). *Tratado de Derecho Penal*. Granada: Comares.
- Jiménez de Asúa, L. (1961). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Lozada.
- John R, W. (2009). Manuel de Ética Médica. *Unidad de Ética de la*, 129.
- Kaufmann, A. (2006). *Dogmática de los Delitos de Omisión*. Madrid: Marcial Pons.
- Lombana, J. (2010). *Derecho Penal y la Responsabilidad Médica*. Medellín: DIKE.
- López Barja de Quiroga, J. (2013). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Pamplona: Civitas.
- López, J. (2010). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Pamplona: Civitas.
- Lowne, W. (1994). Understanding and using the medical subject headings. *The Journal of the American Association*, 21.
- Luzon, D. (2004). *Curso de Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Universitas.
- Luzón, D. (2012). *Lecciones de Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Banch.
- Madariaga, M. (1993). *Seguridad Jurídica y Administración de Justicia*. Santiago de Chile : Editorial Jurídica de Chile .

- Marqués, F. (2002). Protocolos Médicos y Enfoque de Riesgo. *Salud y Prevencion* , 24.
- Maurach, R. (1994). *Derecho Penal Parte General* . Buenos Aires: Astrea .
- Maurach, R., & Zip, H. (1994). *Derecho Penal, Parte general*. Buenos Aires: Astrea.
- Mayer, M. (2007). *Derecho Penal, Parte general*. Montevideo: BdeF.
- Merkel, A. (1910). *Derecho Penal* . Madrid: La España Moderna.
- Mezger, E. (1955). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires : B de F.
- Mir, S. (2005). *Derecho Penal. Parte General* . Montevideo: B de f.
- Montealegre, E. (1998). *La culpa en la actividad médica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MSP. (2011). Protocolos y Normas. *Salud de Altura*, 1.
- Muñoz Conde, F. (2004). *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia : Tirant lo blanch.
- Muñoz Conde, F. (2004). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Muñoz Conde, F. (2004). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant Lo blanch.
- Muñoz Conde, F. (2012). *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Valencia : Tirant lo blanch.
- Múñoz, L. (1998). *En Defensa del Paciente*. Madrid : Dykinson.
- Nodier, A. (2004). *Curso de Derecho Penal*. Bogotá: Temis.
- Pavón, G. (2004). *Trataminetos Médicos: Su responsabilidad penal y civil* . España: Bosch.
- Percy, C. (2012). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Jurista.
- Pérez, J. (Santa Fe de Bogotá). *Compendio de Derecho Constitucional* . 1998: Leyer.
- Reinhart, M. (1962). *Tratado de Derecho Penal II*. Barcelona: Ariel.
- Rodríguez Artajero, F. (1990). Análisis de la desición clínica . *Medicina clínica*, 348-356.
- Rodríguez, M. (2008). *Relación Médico - Paciente*. La Habana: Ciencias Médicas.

- Romeo Casabona, C. (2011). *El médico y el Derecho Penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Navarra: Thomson Civitas.
- Roxin, C. (2010). *Derecho Penal, Parte general*. Madrid: Civitas.
- Sánchez Ancha, Y. (2009). *Guía para la elaboración de protocolos*. Andalucía: Servicio Andaluz de Salud.
- Silva Sánchez, J. (2006). *El Delito de Omisión*. Buenos Aires: Bdef.
- Soler, S. (1953). *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina.
- Stratenwerth, G. (2005). *Derecho Penal Parte General Parte I*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Stratenwerth, G. (2005). *Derecho Penal. Parte General I*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Tavares, J. (2004). *Bien jurídico y función en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Velásquez, F. (2007). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Comlibros.
- Velazquez, F. (2004). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá : Temis.
- Von Beling, E. (2002). *Esquema del Derecho Penal*. Buenos Aires: Foro.
- Von Liszt, F. (1916). *Tratado de Derecho Penal II*. Madrid: Reus.
- Von Liszt, f. (1925). *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Reus.
- Von Liszt, F. (1925). *Tratatado de Derecho Penal, 2º edición*. Madrid : Reus.
- Welzel, H. (1993). *Derecho Penal Alemán*. Santiago de Chile : Editorial Jurídica Chile.
- Welzel, H. (1993). *Derecho Penal Alemán*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile.
- Welzel, H. (2003). *Estudio de Derecho Penal*. Montevideo: Bdef.
- Welzel, H. (2006). *El nuevo sistema del derecho penal*. Montevideo: B de F.
- Wojtczak, A. (s.f.). Glosario de términos médicos. *International Institut for Medical Education*, 36.
- Yacobucci, G. (2002). *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires : Ábaco .
- Zaffaroni, E. (2007). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

