



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**“EL HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA
PROFESIONAL COMO UN INJUSTO DE REPROCHABILIDAD
DE MEDIOS EN EL EJERCICIO DE LA MEDICINA”**

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Abogado.

Autor:

Pablo Alejandro Palacios Martinez

Director:

Dr. Juan Carlos Salazar Icaza

Cuenca – Ecuador

2023

DEDICATORIA

A mi abuela Laura, por ser la guía en mis años de estudio, a mis padres Damián Y Laura por su apoyo incondicional y a mis hermanos por ser el soporte en mi camino.

AGRADECIMIENTO

A mi abuela y mis padres, mi apoyo incondicional, a mis hermanos por estar junto a mí a lo largo de mi carrera estudiantil, un especial agradecimiento al Dr. Juan Carlos Salazar Icaza por sembrar en mí esta pasión por el Derecho Penal y su constante apoyo en este trabajo.

RESUMEN

El delito de Mala Praxis en la legislación ecuatoriana ha generado varios conflictos jurídicos, al estar frente a un delito imprudente donde ya de por sí sus categorías dogmáticas para su verificación resultan complejas, más aún cuando adentramos en dos ciencias técnicas: la primera las ciencias jurídicas que están en constante evolución y por ende su progresiva adecuación de criterios por parte de distintos doctrinarios genera cada vez una batalla dogmática; la segunda la ciencia médica compleja por su naturaleza, lo cual representa ya un arduo trabajo para el órgano investigador y para el órgano judicial.

Palabras clave: Código Orgánico Integral Penal, Delito Imprudente, Deber Objetivo de Cuidado, Imputación Objetiva, Lex Artis, Mala Praxis.

ABSTRACT

The crime of malpractice in Ecuadorian legislation has generated several legal conflicts. Facing a reckless crime where its dogmatic categories for verification are already complex enough, even more so when discussing two technical sciences. The first are the legal sciences that are constantly evolving and generating a dogmatic battle each time due to the progressive adaptation of criteria by different doctrinaires. The second is medical science, complex by nature, which already represents an arduous task for the investigating body and the judicial body.

Keywords: Organic Integral Criminal Code, Reckless Crime, Objective Duty of Care, Objective Imputation, Lex Artis, Malpractice.



INDICE

DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTO	III
Introducción.....	1
CAPÍTULO I.- EL INJUSTO IMPRUDENTE	2
Introducción	2
1. El delito imprudente: Concepto	5
1.1. Regulación normativa del delito imprudente: Un tipo penal Abierto	9
1.2. Desvalor de acto y desvalor de resultado	11
CAPITULO II.- EL RIESGO Y LOS MEDIOS PARA LA VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.....	13
Introducción	13
1. Imputación objetiva según Claus Roxin.....	14
2. Imputación objetiva según Gunter Jakobs	18
3. Diferencias conceptuales entre Claus Roxin y Gunter Jakobs	22
4. Consideraciones dogmáticas.....	26
CAPITULO III.- EL ROL DEL MÉDICO Y SU ACTIVIDAD CON LA SOCIEDAD.	29
Introducción	29
1. El acto médico	29
1.1. Relación médico-paciente	32
1.2. El secreto profesional y el deber de informar	37
1.3. Situaciones Imprevisibles (disminución del riesgo).....	40

CAPITULO IV.- EL ESTUDIO DE MEDIOS EN EL INJUSTO DE HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRAXIS	43
Introducción	43
1. Análisis de la sentencia emitida en el proceso judicial número 01283-2019-14403G.	43
1.1. Análisis del artículo 146 Del Código Orgánico Integral Penal	43
1.2. Antecedentes del caso	45
1.3. Análisis de la decisión del Tribunal	49
Conclusiones	54
Bibliografía.....	55

Introducción

El delito de Mala Praxis en el ejercicio de la medicina ha sido objeto de varias críticas, cuando se conocía ya el proyecto de ley que buscaba incorporar dentro de nuestra legislación el nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP), los gremios médicos se opusieron al mismo y rechazaban la incorporación del artículo 146, ya que manifestaban que se estaba reprochando su profesión como tal, criterio lógicamente errado, es por ello que debemos tener presente algunos puntos clave, primeramente que nos encontramos frente a un delito imprudente, es decir que la base del mismo será la infracción al deber objetivo de cuidado.

En segundo lugar, que, al encontrarnos frente a un delito imprudente, mismo que es considerado como un tipo penal abierto, será el juzgador el cual, en cada caso en particular mediante la prueba actuada en audiencia de juicio, el que podrá determinar si el galeno en el caso en particular ha infringido su deber objetivo de cuidado, tomando como parámetro base la *Lex Artis*. Pero para poder anclar esta responsabilidad al galeno nos hace falta un parámetro adicional, que es su acreditación al mismo; es así que como tercer punto debemos tener en cuenta las teorías de la imputación objetiva de Claus Roxin y Gunter Jakobs, en virtud de las cuales podremos identificar cuando el galeno infringe su rol y a consecuencia de ello traslada el riesgo al campo de lo no permitido y como consecuencia se produce un resultado lesivo.

Es por ello que en el presente trabajo se analizarán las categorías dogmáticas del delito imprudente, así como también del delito de mala práctica profesional tipificado y sancionado en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, para poder determinar e identificar que nos encontramos frente a un injusto donde se reprochan los medios empleados por el sujeto activo más no el resultado lesivo como tal, y posterior a ello para anclar la responsabilidad del galeno se tomara en cuenta las teorías de la imputación objetiva.

Una vez analizadas las mismas, se identificará que este delito resulta complejo, el tipo penal de Mala Praxis contiene una serie de aristas que dificultan su acreditación, a más de aquello podremos ver que en muchas ocasiones ya sea por una deficiencia probatoria o una indebida valoración del órgano judicial no se sanciona ni reprocha en este caso específico al galeno, y por ende se genera un malestar en la sociedad.

CAPÍTULO I.- EL INJUSTO IMPRUDENTE

Introducción

El Derecho Penal constituye una respuesta que realiza el estado haciendo uso de su facultad de castigar que se traduce en lo que se conoce como “ius puniendi” frente a conductas humanas valoradas de manera negativa. Se otorga entonces al estado una facultad de coacción, puesto que, si retrocedemos en el tiempo, de alguna manera existió un momento en donde existía una libertad absoluta para todo el conglomerado social, es decir no existía limitación alguna y por tanto existía colisión de intereses entre ellos, es por ello que se vio la necesidad por parte del conglomerado a renunciar a ciertos de sus derechos según la teoría de Hobbes y otorgarle estos a este ente denominado estado.

Höffe en su obra “estudios sobre el derecho y la justicia” concuerda con lo antes mencionado y nos dice “... se vuelve necesario aquel poder conjunto o público de imposición que llamamos orden jurídico o estatal” (p. 79). Es así entonces que el estado, concreta o circunscribe objetivamente la conducta que prohíbe, por ejemplo, matar, robar, etc. Esto deriva a lo que se conoce como tipo penal.

Uno de los principios fundamentales sobre los que recae el Derecho Penal, es el principio de legalidad, esto implica que para que se reproche una conducta a determinado sujeto, la misma debe hallarse previamente establecida como delito dentro de la norma, esto en relación con uno de los máximos aforismos del derecho penal como es el “*nullum crimen, nulla poena, sine lege*”, es decir que no habrá delito ni pena sin una ley previa.

Enrique Cury Urzúa (1992) respecto al tipo penal nos dice: “El tipo está constituido por la descripción legal del conjunto de las características objetivas y subjetivas (externas o internas o psíquicas) que constituyen la materia de la prohibición para cada delito específico” (p. 279).

De igual manera y como bien lo manifiesta Hans Welzel citado por Claus Roxin (2014) “Tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida” (p. 4). Es así que llegamos a hablar de tipo penal a aquella descripción del acto típico plasmado en la ley, pero el ordenamiento jurídico no se encuentra compuesto únicamente por normas, y por tanto quien adecua su conducta a la descripción contenida en la norma no se podría decir que esta es antijurídica, es por ello que existen ciertas categorías que deben ser analizadas posteriormente de cometido el acto, puesto que si bien una persona puede haber obrado

en forma contraria a la norma pero de manera permitida, como por ejemplo cuando se actúa el legítima defensa, puesto que en este caso para repeler una agresión, puedo lesionar otros bienes jurídicos, en este caso si bien dicha conducta estaría prohibida pero esta no sería antijurídica pues esta es incluso una de las causas de exclusión de la antijuridicidad.

Es así que solo hablaremos de tipo de injusto cuando se reúnen las características del delito que son en este caso acto, típico, antijurídico. Concepción de delito que no se consiguió sino hasta el siglo XX; puesto que anteriormente no existía un consenso para entender el fenómeno del delito y es así que se venían formando cierto tipo de concepciones formales y materiales¹, hasta llegar a lo que hoy conocemos como delito como una definición de carácter descriptivo y formal.

A lo largo del estudio del Derecho Penal, cuando hablamos de la estructura de los tipos penales, encontramos dos elementos: Objetivos y Subjetivos, los elementos objetivos son todos aquellos que se pueden percibir en forma explícita o implícita contenidos en la descripción que se encuentra en la norma; y dentro de los elementos subjetivos tenemos al dolo y a la culpa a los cuales nos centraremos con precisión por ser objeto de estudio en el presente trabajo.

Se debe tener claro que, como expresa Salazar (2021), antes no existía esta dicotomía entre los elementos objetivos y subjetivos, el sistema causalista apoyado en las ideas de Von Listz concebía a la tipicidad y antijuridicidad del acto como un componente objetivo del delito, dejando entonces al dolo y culpa dentro de la categoría de la Culpabilidad. Cuestión que lógicamente es errada ya que el legislador al momento de tipificar la conducta y en virtud del principio de legalidad, establece como regla general que todos los delitos serán doloso y como excepción y siempre que este se encuentre tipificado serán imprudentes. De igual manera sería ilógico pensar que frente a una conducta que se encuentra previamente sancionada y tipificada, sea en la categoría de reprochabilidad establecer si su actuar fue doloso o imprudente, ya que ese juicio lo realiza el legislador al momento de tipificar el mismo.

¹ Las definiciones formales consideraban al delito como un simple suceso punible, mientras que los materiales como determinados actos que cumplen con el presupuesto de prohibición que establece el tipo penal.

El tipo de injusto entonces no está compuesto únicamente de características objetivas como se mencionó anteriormente, sino que entendiendo a la acción como una conducta con contenido de voluntad final, se puede determinar que ese contenido de voluntad debe ser analizado, Muñoz Conde (2010) nos dice que el tipo puede ser de dos vertientes una objetiva donde se encuentran todos aquellos elementos de naturaleza objetiva y otra vertiente subjetiva en la cual se encuentra el contenido de voluntad que rige el fin de dicha acción. Es así que el tipo de injusto puede ser de dos clases: tipo de injusto doloso y tipo de injusto imprudente.

El dolo es entendido como conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, como bien lo define Arzúa (1992): “Dolo es el conocimiento del hecho que integra el tipo, acompañado por la voluntad de realizarlo o, al menos, por la aceptación de que sobrevenga el resultado como consecuencia de la actuación voluntaria” (p. 303). El Código Orgánico Integral Penal (2021), dentro de su artículo 26 manifiesta que: “Actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta”.

De estos conceptos se desprende dos elementos del dolo, un elemento intelectual y un elemento volitivo. Dentro del primero el sujeto activo se debe representar y debe conocer los elementos que caracterizan su acción como típica, aquí lo que se exige es un conocimiento potencial, a manera de ejemplo en el caso del Homicidio basta con que la persona sepa que matar es malo; y dentro del segundo elemento el sujeto para actuar dolosamente no solo debe tener este conocimiento potencial de los elementos objetivos, sino que además debe querer realizarlos.

Por su parte el injusto imprudente no recae en el campo de querer realizar los elementos objetivos del tipo, sino que es más complejo, y es sobre lo que recaerá el estudio de este trabajo, sin embargo, es menester para emprender de manera adecuada el estudio de este capítulo, utilizar los términos correctos, es así que surge la incógnita si se debe hablar de delito culposo o de delito imprudente. Donna (2012), nos advierte de este problema que puede surgir en cuanto a la terminología y nos exige a emplear términos correctos para evitar confusiones y nos habla de que lo correcto es cambiar esta concepción de delito culposo por la de delito imprudente, puesto que como uno de los elementos que componen a este es la imprudencia dejando claro entonces que el termino correcto es este último.

A pesar de aquello, en nuestra realidad el propio Código Orgánico Integral Penal en su artículo 27 nos sigue hablando de culpa²; lo cual si bien no es un tema que nos ataña de fondo, vale precisar que lo correcto es hablar de delito imprudente; antes de entrar a analizar cuestiones de fondo y a manera de prefacio histórico hay que recalcar que el delito imprudente frente al delito doloso ha ocupado un lugar secundario, no existían criterios doctrinarios que nos expliquen al delito imprudente, tanto así que la teoría clásica se encargó únicamente del delito doloso dejando de lado al delito imprudente; lo descrito se comprueba, en razón de que el actual Código Civil, dentro de su artículo 2184 mantiene y considera a aquel hecho que se comete sin intención de dañar como un cuasidelito³. Por tanto, como sabemos El Código Civil ecuatoriano que data del año 1961 con sus posteriores reformas, enmarca la concepción que en ese tiempo se tenía frente a la conducta imprudente, es decir aquella que se producía sin el designio de causar una lesión.

Es así entonces que una vez entendido que el termino adecuado es referirnos al delito imprudente y expuesto un pequeño antecedente del mismo se puede entrar a analizar en el presente capítulo lo relativo al mismo.

1. El delito imprudente: Concepto

En contra posición a lo que entendemos por dolo, existen conductas en las cuales la voluntad de acción no está orientada a la realización del tipo, donde el fin para el derecho penal es irrelevante, pero que por un descuido el cual se traduce a la infracción del deber objetivo de cuidado, se produce la lesión o afectación.

Respecto a este punto es crucial realizar una distinción con el dolo eventual, puesto que, en el dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de posible producción y que, si bien no desea la producción del mismo, continua con su actuar, admitiendo la eventual producción del acto. Carlos Fontán (1998) respecto al dolo eventual nos dice

2 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.

3 Art. 2184.- Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito

que este se verifica cuando "...el sujeto puede representarse un daño como posible, no siendo forzoso que él se produzca al cumplirse la acción propuesta" (p. 326).

En este caso existe una línea muy tenue entre el dolo eventual y el delito imprudente, en criterios doctrinarios se considera al dolo eventual como una frontera entre el dolo y la imprudencia y bajo esta explicación han surgido algunas teorías para encontrar la diferenciación entre las mismas, estas son: la Teoría de la Representación o Posibilidad, Teorías de la Probabilidad, Teorías del Consentimiento y Teorías Modernas.

La teoría de la representación o posibilidad desarrolla la diferencia con la culpa con representación en la esfera intelectual del concepto de dolo, para los que desarrollan esta teoría consideran que la culpa en este caso siempre será inconsciente, sin embargo, esta teoría reduce el concepto de dolo únicamente al saber y siguiendo esta concepción varias conductas imprudentes serían consideradas como dolosas. Es así que a manera de ejemplo quien cruza un semáforo en rojo a las 3 de la mañana, si bien el resultado se presenta como de posible producción, pero el conductor confía (puesto que la mayoría de veces lo ha hecho y no ha ocurrido nada) y por ende desencadena conducta y a consecuencia de aquello causa un accidente de tránsito, es lógico que en este caso estamos frente a una culpa consciente

La teoría de la probabilidad parte del elemento intelectual y nos plantea que, dado la dificultad del dolo eventual, hablamos de este cuando el autor se representa como muy probable el resultado lesivo y a pesar de aquello sigue actuando, por tanto, dependerá de cuán lejana es la probabilidad de producción del resultado para hablar de delito imprudente, mientras que si la probabilidad es alta nos encontramos frente al dolo eventual.

Por su parte la teoría del consentimiento atiende al elemento volitivo, es decir que no es suficiente que el autor se presente el resultado como de posible producción, sino que el autor considera que aun cuando fuese segura su producción este actuaría, en este caso estamos frente al dolo eventual y por su parte estamos frente a un delito imprudente si el autor se representa aun cuando fuese segura su producción este dejase de actuar.

Por tanto, se observa que existe un grado de complejidad en la distinción del dolo eventual frente a un delito imprudente, la teoría de la probabilidad ha sido criticada puesto que no se puede establecer como parámetro el grado de complejidad, mucho más aun por ejemplo en el caso de las intervenciones quirúrgicas.

Es por ello que han nacido estas Teorías Modernas que tratan de dar una solución a esta discusión doctrinaria, es así que Cerezo Mir es quien sienta las bases de esta postura dogmática y parte de una posición similar a la de que manifestamos en cuanto a la Teoría del Consentimiento, puesto que para el autor estaríamos frente al dolo eventual si el sujeto se representa la posibilidad de la realización de los elementos objetivos del tipo y a pesar de aquello desencadena conducta; pero por el contrario si el sujeto se confía en que el resultado no se fuese a producir estaríamos en el campo de la culpa consciente.

Es en base a los lineamientos planteados por Cerezo Mir, que posterior a aquello será Roxin quien sienta las bases definitivas de esta teoría al manifestar que la base para distinguir si estamos frente al dolo eventual o frente a la imprudencia será la verdadera “realización de un plan” lo que en derecho se conoce como el *Iter Criminis*, es decir el trayecto que lleva al sujeto a cometer un delito, es así que en el caso en el que el sujeto tenga un plan previo y en virtud de aquel realice la conducta, sigue su labor y acepta las consecuencias del mismo, en este caso estaríamos frente a un dolo eventual, por el contrario estaríamos frente a una culpa consciente cuando el autor no tome en serio la realización o afección a un bien jurídico protegido, su conducta como tal no busca ser lesiva pero al final lo es.

Como se mencionó en el prefacio de este capítulo el delito imprudente se encontraba en un rango inferior frente al delito doloso, no es sino con el proceso de industrialización y la incorporación de la maquinaria, que comenzaron a aumentar los accidentes, es especial en materia de tránsito, ni siquiera la doctrina se encontraba preparada para solventar este tipo de problemas que se comenzaban a suscitar; no es sino hasta 1930 donde Karl Engisch en su libro “*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*” (estudio sobre el dolo y negligencia en derecho penal), destacó que entre la conexión causal de la acción imprudente con el resultado existía un tercer elemento crucial que es el deber objetivo de cuidado; por ende el punto crucial en el delito imprudente será la violación al deber objetivo de cuidado.

Cuando hablamos de infracción al deber objetivo de cuidado se debe preguntar qué significa aquello, es así que Carlos Fontán (1998) nos dice que “Para establecer aquella violación es necesario recurrir a una imagen rectora: la conducta que hubiera seguido un hombre razonable en la situación del autor” (p. 341).

El deber objetivo de cuidado o la prudencia será un criterio fundamental para que el sujeto pueda decidir si puede o no emprender o desencadenar su conducta, esto dependerá también de ciertas conductas que sean socialmente adecuadas. López (1974) citando a Frank nos dice "... quien acepta un cometido peligroso, como el médico que sin preparación quirúrgica suficiente practica una difícil intervención, obra culposamente respecto al resultado mortal, incluso si desplegó todo el cuidado posible, pues dada su falta de competencia, no debió admitir el encargo" (p. 27).

En este caso es lógico que si el médico en el caso antes citado no tiene una preparación suficiente incrementa mucho más el riesgo, es por ello que este parámetro tendrá siempre relación con la necesidad social del acto, puesto que, si las reglas científicas nos indican que en determinado caso no es posible someter a una persona a operación, sería ilógico que se le recomiende la misma.

Muñoz Conde (2013) nos dice que el núcleo de la infracción al cuidado debido consiste en la discrepancia entre la conducta realizada por el sujeto activo y la conducta que se debió haber realizado por una persona promedio situada en las mismas circunstancias que el sujeto activo y que fuesen de previsible producción. (p.68).

A pesar de aquello han surgido también de alguna manera comentarios respecto a si la infracción al deber jurídico constituye un problema a tratarse dentro de la culpabilidad o dentro de la antijuridicidad, si decimos que pertenece a este último caemos en un error puesto que como bien sabemos el delito culposo no admite su fase en tentativa, ni tampoco error de tipo, en caso de creer que el deber jurídico no le corresponde estaríamos frente a un error de prohibición y que atañe por lo tanto a la culpabilidad como bien lo ha manifestado Claus Roxin (2014).

Para comprender de mejor manera lo antes dicho, considero oportuno emplear un ejemplo: Se produce una colisión de dos autos a la 1 de la madrugada, del cual A es el propietario de uno y B el otro; evidentemente existe un acto que produjo un resultado en el mundo exterior y que en criterio de un pensamiento meramente causalista ambos serían los responsables del mismo, sin embargo se comprueba de que A se pasó el semáforo con la luz roja (considerando que por la hora no habría congestión vehicular), causando el accidente contra B, por ende A deberá responder por ese accidente, puesto que ha incumplido su rol común estereotipado que sería como buen ciudadano detenerse mientras el semáforo se encuentra en rojo.

Por tanto si bien ambos, tanto delitos dolosos como imprudentes suponen una conducta final, tanto así que el delito imprudente no admite una figura en grado de tentativa, esta conducta se comprende de diferente manera, mientras en los delitos dolosos la voluntad de acción está dirigida a la realización del tipo; en el delito imprudente el sujeto activo no extiende su voluntad a la realización del tipo, sino que inobservando su diligencia debida, ha incrementado el riesgo al campo de lo no permitido socialmente y a consecuencia de ello se produce el resultado lesivo.

En palabras de Carlos Fontán Balestra (1998), en su obra “Derecho Penal Introducción y parte general” dando un concepto de imprudencia nos dice:

...Gramatical y jurídicamente, imprudencia significa tanto como falta de ejercicio de la condición de prever y evitar los peligros. Es decir, que mientras el negligente no hace algo que la prudencia indica hacer, el imprudente realiza un acto que las reglas de la prudencia indican no hacer. En ambos casos hay falta de diligencia. Negligente es quien sale a la calle con su automóvil sin arreglar algunos desperfectos; imprudente es quien, teniendo su coche en buenas condiciones, marcha a excesiva velocidad. (p.336)

Concepto con el cual estamos completamente de acuerdo, en conclusión, el tipo de injusto imprudente se verifica por una inobservancia a las reglas comunes estereotipadas que establece la sociedad, ya sea rompiendo con roles comunes o especiales, esto sin el designio de que su voluntad de acción este encaminada a la realización del hecho caso contrario estaríamos en el campo del delito doloso.

1.1.Regulación normativa del delito imprudente: Un tipo penal Abierto

El artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal (2021), nos da una definición de culpa y nos dice que actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado que personalmente le corresponde, añade además que esta conducta será punible cuando se encuentre tipificada, es decir que la conducta imprudente necesariamente deberá encontrarse sancionada con anterioridad al hecho caso contrario la conducta será impune.

Del concepto que nos ofrece la propia norma se desprende que la acción como tal en los delitos imprudentes no es exacta, ni precisa, por tanto, será el juez el cual, en cada caso en particular, en base a la prueba actuada, el encargado de determinar si el procesado, infringió su deber objetivo de cuidado que personalmente le corresponde.

El comentario presentado coincide con lo que Hans Welzel citado por Claus Roxin (2014), en su obra “Teoría del tipo penal, tipos abiertos y elementos del deber jurídico”, manifiesta de manera clara:

En estos supuestos el tipo resulta “abierto”, es decir, la conducta prohibida no está caracterizada por una descripción objetiva y exhaustiva y, por tanto, la realización del tipo no podría indicar la antijuridicidad. Consecuencia de esto sería que el juez en lugar del procedimiento negativo habitual propio de los tipos cerrados, aquí tendría que comprobar la antijuridicidad en forma “positiva”. (p.6)

Doctrinariamente ha existido también otra posición al considerar que no estamos en realidad frente a un tipo penal abierto, sino que al contrario es labor del juzgador en base a las reglas de interpretación que la misma norma contempla realizarlo frente al injusto doloso cuanto más al delito imprudente.

Se debe reconocer en este caso que, si bien esta posición doctrinaria es válida, por una parte, esto no amerita sin embargo que en los delitos imprudentes el grado de interpretación será mayor que en los delitos dolosos, además de aquello en estos últimos el precepto es claro “el que mate a otro”, es decir una vez cumplido el precepto típico y analizadas las demás categorías dogmáticas el juzgador podrá determinar si esa conducta es imputable a una persona en concreto; en los delitos imprudentes el precepto es distinto y normalmente va amparado de “la persona que infringiendo su deber objetivo de cuidado” por tanto en este caso el juzgador se da un trabajo mayor y deberá determinar en base a los hechos y circunstancias particulares, si determinada persona ha infringido su cuidado debido; por tanto mantenemos firme el criterio de que el delito imprudente será un tipo penal abierto.

Lo antes mencionado no quiere decir que exista una vulneración al principio de legalidad, puesto que por la naturaleza del delito imprudente sería imposible describir con exactitud cada caso de imprudencia que pueda darse dentro del conglomerado social, es por ello que la piedra angular y base del delito imprudente será siempre la infracción al deber objetivo de cuidado, concepto tanto normativo como objetivo, el cual se refiere al cuidado mínimo requerido en las relaciones sociales. Se debe tener en cuenta que el deber objetivo de cuidado proviene de 3 fuentes: la ley, la técnica y la ciencia. Por tanto, de esto se desprende que el concepto del deber de cuidado supone además un factor subjetivo en

virtud del cual se toma en cuenta la capacidad de la persona en base a las 3 fuentes antes mencionadas.

Para sintetizar lo antes mencionado que mejor que recurrir a un ejemplo, A y B trabajan en una construcción, A se encuentra en la parte de afuera de la construcción recibiendo los talegos de cemento que B le arroja por la ventana, por un descuido cuando B arroja el talego le cae a X en su cabeza produciéndole la muerte. En este caso en concreto B no quiere causar la muerte de X, sin embargo, este aumento el riesgo al campo de lo no permitido puesto que lo socialmente adecuado sería bajar los talegos a través de un arnés, por tanto, al infringir su rol común B sería sancionado por Homicidio Culposos.⁴

Es así entonces que, se evidencia que en este caso en concreto el tipo penal del artículo 145 únicamente nos establece el precepto de “la persona que, por culpa mate a otra” es por eso rol del juzgador analizar si el sujeto activo del delito ha infringido su rol de buen ciudadano o a su vez si nos encontramos en un supuesto de rol especial si se ha infringido el mismo tomando como referencia siempre las fuentes del deber objetivo de cuidado, puesto que solo así se tomará en cuenta los conocimientos técnicos de la persona para que se configura la infracción al cuidado debido.

1.2.Desvalor de acto y desvalor de resultado

Recordando uno de los principios básicos sobre el cual descansa el derecho penal, es que este es fragmentario es decir que es de ultima ratio, únicamente interviene cuando otras ramas del derecho no puedan solucionar un conflicto, es así entonces que el legislador respetando la función seleccionadora que cumple el tipo penal, determina que bienes jurídicos ameritan una protección bajo el manto del derecho penal, que bienes jurídicos son los más importantes y que por ende deben ser protegidos; es así entonces que no toda lesión o puesta en peligro será sancionada por el derecho penal, por tanto se considerara antijurídica la lesión o puesta en peligro (desvalor de resultado) que se derive de una acción que también ha sido contraria al ordenamiento jurídico (desvalor de acto).

Lo antes mencionado tiene su fundamento en que por razones político criminales, el legislador al realizar la elección de los bienes jurídicos y por tanto al configurar los tipos

4 Artículo 145.- Homicidio culposos. - La persona que, por culpa mate a otra, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

delictivos puede destacar o hacer recaer más el acento en uno u otro tipo de desvalor; a manera de ejemplo, si revisamos los tipos penales de Asesinato, Femicidio, Homicidio Simple las penas son altas frente al Homicidio Culposo puesto que en el Homicidio Simple la conducta del justiciable se produjo con el designio de causar la muerte, mientras que en el Homicidio Culposo el acto del justiciable no estaba dirigido al cometimiento del injusto pero por faltar a su deber de cuidado se incrementó el riesgo y se produjo el resultado lesivo. Entonces, se evidencia que cada tipo penal tendrá su sanción en base al desvalor que el legislador impone en la conducta y resultado del tipo penal.

En los delitos imprudentes lógicamente el desvalor de acto será menor, puesto que el sujeto activo no busca la producción del resultado lesivo, sino que, este no actúa de forma debida, actúa en contra de la conducta adecuada socialmente y es por ello entonces que la penalidad en este tipo de delitos será menor frente a un delito doloso donde el desvalor de acto será mayor puesto que aquí el sujeto activo desencadena su acción con el fin de conseguir el presupuesto establecido en la norma. Enrique Urzúa (1992), nos dice claramente que “En los delitos culposos el resultado carece de importancia sustantiva.... Solamente se castiga aquella acción negligente que ha causado un determinado resultado” (p. 346).

Es así entonces que, en base a lo que se analizaba en páginas anteriores se concluye que, al ser los delitos imprudentes tipos penales abiertos, el desvalor de la conducta influirá en base a la previsibilidad del riesgo que tenía el sujeto activo, esto no influirá lógicamente en el resultado, es decir que si se llega a comprobar por parte del juzgador que la previsibilidad del riesgo era potencialmente conocida por el justiciable, esto atañe al desvalor de acto y por tanto así deberá considerarlo el juez para imponer la pena, pero esto no agrava el resultado y por tanto no entraríamos a considerarlo como un tipo calificado.

CAPITULO II.- EL RIESGO Y LOS MEDIOS PARA LA VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

Introducción

Históricamente los seres humanos al ser seres sociales, se han caracterizado por encontrar conflictos dentro de la dinámica de su convivencia diaria, es así como, se empezó a presentar en la sociedad la ejecución de crímenes que atentaban a los derechos de los sujetos que formaban parte del mundo como tal. Ante esta situación los catedráticos de la época intentaron encontrar un sistema de responsabilidad que permita imputar un castigo o reproche a quienes efectuaron una conducta criminal. Entonces, surge la idea de imputación la cual Kant (1797) denominaba como “el juicio por el que alguien es considerado como causa determinante de una acción, puesto que, nosotros atribuimos algo a alguien, como un predicado a cada sujeto” (p.15).

Sin embargo, a lo largo de los años el concepto simple planteado por Kant empezó a tener una evolución importante dentro de la doctrina penal, pues Pufendorf (1660) afirma que la imputación consiste en reprochar a un individuo la ejecución de una conducta no solo por haberla efectuado con intención, sino por haber puesto en peligro a las demás personas en base a un actuar peligroso. Entonces, del concepto expresado en líneas precedentes, se evidencia que la imputación ya no únicamente se aplica al delito doloso, sino que puede ser interpuesta en contra de quien con un comportamiento imprudente ha lesionado un bien jurídico protegido.

Sin embargo, a pesar de los conceptos referidos, el Derecho Penal en sus inicios no tuvo una acogida que observe la voluntad final del autor o la función del individuo en la sociedad, para responsabilizar penalmente a quien ha efectuado una conducta criminal; sino que la teoría dominante de aquella época era la doctrina causal promulgado por el catedrático Von Liszt, tratadista que miraba a la tipicidad y antijuridicidad del injusto como meros elementos objetivos dentro de un esquema de imputación penal.

Por consiguiente, toda comisión de un delito imprudente se la juzgaba y sancionaba bajo un esquema de imputación causalista inobservando el elemento subjetivo y cognitivo del profano al momento de la ejecución del hecho punible. Sin embargo, la mentada doctrina de imputación adolecía de falencias al momento de sancionar el injusto imprudente, ya que al no observar esta teoría los elementos subjetivos del tipo, se

producía que se responsabilice al autor como si hubiere cometido un delito cualquiera sin establecer un examen diferente y específico que permita sancionar de manera correcta y técnica al autor del hecho culposo.

Por consiguiente el tratadista Hans Welzel (2004) estableció las bases sobre las cuales debe establecerse un sistema de imputación que permita desarrollar una teoría sobre el delito imprudente frente al delito doloso, determinando el autor que es menester observar la subjetividad del justiciable a fin de poder responsabilizarlo por su conducta criminal, surgiendo así los conceptos de dolo y culpa como elementos subjetivos del tipo penal, los cuales a futuro permitieron que doctrinarios como Jakobs y Roxin pudieran desarrollar la teoría de la imputación objetiva del delito imprudente, generando un sistema de responsabilidad penal que atiende de manera específica las características que engloban a un delito imprudente y un delito doloso.

Por tanto, en el presente capítulo se procederá a exponer la teoría de la imputación objetiva desde la perspectiva de Claus Roxin y Gunter Jakobs a fin de comprender a cabalidad, los presupuestos dogmáticos de imputación del delito imprudente, y examinar las diferencias existentes entre las teorías de los autores referidos.

1. Imputación objetiva según Claus Roxin

En conformidad a Roxin (1997), la teoría de la acción propuesta desde la doctrina finalista penal adolece de errores conceptuales, dentro del fundamento filosófico que subyace detrás de la referida teoría, puesto que para el finalismo la acción como elemento del injusto debe ser comprendida desde un punto de vista ontológico, es decir, desde el ser. No obstante, para Roxin la acción delictiva debe estudiarse en razón de los contenidos sociales y observar una conducta final desde una perspectiva jurídica, dentro de una función de naturaleza político criminal. Por consiguiente, a Roxin le interesa estudiar a la acción desde una perspectiva normativa, mas no ontológica, siendo este el análisis teórico que le permitió al referido autor edificar la doctrina de la imputación objetiva, con el objeto de examinar en primer lugar los delitos culposos y luego los dolosos.

Entonces, Roxin (1997) presenta una teoría de imputación objetiva en base al axioma del riesgo permitido, expresando el autor, que solo puede imputarse un resultado lesivo al infractor, si es que su conducta ha generado un riesgo no permitido en base a su actuar; produciendo dicho riesgo una lesión a un bien jurídico, la cual se encuentra prevista dentro de un tipo penal.

Es por esta razón que Gómez (2005), afirma que Roxin estructura su teoría de imputación objetiva, en virtud de un análisis de determinación del incremento del riesgo permitido, con lo cual se debe establecer si el autor de la conducta materializó un riesgo que ha rebasado lo que la norma legal permite.

Entonces Roxin (1997), expresa en primer lugar que existe una exclusión de la responsabilidad penal en el supuesto de que se produzca una disminución del riesgo por parte del autor. Es decir, si es que el sujeto merma o aminora el peligro existente para la víctima, y por ende mejora la situación entendida como contenido de la acción, produce una exclusión de la imputación penal. Por ejemplo, el tratadista Roxin presenta el ejemplo de que el profesional de la medicina que con sus intervenciones médicas únicamente consigue aplazar el inevitable fallecimiento del paciente, no puede ser objeto de responsabilidad penal debido a que su actuar ha reducido el riesgo permitido. Pues para el doctrinario sería un absurdo penalizar conductas que no empeoran, sino que ayudan a mejorar el estado de peligro del bien jurídico protegido.

El segundo postulado expresado por Roxin afirma que también existe una exclusión de la responsabilidad penal si es que falta una creación de peligro,

Hay que rechazar la imputación al tipo objetivo cuando el autor ciertamente no ha disminuido el riesgo de lesión de un bien jurídico, pero tampoco lo ha aumentado de modo jurídicamente considerable. A estos supuestos pertenece el ya mencionado caso de la tormenta, pero también otra incitación a realizar actividades normales y jurídicamente irrelevantes, como pasear por la gran ciudad, subir escaleras, bañarse, subir a la montaña, etc. Incluso aunque tales conductas en situaciones excepcionales puedan dar lugar a un accidente, el Derecho no toma en cuenta los mínimos riesgos socialmente adecuados que, unidos a ellas, por lo que de entrada no es imputable una causación del resultado producida por las mismas. Como la provocación de una conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa no puede estar prohibida, no habrá una acción típicamente delictiva, aunque excepcionalmente tal actuación sea

causal respecto de una lesión de un bien jurídico. Y lo mismo sucede si un peligro ya existente no es incrementado de modo mensurable. (Roxin, 1997, p.367)

Por consiguiente, para Roxin (1997) si es que el autor no pone de manera trascendente en riesgo al bien jurídico protegido, este no puede ser susceptible de responsabilidad penal, a pesar, de que su actuar haya originado un resultado lesivo a un individuo. Debido a que, para el doctrinario en mención, el riesgo permitido, es elemento objetivo por el cual, se edifica toda la teoría de imputación objetiva, produciendo que la no transgresión a dicho riesgo no genere responsabilidad penal para el sujeto que ejecuta la presunta conducta criminal.

En tercer lugar, Roxin (1997), expresa que, a pesar de que el sujeto haya originado un riesgo jurídicamente relevante, no obstante, la responsabilidad penal se elimina si se trata de un riesgo permitido. Para comprender lo referido por el autor, es necesario entender como Roxin visualiza el concepto de riesgo permitido, estableciendo el doctrinario que dicha figura no es más que una actuación, que produce un riesgo penalmente relevante, pero que generalmente (sin importar el caso concreto) se encuentra permitida y por consiguiente elimina la responsabilidad penal y la adecuación de la conducta al tipo objetiva. Para comprender lo referido en líneas anteriores, se pone como ejemplo el caso del deporte de boxeo, en el cual, los sujetos que lo practican se encuentran sometidos al riesgo de lesiones en base a los golpes que conlleva la ejecución de dicha actividad, sin embargo, a pesar de la existencia del riesgo a la salud y a la vida de los participantes, las mencionadas conductas se encuentran permitidas a pesar del riesgo que pueden producir a diversos bienes jurídicos. Por consiguiente, las lesiones causadas en una pelea de boxeo no son susceptibles de imputación a sus deportistas.

Por tanto, para Claus Roxin, solo se puede imputar una lesión a un bien jurídico protegido en aquellos casos en los cuales, el autor de la conducta haya superado el riesgo permitido establecido por el legislador en la ley, debido a que tal inobservancia a la norma, a pesar de que no haya tenido la intención de generar un daño, ha sido determinante, para producir una afección directa a un bien legalmente protegido por el derecho penal. De esta forma es necesario imputar al autor por la consecuencia dañina generada.

No obstante, se debe expresar que Roxin manifiesta que existe eliminación de la imputación en el supuesto de resultados que no se encuentren previstos por la finalidad de protección de una norma de cuidado. Presentando el autor el ejemplo del dentista que extrae los terceros molares de una persona que se encontraba bajo los efectos totales de anestesia, para posteriormente fallecer dicho sujeto por medio de un fallo en el corazón. A pesar de que la persona le había comunicado antes al dentista que tenía “molestias en el corazón”, el odontólogo omitió que un cardiólogo especializado revise primero al paciente. No obstante, en el caso planteado, tampoco el cardiólogo hubiera podido descubrir la afección cardiaca, por consiguiente, el retraso que produciría la revisión del cardiólogo al paciente hubiera producido que dicha persona también fallezca más tarde. Por tanto, para Roxin, como el paciente hubiera fallecido de todos modos, el deber del odontólogo de enviar al sujeto a un cardiólogo especializado no cumple con una finalidad de evitar la muerte del paciente, produciendo que no se haya efectuado el peligro que intentaba prevenir el principio de cuidado realizado, fracasando lo que Roxin denomina Imputación del Resultado.

Por ende, Claus Roxin determina que, la ejecución del riesgo no permitido siempre tiene relación con el fin de protección de una norma de cuidado que limita el riesgo permitido (el deber de consultar un especialista en medicina) y no de la finalidad de protección que ostenta el tipo penal.

Por tanto, la imputación objetiva de Roxin se resume en que el delito se estudia desde una perspectiva, político criminal que debe entenderse como una protección de naturaleza subsidiaria de bienes jurídicos:

Cuando uno se pregunta cómo es que se puede lograr la protección de bienes jurídicos a través del derecho penal, la respuesta resulta lógica y evidente: si se prohíbe superar los límites del riesgo tolerado para proteger los bienes jurídicos y alguien supera mediante su actuar los límites permitidos del riesgo y éste se realiza en el resultado, entonces se es autor de un hecho prohibido. (Roxin, 2009, p.20)

Finalmente, se expresa que la imputación objetiva de Roxin radica en proteger bienes jurídicos en base a la determinación de un parámetro objetivo de riesgo hacia los mismos, obedeciendo dicho esquema de imputación a una finalidad normativa político criminal, deslindándose el doctrinario estudiado de una concepción ontológica de la acción penal. Por consiguiente, se puede colegir que la imputación objetiva de Roxin

deriva del objetivo estatal y social de salvaguardar bienes jurídicos en base a una determinación de creación y disminución de riesgos no permitidos.

2. Imputación objetiva según Gunter Jakobs

El doctrinario Jakobs es uno de los dogmáticos que postula y promueve que la finalidad principal de la penal radica en una prevención general positiva, es decir, para el autor la pena no es más que un ejercicio a través del cual los ciudadanos efectúan un debido reconocimiento de la norma, debido a que, la ley penal sirve para confirmar que su vigencia genera en la psiquis de los individuos un respeto y confianza hacia la misma, configurando una práctica de fidelidad hacia el derecho. Por consiguiente, para el autor la misión del derecho penal no radica en la protección de bienes jurídicos, sino más bien en el aseguramiento de la vigencia de la implementación de valores sociales que promuevan la ejecución de conductas legales.

Por lo tanto, Jakobs (2016) estructura su teoría de imputación objetiva en base a dos supuestos:

- a) La determinación de una conducta como típica
- b) La verificación de que el resultado material encuentra su fundamento en una conducta objetivamente imputable.

Lo que caracteriza el comportamiento humano, jurídico – penalmente relevante no es que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos –esto también se produce por catástrofes naturales, animales, etc., sino su significado: contiene el esbozo de un mundo. Este significado ha de averiguarse a través de una interpretación que parta de la comprensión general y proceda en este sentido, de modo objetivo; pues sólo entonces las conclusiones alcanzadas resultarán comprensibles en la vida social y serán algo más que una peculiaridad individual. Los fundamentos de esta interpretación, es decir la averiguación y la fijación de lo que significa un determinado comportamiento, desde el punto de vista social, constituyen el objeto de la teoría de la imputación objetiva. (Jakobs, 2016, p.10)

Por lo descrito en líneas anteriores, Jakobs afirma que la sociedad no se organiza en base a cursos causales ciegos, ni tampoco se encuentra determinada en base a presupuestos cognitivos, si no que la misma se estructura en base a un elemento normativo, debido a que cada comportamiento y rol social se rige por una norma específica en su contexto. Entonces, para Jakobs cada actividad social depende del cumplimiento estricto de normas que la determinan, leyes que constituyen un deber

objetivo de cuidado cuyo ejecutor debe cumplir a cabalidad en todo momento de su labor estereotipada, por ende, si el sujeto decide no acatar la exigencia establecida por la norma o deber objetivo de cuidado, su conducta ostentara una naturaleza delictiva si es que, de la misma, se genera una lesión a un bien jurídico protegido penalmente. Lo descrito en estas líneas constituye la teoría de los roles sociales, la cual constituye el fundamento principal por el cual Jakobs ha estructurado una teoría de imputación objetiva en base a 4 parámetros:

- Riesgo Permitido
- Principio de confianza
- Prohibición de regreso
- Competencia o auto puesta en peligro de la víctima

Con respecto al Riesgo Permitido, Jakobs (2016) manifiesta que todo rol y actividad social está sujeto a un riesgo, el cual se encuentra condicionado a probabilidades estadísticas de producción, pues para el autor estudiado un simple apretón de manos, por más seguro y precavido que se efectuó, tiene la posibilidad de generar una infección a quienes son partícipes de dicho acto; de igual forma en el tráfico vial por más que un individuo maneje de manera diligente y respete todo al normativa de tránsito, se encuentra susceptible a ser objeto de un accidente en su vehículo automotor. Entonces nadie puede vivir alejado de la vida en sociedad, pues para Jakobs cada una de las personas constituyen entes sociales que se encuentran en constante interrelación, por lo que son susceptibles de una lesión sus bienes jurídicos en base al riesgo que conlleva el existir en la sociedad. Es por esta razón “que no es posible una sociedad sin riesgo y no se plantea seriamente la renuncia a la sociedad, no puede haber una garantía normativa de total ausencia de riesgo, sino que, por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social irremediamente ha de tolerarse y ello como riesgo permitido” (Jakobs, 2016, p.12).

Por lo expresado en líneas precedentes Jakobs (2016) define al riesgo permitido como el status normal de interacción social, en el cual no existe una lucha de intereses que ha generado un resultado que afecte los derechos de los individuos dentro de la sociedad, sino que, se trata de una sociedad tranquila que ha sido concebida y aceptada históricamente dentro de circunstancias en las cuales el mundo mismo presenta riesgos para los habitantes del mundo.

Con respecto al Principio de Confianza, se afirma que es un elemento de análisis en virtud del cual Jakobs (2016) afirma que, en una conducta generadora de determinado riesgo, surge el deber de tomar en consideración la falibilidad de los sujetos que intervienen en la mencionada conducta. Puesto que el autor expresa que cuando la conducta de las personas se encuentra entrelazada, el referido actuar no constituye parte de la labor estereotipada del ciudadano el intentar controlar las acciones ejecutadas por los demás individuos, es decir, para Jakobs no se puede afirmar que exista un reparto de actividades, ya que en base a un principio de confianza se entiende que las demás personas que forman parte de una conducta realizarán la misma observando el deber objetivo de cuidado requerido.

En determinados ámbitos –pero sólo en determinados ámbitos- También cabe vincular el principio de confianza a la idea de protección de bienes jurídicos. Quien siempre está controlando a otros. No puede concentrarse plenamente en su propia tarea y por ello en la mayoría de las ocasiones pierde más respecto de la realización de ésta, de lo que gana a través del control de otros. Pero esto no es la única razón, ni siquiera la razón fundamental. Esta, por el contrario, estriba en que el otro es a su vez un sujeto responsable. La idea de responsabilidad quedaría destruida si el otro fuese concebido de modo exclusivamente cognitivo y no, también, como sujeto responsable. El principio de confianza puede aparecer de dos modalidades. En primer lugar, se trata de que alguien, actuando como tercero, genera una situación que es inocua, si el autor que actúa a continuación cumple con sus deberes. En este caso, la confianza se dirige a que el autor realizará su comportamiento de modo correcto. Un ejemplo trivial: alguien le da a otra persona un reloj ajeno de gran valor; esto sólo dejará de producir un daño si quien lo recibe lo coge con cuidado. En el caso normal, puede confiarse en que así suceda. En segundo lugar, la confianza se dirige a que una determinada situación existente haya sido preparada correctamente por parte de un tercero, de modo que quien hace uso de ella, el potencial autor, si por su parte cumple con sus deberes, no genere daño alguno. De nuevo un ejemplo: el cirujano confía en que las herramientas que utiliza en la operación hayan sido esterilizadas correctamente. (Jakobs, 2016, p.13)

De la cita expuesta con anterioridad se puede colegir entonces, que la doctrina del principio de confianza a permitido que los estudiosos del derecho penal entiendan que la

división del trabajo social a través de un reparto de obligaciones y deberes, con excepción de aquellos que no ostentan capacidad para entender la norma (inimputables).

Finalmente, para Jakobs (2016) el principio de confianza radica en entender que a pesar de que los sujetos sociales se encuentren susceptibles a fallar, la norma autoriza a confiar en ellos y creer que su comportamiento cumplirá el deber objetivo de cuidado y por consiguiente será permitido.

Por su parte, la prohibición de regreso, es un elemento de imputación que Jakobs utiliza para estructurar de manera ordenada la doctrina de la participación dentro del esquema de imputación objetiva, es decir, la prohibición de regreso intenta rellenar la necesidad de especificar el alcance de participación punible, tanto para conductas culposas como dolosas, en virtud de presupuestos objetivos normativos.

La responsabilidad por un delito de resultado mediante comisión decae cuando una acción llega a ser causal de un resultado típico sólo porque un tercero desvía, sin relación con el agente las consecuencias de la acción hacia el daño, y da un ejemplo: el deudor paga su deuda y el acreedor compra con ese dinero, tal como sabía el deudor, un arma y mata a una persona del modo que también preveía el deudor. (Jakobs, 2016, p.15).

Por ende, de la cita precedente, Jakobs (2016) infiere que no se podría imputar responsabilidad penal a título de complicidad al deudor por el delito de homicidio, debido a que su actuación de cancelar la deuda se encuentra dentro del ámbito de la prohibición de regreso. Y en el caso de delitos culposos ni siquiera el deudor tiene previsibilidad del curso causal del delito futuro, por consiguiente, el deudor tampoco podría responder por un homicidio imprudente.

Por tanto, el principio de prohibición de regreso, determina que la conducta que no ostenta dolo en delitos dolosos es impune, inclusive aunque el deudor haya sabido que el acreedor iba a comprar un arma para asesinar un sujeto, tal situación no genera responsabilidad penal, puesto que, como expresa Jakobs (2016) el individuo que se comporta dentro de los estándares sociales adecuados no debe responsabilizarse por las consecuencias materiales y legales que otro individuo otorgue a los acontecimientos. Por tanto, para el autor analizado la prohibición de regreso no elimina obligaciones existentes en los seres humanos, sino que únicamente establece que la conducta actual por sí misma es insuficiente para producir responsabilidad penal.

Por último, se debe analizar la actuación a riesgo propio de la víctima, o auto puesta en peligro o competencia de la víctima. A través de este elemento de imputación Jakobs (2016) hace referencia a que se debe tomar en cuenta el rol y actividad de la víctima dentro de la circunstancia lesiva, debido a que, para el autor, es necesario analizar prepuestos valorativos que establecen los límites de libertad de comportamiento como condicionante de responsabilidad. Esta teoría encuentra su fundamento en la premisa de que la auto responsabilidad de la víctima se erige en base a la capacidad de la misma para auto determinarse en la sociedad, puesto que para Jakobs si la víctima en base a su libertad individual ha decidido conjuntamente con una tercera persona ejercer un comportamiento productor de riesgo no permitido, esta tercera persona no responderá por el resultado lesivo causado ya que nadie le obligó a la víctima a arriesgarse en la referida situación.

Por tanto, de lo establecido en líneas precedentes es que Gómez (2005) expresa que más que hablar de una auto puesta en peligro, debería afirmarse de una imputación a la víctima, debido a que la conducta del tercero no ostenta tipicidad, si no que se imputa lo acontecido a la esfera de responsabilidad de la víctima.

Para Jakobs, este principio implica que quienes se arriesgan en una aventura en caso de producirse un daño, no pueden invocar que los demás deberían haber tenido cuidado de él, pues tan tutela frente a una persona responsable sería incompatible con la conexión negativa en cuanto relación entre iguales (Jakobs, 2016, p.16).

3. Diferencias conceptuales entre Claus Roxin y Gunter Jakobs

De la doctrina de imputación objetiva interpuesta tanto por Jakobs como por Roxin, se pueden evidenciar diferencias conceptuales importantes al momento de analizar los dogmas penales referidos. Ambos tratadistas en base a sus postulados han intentado establecer un esquema de imputación que permita solventar la responsabilidad penal de los justiciables dentro de una realidad social, para lo cual han interpuesto diversas construcciones teóricas que intentan explicar y adecuar la realidad.

Jakobs es un doctrinario que decidió agregar y modificar diversos elementos de la teoría de imputación objetiva de Roxin, estableciendo Jakobs a su criterio un marco conceptual mejorado sobre la forma en como imputar objetivamente una infracción penal.

Es así como en conformidad a Abanto (2005) plantea que surgen las corrientes funcionales de normativismo moderado de Roxin y el normativismo radical de Jakobs.

Tanto el normativismo radical como el moderado obedece a presupuestos filosóficos legales que emanan de la doctrina del funcionalismo penal, es decir, tanto Roxin como Jakobs entienden que la acción penal no se estructura en sí en base a elementos cognitivos sino en virtud de elementos funcionales y roles sociales, estableciendo cada autor que la finalidad misma del derecho penal radica en el estudio de las relaciones de los ciudadanos dentro del mundo contemporáneo. Es el fundamento sociológico por el cual se levanta la estructura de imputación objetiva alegada por los autores estudiados, pudiéndose afirmar que en este aspecto ambos tratadistas encuentran un punto de convenio en el debate dogmático penal.

Sin embargo, las formas en como Jakobs y Roxin entienden al funcionalismo penal varían en cuanto a la razón de ser y alcance del mismo. Es por esta razón que, Roxin es partidario del normativismo moderado como fundamento para imputar objetivamente una infracción penal, debido a que como se estudió en títulos precedentes, Roxin mira a la imputación del delito dentro de un fin político criminal y social, siendo esta una teoría eminentemente funcional y teleológica del derecho.

Por su parte Jakobs encuentra el fundamento de la imputación objetiva en la función y finalidad de la pena privativa de libertad, la cual la visualiza desde una perspectiva de prevención general positiva, siendo esta la columna vertebral del sistema penal estatal.

Entonces, es por esta razón que Roxin ha establecido que el dolo y la imprudencia únicamente encuentran diferenciación dentro de la esfera subjetiva, es decir, para Roxin la diferencia entre las categorías referidas radica en la posibilidad de conocer el tipo objetivo de injusto, por consiguiente la imputación objetiva de Roxin tiene estructuras conceptuales tanto en el delito doloso como en el delito culposo ya que analiza una doctrina de la totalidad del tipo objetivo entendiendo que este es mucho más que una mera relación causal.

Por esta razón Roxin ha limitado su teoría de imputación objetiva a tres ideas fundamentales:

- a) La exclusión de la imputación si falta la realización del peligro;

b) La exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido;

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

Esta teoría de imputación objetiva de Roxin ha recibido diversas críticas por parte de algunos sectores doctrinarios de la academia penal, debido a que Roxin para varios estudiosos del derecho plantea un sistema de imputación objetiva abierto que se aleja de un elemento científico sólido que permita entender el alcance de la norma objetiva de cuidado y el riesgo no permitido causado por el justiciable. Pues como expresa Lampe el sistema abierto de Roxin es una fuente de discrecionalidad, arbitrariedad e incertidumbre dentro de un ejercicio dogmático de imputación penal. A su vez, al ser distintas las finalidades sociales de cada estado el fin político criminal que persigue el derecho penal también variaría y no sería concreto y exacto si no que dependería de la idiosincrasia legal de cada estado, generando una afección a la seguridad jurídica de la teoría de imputación objetiva.

Sin embargo, Abanto (2005) establece que, si bien la teoría de Roxin podría afectar la neutralidad e imparcialidad del derecho penal, no es menos cierto que hay momentos en los cuales es necesario que el derecho punitivo pierda su neutralidad para ponerlo al servicio de la especie humano y por consiguiente su sociedad, en base a la limitación de garantías político criminales, pues para el autor lo verdaderamente arbitrario sería no presentar la rama punitiva del estado al servicio social.

Stratenwerth (1995), dirige una crítica a la imputación objetiva de Roxin en base a la idea funcional de la finalidad de la pena en el aspecto político criminal, debido a que para el tratadista en cuestión toda idea de prevención de la pena no puede ser sustentada en supuestos empíricos y materiales que evidencien que la pena privativa de libertad causa un beneficio directo a la sociedad. Sin embargo, dicho postulado no ha encontrado asidero en la academia penal debido a que es una crítica que no entiende la diferencia existente entre el ser y el deber ser, debido a que el estado tiene la libertad para presentar funciones normativas a toda sanción que interponga con el fin de cumplir y satisfacer diversas necesidades sociales.

Si bien Roxin puede encontrar deficiencias dogmáticas en la discrecionalidad y arbitrariedad de su teoría de imputación objetiva, no es menos cierto de que plantea conceptos de imputación que permiten entender de manera sencilla y eficaz la manera en cómo entender el injusto penal, debido a que la finalidad pragmática de protección de bienes jurídicos expuesta por el referido autor tiene un aporte conceptual importante en la forma en cómo se debe imputar una conducta penal. Es así como, el mismo Roxin acepta que su teoría de imputación objetiva aún se encuentra en desarrollo, no obstante, también afirma que no debería establecerse posturas doctrinarias que exageren y sobrevaloren los conceptos y teorías de la imputación objetiva penal.

Por su parte Jakobs se ha encargado de desarrollar un constructo de esquemas conceptuales que intentan especificar el alcance del tipo objetivo dentro de las infracciones de resultado. Pues para Jakobs la idea del incumplimiento del rol dentro de una labor estereotipada es el núcleo por el cual se sustenta su teoría de imputación objetiva, planteado el autor del derecho no es más que un sistema social que tiene que tener una influencia directa en los ciudadanos y en base a una teoría de prevención especial positiva que ha desembocado en lo que se denomina como normativismo radical.

Las ideas de imputación que deben ser analizadas para poder atribuir de manera objetiva una conducta al justiciable según Jakobs son las siguientes:

- a) Riesgo no permitido
- b) Principio de confianza
- c) Prohibición de Regreso
- d) Auto puesta en peligro de la víctima o competencia de la víctima

En primer lugar, para Jakobs existe una desautorización o incumplimiento de la norma penal cuando ese incumplimiento se ve materializado en el resultado lesivo de la infracción, no obstante, no basta con que se haya producido cualquier lesión a un bien jurídico como resultado, sino que es necesario que este se haya producido en base al actuar defectuoso del justiciable. Entonces Jakobs presenta que la calificación de conducta criminal o defectuoso radica en base a un análisis de leyes científicas o empíricas en virtud de un riesgo o peligro modelo o permitido.

Por ende, si el resultado lesivo no se puede justificar en base a un riesgo no permitido por la norma legal penal, entonces no se puede imputar objetivamente al autor de la conducta,

debido a que el riesgo existente únicamente es una consecuencia de peligros cotidianos que se encuentran naturalmente en la vida y el mundo como tal.

Esta es la razón por la cual el aspecto objetivo dentro de la teoría del tipo penal tiene relevancia en la doctrina de Jakobs y es por esta razón que el autor ha establecido los dos problemas fundamentales que encierra la teoría del tipo penal objetiva:

- 1.- Conceptualizar una conducta como socialmente correcta en conformidad a un esquema objetivo de interpretación.
- 2.- El conflicto de la materialización del riesgo en el supuesto de que exista una concurrencia de diversos riesgos como un problema privativo en las infracciones de resultado.

Abanto (2005), presenta diversas críticas que la doctrina penal ha hecho a la teoría de imputación objetiva de Jakobs. La primera crítica recae sobre la tesis de Jakobs que deslinda la finalidad del derecho penal en la protección de bienes jurídicos, pues para Roxin (1999) es errado no considerar que la finalidad del derecho penal se encuentra en la protección de bienes jurídicos elementales, debido a que la utilidad social del derecho es el fundamento para que exista el mismo, por lo que bajo esa concepción es errado aseverar que el *ius puniendi* no tiene como objetivo principal precautelar, salvaguardar y proteger bienes jurídicos.

La segunda crítica efectuada a Jakobs radica en el fundamento filosófico y jurídico en el que estructura su teoría objetiva de imputación, debido a que su normativismo radical busca eliminar la naturaleza e individualidad de la sociedad como eje para sustentar la norma penal. Pues para la doctrina crítica, no basta con fundamentar el derecho en la legitimación del orden social en base a la pena, sino que es necesario entender que el mundo contemporáneo no se base únicamente en roles sociales y normas sino en individuos diversos y diferentes que necesitan analizarse tanto en conjunto como en su singularidad.

4. Consideraciones dogmáticas.

En un mundo complejo, donde la sociedad es consciente de la existencia de riesgos, es menester mantener un esquema de imputación objetiva, la cual surge

precisamente con la finalidad de poder imputar un resultado lesivo a un sujeto determinado que ha motivado o producido una conducta desvalorada socialmente.

Este trabajo es complejo y ha sido objeto de estudio durante las últimas décadas e incluso hoy en día existen autores que buscan o tratan de seguir extendiendo o de alguna manera mejorando todo el esquema de imputación objetiva que inicialmente fue planteado por el tratadista Claus Roxin.

A raíz de aquello como se ha evidenciado, Claus Roxin ha desarrollado por su lado la teoría de la imputación objetiva, considerando que la acción delictiva debe ser analizada en virtud de los contenidos sociales, al igual que lo ha establecido Jakobs, es decir, las teorías propuestas por ambos autores no tienen un sustento contradictorio, sino que Jakobs decidió agregar y modificar diversos elementos de la teoría de la imputación objetiva de Roxin, un marco conceptual mejorado a parecer personal, sobre la firma de imputación respecto a una infracción penal.

Si bien como se ha mencionado, Roxin es partidario del denominado Normativismo Moderado, esto como fundamento para imputar objetivamente una infracción penal, respecto a aquello ha existido un acuerdo dentro de este debate dogmático con Jakobs, puesto que el Normativismo Radical del autor en mención y el Normativismo moderado obedecen a un presupuesto filosófico que emana del Funcionalismo penal.

A su vez Jakobs encuentra su fundamento de imputación desde una perspectiva de prevención general positiva de la pena, y a pesar de las críticas antes mencionadas que se han realizado respecto a la teoría presentada por el autor, a parecer personal no desestabiliza su planteamiento, puesto que para Jakobs las expectativas garantizadas por el Derecho Penal no se dirigen a sujetos como tal, sino a portadores de un rol, es así que de una manera no directa pero sí general dentro de la teoría de Jakobs existe una protección a bienes jurídicos, puesto que un ciudadano común y corriente, por el hecho de pertenecer a la sociedad ya tiene un rol intrínseco y es el comportarse de acuerdo a los lineamiento y parámetros que se han establecido dentro de la misma, si se comporta de otro modo y provoca un resultado lesivo, se impondrá sobre él una sanción. Por ende, la crítica respecto a que es errado aseverar que el *ius puniendi* no tiene como objetivo precautelar y proteger bienes jurídicos no tiene un sustento firme.

Si bien fue el tratadista Roxin quien sentó las bases respecto a una teoría de la imputación objetiva, a criterio personal, Jakobs la ha desarrollado de una manera más extensa al establecer el autor en mención 4 parámetros claros para imputar un resultado lesivo, siempre basado en las labores estereotipadas que tiene cada persona al ser parte del conglomerado social.

CAPITULO III.- EL ROL DEL MÉDICO Y SU ACTIVIDAD CON LA SOCIEDAD.

Introducción

A lo largo de la historia, las diferentes ciencias médicas han ido progresando con el fin de solventar las diversas afecciones de salud que han sufrido los seres humanos en su vida diaria, es por tal razón que siempre ha sido necesario determinar la forma en cómo surge la relación entre médico y paciente para consensuar un auxilio médico o cualquier clase de intervención quirúrgica. Debido a la sensibilidad que conlleva el tratar medicamente a una persona ha sido necesario que dicho tratamiento sea analizado desde el punto de vista legal con la finalidad de configurar un acuerdo que permita adecuar todo tratamiento a un consentimiento libre e informado de quien lo va a recibir, garantizando así no solo los derechos de los pacientes sino también de los médicos que ejercen día a día su profesión.

Por tanto, el presente capítulo tiene la finalidad de analizar el acto médico dentro de la relación médico-paciente conjuntamente con el deber de informar sobre todas las posibles consecuencias que conlleva el someterse a un tratamiento médico y el cumulo de situaciones imprevisibles que puedan surgir como riesgo permitido dentro de cualquier intervención médica.

1. El acto médico

Guzmán y otros (1994), manifiestan que para comprender el alcance de lo que significa el acto médico es necesario determinar que dicha conducta profesional proviene de la relación médico-paciente, la cual constituye la esencia misma del ejercicio de la medicina como rama científica y profesional. Entonces, se puede inferir que el acto médico es la conducta profesional por la cual se materializa la relación médico-paciente en el cual confluyen dos personas, primero una persona que adolece de alguna patología o alteración de salud y el médico que será el profesional encargado de orientar y sanar las dolencias del enfermo en virtud de su conocimiento profesional.

Esta es la razón por la cual por medio del acto médico se busca promover el cuidado de la salud y la prevención y curación de todo tipo de enfermedades que pueda sufrir un paciente.

Laín (1984) establece que el acto médico conlleva el compromiso del médico de utilizar todos los medios que tenga a su alcance para realizar un tratamiento o procedimiento que permita curar o aliviar las dolencias causadas por la enfermedad del paciente, tomando en consideración que en ningún momento podrá asegurar resultados positivos, teniendo la obligación de advertir al paciente acerca de todos los posibles riesgos y complicaciones referentes al tratamiento, intervención y enfermedad.

Martínez (1986), determina que las características que engloban al acto médico son las siguientes:

- a) La profesionalidad: únicamente un profesional acreditado en medicina es quien puede ejecutar conductas médicas.
- b) La ejecución típica: hace referencia a que su labor profesional debe efectuar en conformidad con lo que se denomina la *lex artis*
- c) La finalidad de curar o rehabilitar al paciente
- d) La licitud de su actividad profesional: la actividad efectuada por el médico sea acorde a lo prescrito por el ordenamiento jurídico que lo regula.

El acto médico suele tener una clasificación específica, pues para la medicina el mismo se subdivide en directo y documental. El acto médico directo en conformidad a Yungano (1982), se entiende como toda conducta médica mediante la cual la intervención del profesional tiene la finalidad de obtener la rehabilitación, alivio o curación del paciente. El acto médico directo puede ser de naturaleza preventiva, terapéutica o de rehabilitación y de simple diagnóstico.

La prevención consiste en meras recomendaciones emitidas por el médico con el fin de evitar la aparición de enfermedades o procesos patológicos. Por su parte el diagnóstico consiste en la simple opinión del profesional en la medicina en virtud de una previa observación directa o de laboratorio del enfermo que acude a su opinión. Finalmente, lo terapéutico consiste en las distintas formas de tratamiento que se implementan al paciente con el fin de rehabilitarlo de su enfermedad, es por tal razón que la rehabilitación se encuentra de la mano con lo terapéutico debido a que busca reincorporar al sujeto dentro de su entorno personal y social sin ninguna consecuencia presente, producto de su enfermedad.

El acto médico suele tener una naturaleza documental, puesto que Córdoba (1982), expresa que las conductas médicas documentales complementan a los actos

médicos directos por su injerencia y preponderancia en el marco jurídico de un estado. Esto se debe a que el acto médico documental ostenta validez como medio probatorio dentro de cualquier proceso judicial o reclamación administrativa, por tal razón surge lo que se denomina como:

- a) Certificado medico
- b) Receta o formula medica
- c) Historia clínica (el más importante de todos)

Guzmán (1991), afirma que la historia clínica es el documento médico que más importancia tiene dentro de acto médico documental, debido a que las notas contenidas en el mismo permiten al paciente continuar debidamente con su tratamiento en caso de ausencia del médico que lo inicio. Esto se debe a que, en el referido documento se incrustan circunstancias y hechos que justifican la utilización de diversos procedimientos y exámenes médicos practicados con el fin de curar al enfermo, generando que la responsabilidad de médicos y pacientes se encuentre claramente establecida y determinada.

La historia clínica es un documento de tan alta importancia, que inclusive debe someterse dentro de lo que la doctrina denomina como secreto profesional del médico, además de incluir la más alta calidad de información científica.

Finalmente, es necesario afirmar que el acto médico por más que sea una conducta fáctica y científica efectuada por un profesional de la salud, a su vez constituye en sí una conducta con trascendencia jurídica dentro del marco legal de una nación. Esto se debe a que todo acto médico constituye una fuente de efectos legales tanto para el profesional que lo ejecuta como para el paciente que ha sido objeto de dicha actividad.

Sin embargo, no se debe confundir el acto jurídico medico con el hecho jurídico proveniente de la naturaleza que rodea a las personas, pues si un individuo se enferma por situaciones ajenas a la voluntad de los seres humanos constituye un hecho que puede acarrear consecuencias legales, no obstante, no constituye en sí un acto médico. Pues el acto médico es un hecho ejecutado por un ser humano debidamente capacitado en las ciencias médicas, cuyo actuar produce diversas consecuencias que nacen de la voluntad emitida por el paciente y el profesional cuyo objeto es salvaguardar la vida o la salud del enfermo, generando un cumulo de efectos jurídicos sobre la realidad material y legal del estado. Por ende, al incidir el medico sobre otro sujeto de derechos como el paciente

inmediatamente genera incidencia dentro del marco jurídico de la sociedad, determinado que el acto médico en si constituye sin duda alguna un acto jurídico.

1.1.Relación médico-paciente

Mendoza (2017), determina que la relación médico-paciente constituye uno de los vínculos humanos que más interés han generado a lo largo de la historia de la humanidad. Esto se debe a que la relación médico-paciente, moviliza poderosas emociones humanas como la esperanza, confianza, fe, fuerza moral, y lucha contra la adversidad (enfermedad).

Por ende, en las últimas décadas el campo científico medico ha ido evolucionando a pasos agigantados constituyéndose como la rama científica más importante del momento, generando que a su vez la relación médico paciente sufra diversos cambios en su forma con el fin de ajustar los actos médicos a la realidad contemporánea.

El cambio más importante dentro de la relación médico-paciente, surge con la eliminación del paternalismo médico, en base al cual el médico era la única persona que ostentaba conocimiento acerca de enfermedades y tomaba decisiones arbitrarias por el paciente asumiendo que el mismo por su ignorancia no tenía el juicio suficiente para aceptar o rechazar un tratamiento o decidir un medio curativo distinto, no obstante Rubio Sánchez (1996) establece que con la implementación del derecho en la medicina se incrusta lo que se denomina como la soberanía medica del paciente, es decir, se refiere al reconocimiento de toda persona como un individuo autónomo que tiene plena facultad para auto determinarse por sí mismo dentro de la medicina a fin de escoger el diagnostico o tratamiento de un médico específico sin la necesidad de ser obligado a acatar los criterios de un profesional en la medicina, y teniendo el derecho a conocer toda la información que englobe una enfermedad, sus consecuencias, y su tratamiento.

Por tanto, se deja atrás la idea de que el médico debe hacer todo por el paciente, pero sin la participación del enfermo en la toma de decisiones, produciendo que con la eliminación del paternalismo médico y sus preceptos hipocráticos surja lo que se denomina como la relación médico-paciente contemporánea.

Entre tales cambios cabe citar el desarrollo de la ciencia en general y de la ciencia médica en especial: la tendencia a la ultra especialización, que conduce a que se pierda de vista la integridad y la complejidad del ser humano; la sofisticación creciente de los

procedimientos de diagnóstico y terapia, que imponen una suerte de barrera tecnológica entre el médico y el paciente, y que han transformado los hospitales en centros de alta tecnología; la aceptación de la salud como un derecho, con el consiguiente crecimiento de la demanda por la atención de salud; y la introducción de las leyes del mercado, que han llevado a que, no pocas veces, el paciente se ha visto más como un objeto de lucro que como una persona doliente y necesitada de ayuda. Todo ello explica en gran medida que, al lado de la admiración que nos produce la constatación de verdaderas proezas médicas, crezca también la insatisfacción de los usuarios de los sistemas de salud, hecho que va de la mano con la declinación de los valores éticos profesionales y el severo enjuiciamiento de la profesión médica por parte de la opinión pública, más atenta que nunca a los casos de ‘mala práctica’, con la consecuente pérdida del estatus y el prestigio de la profesión. (Mendoza, 2017, p.2).

García (1998), afirma que, en la actualidad, ya no debe denominarse sobre una relación médico-paciente, sino sobre una relación clínica debido a que, en la actualidad con los diversos avances en la práctica médica, surge una relación mucho más compleja entre quienes intervienen dentro de un proceso de diagnóstico, sanación y rehabilitación de un individuo. Lo descrito en líneas precedentes se fundamenta en el hecho de que ya no es el médico la única persona que atiende al paciente, sino en diversas ocasiones el enfermo es atendido por una persona que no es médico pero que forma parte de un equipo de salud. Por tal situación, es que en la actualidad ya no es del todo correcto utilizar la expresión médico-paciente sino debe utilizarse el vínculo de relación clínica, debido a que la expresión en mención abarca todos los posibles escenarios en los cuales un enfermo puede ser tratado por un equipo de salud.

Laín (1969), determina que el fundamento por el cual la relación médico-paciente existe, es porque la misma constituye una actividad cotidiana en la vida humana cuyas consecuencias generan incidencia dentro del marco jurídico de la sociedad, pues el autor expresa que la relación médico-paciente, puede producirse en la sala de un hospital, en un consultorio privado, en una llamada telefónica, en una red social e incluso en el campo de batalla de un conflicto bélico, encontrando una especie de amistad médica por el cual un experto en medicina interpone todos sus conocimientos, saberes y mecanismos con el fin de salvaguardar la salud o la vida de un enfermo que mediante su voluntad acepta someterse a las directrices emitidas por el profesional de la salud.

Jaramillo y Yepes (1993), establece que la relación médico-paciente, se estructura en virtud de los siguientes presupuestos:

- a) El fin propio de la relación: hace referencia a la salud misma del enfermo o paciente, estableciendo el autor en mención que la finalidad del ejercicio de la profesión médica no es la felicidad del médico o su bondad moral, sino el verdadero objetivo de la relación médico-paciente, constituye el salvaguardar la salud o la vida del enfermo.
- b) El modo de la convivencia que se establece dentro de la relación: hace referencia al equilibrio combinado de las operaciones objetivas y empáticas que ejecuta el médico para dictar un diagnóstico y recomendar un tratamiento. Esto se debe a que al ser la relación médico paciente un vínculo interpersonal, el profesional de la salud debe intentar en todo momento analizar el contexto en el cual se desenvuelve el paciente, tomando en cuenta circunstancias ajenas a la enfermedad que puede empeorarla o producir alguna otra patología al paciente.
- c) El vínculo propio de la relación médico-paciente: hace referencia a la realidad que se presenta entre las conductas objetivas y empáticas dentro del vínculo enfermo y médico. Este supuesto es vital puesto que cuando la relación es óptima el vínculo que entrelaza al médico y al paciente genera un plus en la sanación del enfermo y revaloriza los estándares morales de una sociedad.
- d) La comunicación propia entre médico y paciente: Hace referencia a la comunicación como el eje central por el cual se dará a conocer dentro del vínculo en mención todo tipo de operaciones y mecanismos utilizados para salvaguardar la salud o la vida del paciente. Pues el autor manifiesta que una buena comunicación es la base de toda relación incluida la del médico con el paciente a su disposición.

Por tal razón, surgen los cinco momentos principales entre el médico y paciente:

- 1) El momento cognoscitivo, el cual engloba todas las operaciones tendientes a conocer la enfermedad; al sujeto que lo padece y su diagnóstico clínico; como le pronostico o curso de la enfermedad con sus consecuencias.
- 2) El momento afectivo, hace referencia a las emociones que pueden llegar a surgir en la relación médico-paciente.
- 3) El momento operativo, engloba todos aquellos procedimientos y actos médicos que aplica el médico sobre el paciente con el fin de salvaguardar su vida y salud.

- 4) El momento ético, que consiste en el cumplimiento de normas que regulan los actos médicos dentro de la relación médico-paciente.
- 5) El momento histórico-social, el cual hace referencia a todo tipo de situaciones sociales tanto del médico como del paciente y su enfermedad.

Simón (2000), establece que la relación médico-paciente, se regula en primera instancia por medio de principios los cuales se resumen en los siguientes:

1) Principio de respeto por las personas

- a) Considerar que todos los seres humanos son entes autónomos, mientras no se demuestre lo contrario.
- b) Respetar los juicios, decisiones y criterios siempre que ello no implique perjudicar a los demás.
- c) Proteger del daño a todos los seres no autónomos, lo cual puede producir el no tomar en cuenta los criterios, determinaciones y decisiones médicas.

El fundamento de este principio es lo que se conoce como consentimiento informado.

2) Principio de beneficencia

- a) No hacer daño.
- b) Extremar en medida de lo posible los beneficios.
- c) Minimizar todo lo que se pueda, los riesgos posibles.

Su fundamento operativo es la evaluación del vínculo riesgo-beneficio.

3) Principio de justicia

- a) Proporcionar a todos los seres humanos las ventajas y beneficios que merecen.
- b) No imponer a ningún individuo cargas que no merece.

El fundamento de este principio radica en la ética de no discriminar a los pacientes y médicos que intervienen dentro de la relación clínica. A este fundamento también se debe agregar la debida protección y respeto a los grupos de vulnerabilidad dentro de la población, permitiendo que los mismos, tengan acceso total a la salud y puedan beneficiarse de una correcta salud pública.

Mendoza (2009), establece que el no cumplimiento de los principios en mención acarrea consecuencias jurídicas lesivas que son susceptibles de ser sancionadas en la vía jurisdiccional.

Los modelos de la relación médico-paciente han sido propuestos por Emanuel y otros (1999), quienes afirman que las últimas décadas de la humanidad han estado marcadas por los problemas existentes entre la autonomía del paciente y sus creencias, frente a los valores y conocimientos del profesional de la salud. Dichos conflictos han generado varios criterios éticos y jurídicos sobre cómo entender los diversos tipos de relación médico-paciente, dando nacimiento a cuatro modelos específicos sobre cómo se desenvuelve el vínculo entre el profesional de la salud, el enfermo y los derechos y obligaciones de los mismos.

1.- El modelo paternalista

El referido modelo, ya fue expuesto en líneas precedentes haciendo referencia a seguir un criterio objetivo de utilizar lo mejor para el enfermo sin tomar en consideración la opinión del paciente. Este modelo se fundamenta en la idea de superioridad moral e intelectual del médico sobre el paciente que, producto de su enfermedad no tiene el juicio suficiente para auto determinarse con respecto a sus afecciones de salud, teniendo el médico la facultad para imponer el diagnóstico y tratamiento médico que crea adecuado por encima de los pensamientos y decisiones del paciente. Como se expresó en líneas anteriores el referido modelo es obsoleto el día de hoy.

2.- El modelo informativo

Suele llamarse modelo técnico o científico, debido a que presenta la obligación del profesional de la salud de proporcionar al enfermo toda la obligación inherente a su patología e intentar hacerle conocer todos los desvíos causales posibles de su enfermedad, con el fin de que el paciente determine en virtud de su sistema de valores si se acoge o no a un tratamiento específico.

Por ende, en el modelo informativo el rol del médico se reduce a suministrar información veraz en virtud de su especialidad médica.

3.- El modelo interpretativo

En este modelo, el profesional de la salud ayuda al paciente a establecer su sistema de valores que en diversas ocasiones no se encuentra bien definido por parte del enfermo. Para cumplir con el modelo en mención el médico analiza, conjuntamente con el paciente, los objetivos, responsabilidades y aspiraciones de ambos dentro de la enfermedad que se

pretende superar con el fin de clarificar los valores del paciente y poder tomar una decisión con respecto a la patología que lo perturba.

4.- El modelo deliberativo

En el modelo deliberativo, el profesional no solo ayuda a interpretar los valores del enfermo con respecto a su salud, sino que conjuntamente con él toma una decisión médica que más se adecue a la situación de salud del enfermo, pero evitando cualquier mecanismo arbitrario o de coacción que pueda afectar la voluntad y los valores del paciente.

Emanuel y otros (1999), expresan que el modelo deliberativo es el que más se ajusta a la configuración de una relación ideal entre médico y paciente, estableciendo que el médico saca a relucir su parte más humanista en la ayuda voluntaria que le brinda al paciente a momento de tomar una decisión con respecto a la elección de un procedimiento científico médico para salvaguardar la salud o vida del enfermo. Esto produce la materialización de una correcta relación interpersonal que respeta a toda costa la dignidad de la persona humana y sus valores.

1.2.El secreto profesional y el deber de informar

Yungano (1892), establece que las obligaciones y deberes del médico se reducen a las siguientes: el secreto profesional, el deber de informar, el consentimiento y la obligación de ostentar conocimiento sobre la ciencia médica a fin de actuar con diligencia y técnica en la interposición de un tratamiento y certificación de una enfermedad.

El secreto profesional hace referencia al siguiente juramento:

Aquello que yo viere u oyere en la sociedad, durante el ejercicio, o incluso fuera del ejercicio de mi profesión, lo callaré, puesto que jamás hay necesidad de divulgarlo, considerando siempre la discreción como un deber en tales casos. (Guzmán y otros, 1994, p.144).

De la cita precedente, se puede inferir que el secreto profesional consiste en el deber del médico de no divulgar la información íntima que surge de la relación médico-paciente al momento de ejercer la profesión. Uribe (1995) establece que el secreto profesional puede ser absoluto cuando el médico tiene la obligación de guardar silencio sobre la totalidad de situaciones que surgen dentro de la relación médico-paciente. Por su parte el secreto profesional es relativo cuando el profesional de la salud no puede guardar

ningún secreto ante el órgano jurisdiccional con el fin de auxiliar a la administración de justicia. Finalmente, el secreto profesional es de conciencia cuando el médico tiene la obligación de divulgar toda la verdad en virtud de sus estándares ético morales.

Con respecto a la obligación de información adecuada, Guzmán y otros (1995), expresan que el médico tiene el deber legal de dotar al paciente de toda la información inherente al diagnóstico, enfermedad y tratamiento intentando en mayor medida de lo posible hacerle conocer al enfermo sobre todas las consecuencias y cursos causales previsibles que englobe la intervención médica. Esta información es necesaria debido a que por medio de ella se podrá obtener un consentimiento libre de vicios por parte del enfermo en el momento en el que decida voluntariamente someterse a un tratamiento médico.

Es por esta razón que, la relación médico paciente configura en si un negocio jurídico, del cual se puede colegir que los requisitos para que tenga validez un tratamiento médico, radican en que se cumplan con los elementos esenciales del contrato establecidos en el código civil ecuatoriano y la doctrina del derecho privado. Estos elementos son:

- a) Capacidad
- b) Consentimiento
- c) Objeto lícito
- d) Causa lícita

Por consiguiente, la información que dota el médico al paciente es clave para configurar el requisito de consentimiento como elemento esencial del contrato médico, por ende, la información que el médico proporciona al enfermo debe caracterizarse por ser clara, veraz, completa y discutida con el paciente. De lo contrario si el profesional de la salud presenta una información equivocada, falsa o mal intencionada, no solamente se están vulnerando los principios de la relación médico-paciente, sino que se transgreden los deberes y obligaciones del médico y por consiguiente el consentimiento del enfermo como elementos esenciales del negocio jurídico médico.

No obstante, es necesario establecer que se entiende por información adecuada, puesto que a simple vista parece ser un concepto indeterminado que genera ambigüedad dentro del marco legal médico ecuatoriano.

Es por tal razón que Guzmán y otros (1995), establecen que la información adecuada es el conocimiento total de las alternativas de tratamiento y toda posible

complicación que conlleve el procedimiento o terapéutica a la que será sometido el paciente en virtud de su relación con el profesional de la salud.

Simon (2000), manifiesta que con respecto a este punto existe una discusión presente, ya que cierto sector de la medicina expresa que las patologías humanas y sus tratamientos, puede conllevar múltiples complicaciones que por más que tengan poca probabilidad de presentarse se encuentran presentes, y si es que se informara al enfermo sobre todas estas complicaciones posiblemente se estaría desnaturalizando la relación con el mismo ya que se le podría causar temor y miedo a someterse a un tratamiento médico. En este caso entonces son las repercusiones que pueda tener el paciente que no está preparado para recibir toda la información de un tratamiento las que puedan impedir el salvar una vida, por consiguiente, este es el fundamento que cierto sector doctrinario manifiesta como causal para no informar acerca de todo al enfermo antes de una intervención médica.

Personalmente, no se está de acuerdo con esta postura doctrinaria porque la facultad para expresar la voluntad del paciente nace de una información completa y veraz, siendo parte de la medicina el no solo generar alegría en los enfermos sino en muchas de las ocasiones también conlleva el presentar malas noticias a los pacientes que adolecen de patologías graves; el ocultar información al paciente puede acarrear no solo la nulidad del contrato médico, sino también, responsabilidad penal sobre el profesional de la salud, debido a que no ha actuado con lealtad total al emitir su criterio médico sobre el enfermo. Por tal situación es necesaria la presencia del consentimiento informado como documento contractual en el cual se plasme debidamente la causa o motivo por el cual se presentará un tratamiento o intervención médica, y la posibilidad de revocar dicho consentimiento por parte del paciente en el caso de que no se sienta a gusto con el trato médico que se le está dando.

Se debe recordar que el consentimiento y la información van de la mano conjuntamente con la obligación de conocer y actuar con diligencia por parte del médico, debiendo recordar que un profesional por el mero hecho de ser humano tiene un margen de error en sus criterios, más sin embargo nunca puede estar en duda en el momento de tomar decisiones con respecto a un enfermo.

1.3.Situaciones Imprevisibles (disminución del riesgo)

En el mundo material tal como se lo conoce, es de notorio conocimiento que el actuar con diligencia no siempre garantiza un resultado exitoso, con especial atención en el campo de la medicina, debido a que, por más avances científicos existentes, ningún profesional de la salud puede tener el total control sobre el tratamiento de enfermedades que sus pacientes adolecen que intentan curar. Pues existen circunstancias en las cuales por hechos imprevisibles la salud del paciente puede verse deteriorada o afectada por más que el médico haya empleado todos los actos idóneos y correctos en conformidad a su ciencia y las normas que lo regulan; esta situación produce una disminución en el riesgo permitido del médico dentro de su labor estereotipada, eximiendo cualquier tipo de responsabilidad médica y configurando lo que la doctrina penal denomina como desgracia. Por tal situación a continuación se procederá a analizar la iatrogenia como termino medico utilizado para analizar deterioros en la salud de los enfermos por hechos ajenos a la voluntad del médico.

La iatrogenia en conformidad a Vera (2013), define como toda alteración del estado de salud del paciente, producida por los actos ejecutados por el médico con el fin de salvaguardar la salud del paciente. No obstante, a pesar de que el deterioro del paciente pueda devenir de actos médicos, el resultado lesivo no es imputable jurídicamente al médico que trata al enfermo debido a que tal situación procede de un hecho imprevisible que ha escapado a toda posibilidad de ser evitado por mecanismos normales o habituales de cuidado individual o colectivo del médico que ha estado a cargo del paciente y su enfermedad.

Entonces, de la doctrina precedente se puede inferir que, si bien la alteración en el estado de salud del paciente proviene de los actos del médico, este no tendría responsabilidad debido a que sus conductas profesionales han sido efectuadas con la debida diligencia y respetando el deber objetivo de cuidado interpuesto en su labor estereotipada preestablecida. Es decir, la iatrogenia viene a ser un resultado lesivo que no encuentra una causa directa en la voluntad o imprudencia del profesional de la salud, sino que encuentra su causa en un hecho imposible de resistir entre los ejemplos de iatrogenia se pueden encontrar los siguientes:

- a) Incompetencia cervical uterina en los supuestos de conización

- b) Las secuelas producidas por biopsias que producen abortos repetidos en mujeres jóvenes
- c) La formación de queloides
- d) Daños por medicamentos considerados por la ciencia como inofensivos
- e) La ulcera duodenal aguda que se produce por la alta administración de corticoides cuando este es el único medicamento adecuado para solventar alguna enfermedad.

La iatrogenia en conformidad a Vélez (1998), encuentra la siguiente clasificación:

1.- Aleatoria o inesperada

Se trata por lo general en un daño producido por la falla de equipos tecnológicos, siendo un ejemplo claro la pyle flebitis enfermedad que se produce en virtud de la extirpación de un apéndice gangrenado.

2.- Predecible

Esta clase de iatrogenia supone que el riesgo de que se produzca una alteración en la salud del paciente puede ser prevista de que se presente en un momento específico. Sin embargo, se elimina la responsabilidad del médico en virtud de la ponderación riesgo-beneficio que le favorece al paciente que se somete al tratamiento determinado. El ejemplo más claro de esta clase se la puede encontrar en los efectos que produce la quimioterapia como tratamiento contra el cáncer.

3.- Psico iatrogenia

Esta se subdivide en verbal y no verbal hace referencia a comentarios desatinados en la ronda hospitalaria en el cuarto del enfermo que pueden afectar su autoestima o producirle ansiedad y la no verbal hace referencia a actitudes o gestos por parte del médico que pueden generarle malestar emocional o duda con respecto a su tratamiento.

Por consiguiente, la iatrogenia constituye un factor determinante en la eliminación de responsabilidad jurídica del médico por más que sus conductas profesionales hayan sido las causantes de la alteración en el estado de salud del paciente. Esto se debe a que al observar el medico el deber objetivo de cuidado se mantiene su actuar por debajo del riesgo permitido generando lo que la doctrina conoce como desgracia.

Finalmente, es menester expresar que el estado de salud del paciente también puede alterarse por situaciones ajenas a los actos médicos en virtud de lo traicioneras que pueden llegar a ser algunas patologías, siendo en estos casos imposible responsabilizar

jurídicamente al médico que ha obrado dentro del marco prescrito por la norma. Por tanto, se puede concluir que el profesional que actué dentro del deber objetivo de cuidado se encuentra exento de responsabilidad jurídica, en virtud de que su actuar siempre se encontrara protegido por el riesgo permitido de su labor estereotipado.

CAPITULO IV.- EL ESTUDIO DE MEDIOS EN EL INJUSTO DE HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRAXIS

Introducción.

El presente capítulo tiene la finalidad de examinar el proceso judicial número 01283-2019-14403G, el cual versa sobre el juzgamiento del delito de homicidio culposo por mala práctica profesional dentro de la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay. El proceso referido, tiene como finalidad denostar si efectivamente fiscalía tiene la obligación normativa de traer una terna de profesionales establecidos, a fin de que sea viable el juzgamiento del injusto penal descrito.

De igual forma, se procederá a examinar si el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional tiene deficiencias en la delimitación del alcance de la transgresión del deber objetivo cuidado en los supuestos de negligencia médica.

1. Análisis de la sentencia emitida en el proceso judicial número 01283-2019-14403G.

1.1. Análisis del artículo 146 Del Código Orgánico Integral Penal

El homicidio culposo por mala práctica profesional genero una serie de polémica en la sociedad médica ecuatoriana, en virtud de que cierto sector político conformado por médicos, comentaba que se trataba de una persecución hacia los profesionales de la salud. No obstante, esta concepción era errada en virtud de que la conducta que se tipificaba en una nueva norma penal ya se subsumía en el delito base “Homicidio Culposo”, por lo cual no había sentido en las protestas en contra del nuevo injusto penal.

El artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal (2021) tipifica el Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional, determinando lo siguiente:

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.

De la cita precedente, se colige el siguiente análisis estructural de los presupuestos objetivos que caracterizan al homicidio culposo por mala práctica profesional como conducta punible.

- **SUJETO ACTIVO.** - Cualquier persona, en el ejercicio o practica de su profesión (cualquiera en el ejercicio de su profesión)
- **SUJETO PASIVO.** - Otro ser humano
- **VERBO RECTOR.** - Ocasionar muerte
- **TIPICIDAD SUBJETIVA.** - Culpa “infringir un deber objetivo de cuidado”
- **PENALIDAD.** - 1 a 3 años. Se inhabilita para ejercer la profesión.
- **TIPO AGRAVADO.** - de 3 a 5 años (se equipará con el homicidio culposo)

Si la muerte se produce por acciones:

- a. Innecesarias
- b. Peligrosas
- c. Ilegítimas

No obstante, es curioso que la norma establezca valoraciones dogmáticas para verificar de forma concreta como se ha transgredido el deber objetivo de cuidado. Dichas determinaciones se constituyen en los siguientes presupuestos:

- A. Que se produzca el resultado lesivo no quiere decir que el deber objetivo de cuidado haya sido vulnerado.

- B. El deber objetivo de cuidado se transgrede si es que el justiciable inobserva toda la normativa aplicable a su profesión.
- C. El resultado lesivo debe tener una relación causal directa con la transgresión al deber objetivo de cuidado y no con otros supuestos conexos o independientes.
- D. En cada caso tiene que examinarse el grado de formación del profesional, la diligencia debida, y las condiciones o presupuestos objetivos, evitabilidad del hecho y su previsibilidad.

La Corte Constitucional dentro de su sentencia No. 01-2014 ha determinado que el Homicidio Culposo Por Mala Práctica Profesional engloba una transgresión al deber objetivo de cuidado en virtud de la ejecución de conductas innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

Hay que tener en cuenta que el tipo penal es complejo, y a más de ello existe un requisito de procedibilidad para acreditar el mismo en virtud de lo que establece el artículo 511 en su segundo inciso donde de manera clara y textual manifiesta “Para los casos de mala práctica profesional la o el fiscal solicitará una terna de profesionales con la especialidad correspondiente al organismo rector de la materia”

Es por esta razón que, no ha existido hasta el momento sentencias condenatorias en aplicación de esta norma contra algún especialista de la salud, como lo es en el caso concreto, pues el tipo penal en general nos habla de cualquier profesión, pero se sobreentiende que la intención del legislador fue dirigir el mismo al campo de la medicina.

1.2. Antecedentes del caso

El presente caso consiste en el juzgamiento del médico Juan Pablo A., a quien se le imputaba como presunto autor del delito de Homicidio Culposo por Mala práctica Profesional tipificado en el artículo 146 inciso primero del COIP. El juzgamiento referido, se producida en virtud de que Juan Pablo A., habría producido la muerte de la niña Sofía G., de 8 años de edad cuando la menor había sido ingresada al Hospital del Rio de la ciudad de Cuenca, en fecha 15 de noviembre del 2019, debido a que presentada un cuadro febril.

El 18 de noviembre del 2019 a las 14:20 pm, Juan Pablo A., procedió a intervenir quirúrgicamente a la menor, en razón de que S.G habría sido ingresada días atrás por presentar un cuadro febril, el médico Juan Pablo A., se especializaba en otorrinolaringología y por ende procedió a realizar la extirpación de amígdalas y

adenoides. Sin embargo, a las 17:00 horas el procesado se retira del quirófano y se dirige a los padres de Sofía G., momento en el cual les informa que Sofía G., se encuentra bien, y se salvó de milagro ya que se presentaron complicaciones en la cirugía. El médico expresaba que Sofía G., tenía una mala formación anatómica en su arteria carótida externa izquierda aberrante, lo cual en términos simples significa que la arteria carótida se encuentra pegada a la amígdala de la menor.

No obstante, cuando la menor salió del quirófano fue trasladada a cuidados intensivos, para lo cual fue atendida por el intensivista Javier Abril. Al día siguiente a las 23:00 horas aproximadamente se produce el fallecimiento de la menor Sofía G. Situaciones que produjo que se investigue la conducta efectuada por Juan Pablo A., a quien se le empezó a investigar como autor directo del delito de homicidio culposo por mala práctica profesional.

Fiscalía General del Estado, en la audiencia de juicio manifestó que Juan Pablo A., habría cometido el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, en virtud de que su proceder vulnera el deber objetivo de cuidado, que la norma le exigía cumplir para la ejecución de la intervención quirúrgica.

Por su parte el Dr. Juan Carlos Salazar, en representación de la acusación particular de las víctimas (padres de la menor Sofía G.), detalla de mejor manera la estructuración fáctica de la conducta punible e inclusive considero que el injusto penal era de naturaleza agravada. En primer lugar, manifiesta que una vez que la niña ingresó con un cuadro febril al Hospital del Río, en fecha 15 de noviembre del 2019, la misma podía valerse por sí misma e inclusive llega caminando. Inmediatamente le atiende el Dr. Fernández de Córdova (pediatra), quien dispone el internamiento de la niña y determina tratamiento.

El lunes 18 de noviembre del 2019, en horas de la mañana cuando el cuadro febril habría mejorado, el Dr. Fernández de Córdova, no permite que se le dé el alta a la niña, y procede a recomendarle a los padres de la niña Sofía G., que la menor sea atendida por un especialista en otorrinolaringología, es decir en este caso por el procesado Juan Pablo A., (otorrinolaringólogo).

Entonces, el procesado examina de manera superficial y rápida a la menor y concluye que necesita intervención quirúrgica, la cual debía consistir en la extirpación de amígdalas y adenoides. La referida cirugía se lleva a cabo el mismo 18 de noviembre del

2019 a las 14:20 pm. Sin embargo, es en este punto que el procesado comienza a seccionar la carótida externa izquierda, produciendo un sangrado profuso, no controlado con pérdida de sangre de 1500 cm³, lo cual le produce un shock hipovolémico a la menor.

Esta situación genera que J.A decida llamar al médico externo del Hospital del Rio, el Dr. Edgar Serrano, quien no se encontraba en ese lugar, se encontraba lejos y llega tarde a solventar el hecho mencionado. El Dr. Edgar S., realiza una cervicotomía en la parte izquierda, Realiza el corte exterior para llegar a la arteria y efectuar un clamp en la misma.

Después de producido este evento quirúrgico S.G abandona la sala de operaciones, con daños irreversibles y serios que habrán causado su muerte al día siguiente en virtud de un edema cerebral severo.

Por tanto, la acusación particular alega que ha existido un yerro en el procedimiento médico, y una vulneración al deber objetivo de cuidado en razón de que se realizó una intervención quirúrgica innecesaria, riesgosa e ilegítima que trastoca las normas del ejercicio profesional médico. Por ende, acusaron al justiciable de ser autor directo de Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional Agravado, en conformidad al artículo 146 inciso 3 del Código Orgánico Integral Penal.

Ahora bien, por su parte la defensa del Procesado Juan Pablo A., por medio del Dr. Eduardo León, manifestó que la medicina no constituye una ciencia exacta, ya que se trata de un campo profesional en el que intervienen elementos inaprensibles y difíciles de comprender, por lo cual quienes la practican se encuentran sometidos a riesgos difíciles, extraños e imposibles de ser previstos.

Es así como, presentan la teoría de defensa del procesado afirmando que el 15 de noviembre del 2019 Sofía G., ingresa por emergencia al Hospital del Rio con un cuadro de fiebre el cual constituye un signo de insuficiencia respiratoria. Alberto Fernández es el primero en diagnosticar a la niña determinando que la misma sufre de adenoamigdalitis e insuficiencia respiratoria con génesis en una hipertrofia adenoamigdal. En términos simples, significa que S.G no podía respirar en virtud de una obstrucción de más del 70% de sus vías aéreas. A su vez sus amígdalas y adenoides se encontraban más grandes de lo común, incluso tenía ganglios a nivel del cuello y una infección que fue tratada y curada oportunamente.

La defensa del procesado argumenta que dichos signos eran suficientes para que la menor sea intervenida quirúrgicamente. Además, esta no era la primera ocasión que Sofía.G., y sus padres acudían al Hospital por complicaciones respiratorias, a tal punto que la menor habría sido tratada al menos por 18 médicos diferentes en Hospitales de la ciudad de Cuenca. La defensa del procesado argumenta que todas estas visitas médicas se encontraban vinculadas a afecciones respiratorias que la niña había sufrido desde los 2 años de edad.

Bajo estos supuestos la madre de la menor suscribió el consentimiento informado, solicitando y autorizando la intervención quirúrgica médica, a más de expresar que conocía, por los antecedentes médicos de la niña, que debía operarse a la misma de manera urgente. En la intervención quirúrgica se utilizó el instrumento médico coblator que es el mecanismo más utilizado por su efectividad y seguridad para proceder debidamente en esta clase de operaciones.

No obstante, al inicio de la operación mientras se intentaba tomar el punto de coagulación, de inmediato se produce un sangrado abundante profuso en virtud de que la niña tenía una variante vascular anatómica.

Esta variante constituye una mala formación física anatómica, congénita, anormal, sumamente extraña de verificar, conocida como carótida aberrante, lo cual consiste en que la carótida externa izquierda se encontraba más cerca de lo normal a la amígdala. Esta situación según la defensa del procesado es un hecho médico imprevisible que generó la complicación médica de la intervención.

Una vez que se produce esta inesperada emergencia Juan Pablo A., procede a taponar la sección sangrante utilizando sugicel, la cual es una gasa hemostática especial para estos eventos. De esta forma el procesado controla el sangrado y con el auxilio de otros médicos concluye la intervención con la saturación de la carótida desde el cuello de Sofía.G.

La intervención del Dr. Edgar S., fue necesaria para que por medio de la realización de una cervicotomía se pueda realizar la ligadura de la carótida externa izquierda, sin embargo, dicho actuar no podía efectuarse hasta que los anestesiólogos estabilizaran a la paciente. De esta forma se recuperó la tensión arterial de la menor y se la envió a cuidado intensivo donde llega hemodinámicamente estable y viva. No obstante, al día siguiente a las 23:00 horas fallece por la complicación quirúrgica referida

de naturaleza imprevisible denominada carótida aberrante, por tanto, bajo estos supuestos, no existe responsabilidad penal procediendo a afirmar la defensa del procesado que su defendido actuó dentro de las normas de la lex artis y el código de ética médico. A su vez alegan que demostraran que la autopsia realizada por Agustín Navia adolece de invalidez ya que se permitió manipular el cadáver de Sofia.G a personas que no pertenecen al sistema de investigación forense, sino que se encontraban vinculadas a la acusación particular. Por ende, se solicita se ratifique el estado de inocencia del procesado alegando que la carga de la prueba le corresponde a fiscalía.

1.3. Análisis de la decisión del Tribunal

a. Indebida valoración probatoria por parte del tribunal

En primer lugar, los motivos por los cuales existe una indebida valoración probatoria por parte del tribunal de garantías penales con sede en el cantón Cuenca, radican en 3 supuestos fundamentales:

- Inconsistencias en los testimonios de Juan Pablo A. y Edgar S.
- Inobservancia de los criterios de Paradise
- Alteración de la historia clínica

En la audiencia de juicio existió incongruencias entre los testimonios de Juan Pablo A. y Edgar S., debido a que el procesado manifestó que al momento de extirpar la amígdala izquierda con un instrumento denominado coblaitor, cuando de repente se produce un sangrado profuso en razón de que la arteria carótida se encontraba pegada a la amígdala referida, a causa de una variante muscular anatómica denominada carótida aberrante. Una vez que sucede esta inesperada emergencia, el procesado comenta que procedió a taponar la sección de sangrado, utilizando un instrumento denominado sugircell, la cual es una gasa hemostática que es especial para esta serie de circunstancias. El procesado comenta que una vez controlado el sangrado espero a que los anesthesiólogos estabilicen a la paciente, e inmediatamente solicito apoyo al doctor Edgar S., especialista en otorrinolaringología de cuello y cabeza para que efectuó la cervicotomía correspondiente, es decir, la ligadura de la carótida externa izquierda. Finalmente afirma el procesado que, una vez que se controló la situación se trasladó a la niña Sofía G a la unidad de cuidados intensivos para mantenerla en observación.

Del testimonio del procesado, puede evidenciarse que deja en claro que no siguió con la operación hasta detener el sangrado y esperar a que el otorrinolaringólogo llegue a

realizar la cervicotomía correspondiente. Sin embargo, en el testimonio de Edgar S., se expresa que cuando el referido especialista llegó al quirófano, pudo observar que la amígdala izquierda de Sofia G., ya había sido extirpada, lo cual demuestra que el procesado siguió con la operación a pesar de que la norma objetiva medica le obligaba a suspender la misma y efectuar toda clase de actos tendientes a estabilizar la salud del paciente. Se debe recordar que, la excesiva pérdida de sangre de Sofia G., produjo un shock hipovolémico que posteriormente produciría la muerte de la niña a causa de un edema cerebral.

El tribunal no decide tomar en consideración esta incompatibilidad en los testimonios, trasgrediendo el principio de congruencia probatoria, puesto que el testimonio de Edgar S., permite evidenciar una conducta que inobserva los deberes objetivos de la norma que el procesado debida cumplir, generándose una indebida valoración probatoria que pudo haber desembocado en una incorrecta decisión judicial.

El tribunal, tampoco tomo en consideración los criterios de Paradise, los cuales según Quintero (2015) consiste en los parámetros que deben observarse con el objeto de establecer si una persona es candidata para someterse a una amigdalectomía. Los criterios descritos pueden observarse en el siguiente cuadro.

CRITERIOS	CARACTERISTICAS
Habitualidad de Faringoamigdalitis	<ul style="list-style-type: none"> • Mayor o igual a 7 episodios en un año • Mayor o igual a 5 episodios en cada uno de los últimos dos años • Mayor o igual a 3 episodios en cada uno de los últimos tres años
Sintomatología en al menos uno de los episodios	<ul style="list-style-type: none"> • Temperatura mayor a 38.3 grados Celsius • Adenopatías cervicales mayores a 2 centímetros o dolorosos. • Cultivo positivo para EBHGA • Exudado amigdalár

Tratamiento	Antibiótico
Confirmación	Consiste en la documentación u observación de las características clínicas mencionadas, los cuales evidencian un patrón y frecuencia habitual desde la historia clínica inicial

Fuente: Rodríguez (2016)

Si bien, la defensa del procesado, justifico mediante prueba documental que la menor habría sido ingresada en emergencia por al menos 13 ocasiones, por afecciones respiratorias desde los 2 años de edad, no se ha justificado que dichas patologías se encajen en los criterios de periodicidad y sintomatología de los criterios de Paradise, por lo que no se podría afirmar que la operación de Sofia G., era necesaria. El tribunal indebidamente realiza una valoración indebida de la prueba al no tomar en consideración si es que los documentos de antecedentes médicos encajaban dentro de los criterios de Paradise, con el objeto de establecer la necesidad de una intervención quirúrgica a Sofia G.

Finalmente, se debe comentar que existió alegaciones por parte de Fiscalía y la acusación particular de la víctima, en las que se manifestaba que la historia clínica de Sofia G., habría sido alterada, debido a que antes de iniciar la operación de la niña no constaba dentro del documento mencionado (perito Casto Zaruma) que la menor adolecía de insuficiencia respiratoria, sin embargo después de la operación se habría agregado que la menor si habría tenido una dificultad respiratoria con una obstrucción superior al 70% de las vías respiratorias, el perito Castro Zaruma determino que había existido esta alteración y alteración de la historia clínica por lo cual la misma no debió haber sido tomada como prueba válida dentro de la causa judicial.

El artículo 456 del Código Orgánico Integral Penal determina que todo medio probatorio debe ser sometido a cadena de custodia, con el fin de garantizar que no se produzca ninguna alteración o modificación a los indicios que engloban el hecho criminal. No obstante, la historia clínica fue alterada antes de que esta sea sometida a cadena de custodia, por lo que la pericia de Castro Zaruma era la prueba de descargo idónea para

invalidar el medio de prueba documental descrito. Sin embargo, el tribunal también se equivoca al no tomar en consideración que la historia clínica había sido alterada, y por consiguiente no debía tener trascendencia en la decisión judicial.

b. Condiciones de procedibilidad en caso de mala práctica profesional

El artículo 511 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal, establece que en todos los supuestos en los que se procese un delito de mala práctica profesional, Fiscalía tiene el deber de solicitar una terna de profesionales especializados en la materia que envuelve al proceso judicial. La defensa técnica del procesado alego que dicho requisito constituye un presupuesto objetivo de procedibilidad, sin embargo, lo manifestado es errado en virtud de que la procedibilidad refiere a declaraciones administrativas previas que deben realizarse para juzgar un injusto.

Sin embargo, que exista una terna de médicos solicitada por fiscalía, no engloba ninguna declaración administrativa previa, por lo que no podría considerarse a este mandamiento jurídico como un requisito de procedibilidad. Ahora bien, no es menos cierto que la terna de profesionales si consiste en un presupuesto objetivo de juzgamiento en los delitos que tengan por objeto sancionar la mala práctica profesional.

Dentro del proceso judicial analizado, ha existido un error por parte de fiscalía, al no ordenar una terna de peritos especializados para que sustenten si ha existido o no una vulneración al deber objetivo de cuidado por parte del procesado. La especialidad no solo hace referencia a que el perito tenga conocimiento en la ciencia médica, sino que es necesario que el mismo haya ampliado sus estudios en la materia de la medicina que engloba el problema factico que se analiza, siendo en este caso concreto evidente que los peritos utilizados por fiscalía sean otorrinolaringólogos especialistas en cuello y cabeza.

Por consiguiente, es difícil que el tribunal logre evidenciar que se ha sobrepasado el deber objetivo de cuidado, si es que los peritos que aseveran tal situación no son especializados en la materia medica en la cual se gesta el problema científico a analizar. Inclusive, si la defensa del procesado utiliza un perito especializado en la materia que se debate, pierde credibilidad las pericias sustentadas en favor de la teoría del caso de fiscalía. Por ende, bajo esta perspectiva el artículo 511 inciso segundo de la norma penal ecuatoriana es determinante para juzgar el Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional.

Sin embargo, no se puede dejar de soslayar de que el perito argentino utilizado por la defensa del procesado habría compartido vínculos de amistad con el mismo, por lo que también se encontraría en tela de duda su criterio. Ahora bien, la carga de la prueba la ostenta fiscalía, quien tiene la obligación jurídica de desmontar el estado de inocencia del procesado, por lo que, si no llama a una terna de médicos especializados para sustentar su teoría del caso, es difícil que se logre obtener una resolución favorable por parte del tribunal.

Conclusiones

El delito de homicidio culposo por mala práctica profesional resulta difícil de justificar, puesto que como se ha analizado, al estar frente a un delito imprudente, la clave de su juzgamiento radica en la demostración de la violación al deber objetivo de cuidado en cada caso en general; y en el caso particular examinado, al ser un tema que engloba a la ciencia médica, se deben tomar todos estos criterios otorgados por personas especializadas en el tema para demostrar si se infringió o no la *lex artis*.

Al ser el deber objetivo de cuidado un cuidado necesario que nace de cada actividad en particular, constituye un tipo penal en blanco en virtud del cual serán los criterios aportados por los profesionales en la materia los que determinen y conlleven a la certeza al juez de que se ha producido una violación a la norma objetiva de cuidado y por ende su juzgamiento.

Como se ha analizado en el caso en concreto de Sofia G, se han encontrado varias inconsistencias, tanto en la valoración probatoria del tribunal como en la errónea actuación por parte de fiscalía, al no haber practicado una prueba trascendental como es la pericial en la materia que atañe al caso en concreto. Sin duda, el requisito establecido en el artículo 511 inciso segundo del Código Orgánico Integral, constituye un requisito de juzgamiento indispensable para justificar la transgresión al deber objetivo de cuidado en los casos del delito imprudente de homicidio por mala práctica profesional.

Por tanto, en el Ecuador es difícil encontrar una sentencia en virtud de la cual se sancione por el injusto de homicidio culposo por mala práctica profesional, ya que constituye un hecho punible que necesita de una terna de profesionales especializados que den fe de la transgresión a la norma objetiva de protección, situación que es complicada de efectuar en razón de que fiscalía no ostenta los recursos necesarios para llevarla a cabo. Por ende, el aparato investigativo en el Ecuador es deficiente, pues no tiene una técnica de investigación adecuada y nos genera estos problemas en la administración de justicia, que a la postre genera a su vez un malestar en la sociedad.

Bibliografía

- Abanto Vásquez, M. A. (2005). ¿Normativismo radical o normativismo moderado? Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Asamblea Nacional. (2021). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial nro. 180.
- Córdoba, R. (1982). El médico y el paciente moribundo. *Medicina UPB*, 7(2), 83-85.
- Emanuel, E. J., & Emanuel, L. L. (1999). Cuatro modelos de la relación médico-paciente. *Bioética para clínicos. Madrid: Triacastela*, 13.
- Gómez, J. A. G. (2005). *La estructura de la conducta y la imputación objetiva*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Gracia D. (1991). Procedimientos de decisiones en ética clínica. EUDEMA, S.A.
- Günter, S. (1995). Was leistet die Lehre von den Strafzwecken. *Berlin/New York*.
- Guzmán, F., Franco, E., Morales, M. C., & Mendoza, J. (1994). El acto médico: implicaciones éticas y legales. *Acta méd. colomb*, 139-49.
- Hans Welzel 2004 derecho penal general
- Jakobs, G. (2016). *La imputación objetiva en derecho penal*. Aranzadi/Civitas.
- Jaramillo, J. C., & Yepes, J. A. (1993). Hernia inguinal en menores de 15 años. Hallazgos contralaterales. *CES Medicina*, 7(1), 7-12.
- Kant, Immanuel, (1797). *Die Metaphysik der Sitten*. Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften.
- Laín, P. (1984). Antropología médica para clínicos. *Barcelona: Salvat*.
- Laín, P. (1991). Pedro Laín Entralgo, médico y humanista ¹. *Revista médica de Chile*, 130(1), 101-106.
- Lampe, E. (1999). *Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts*. Gruyter.
- Martínez, M. (1986). El legado de Hipócrates. *Bioética, Habana*, 8-9.
- Mendoza Fernández, A. (2009). Fundamentación de la enseñanza de la ética médica y la bioética clínica. *Acta Médica Peruana*, 26(2), 131-133.
- Mendoza, A. (2017). La relación médico paciente: consideraciones bioéticas. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 63(4), 555-564.

- Rodríguez Salas, F. J. (2016). Características epidemiológicas, clínicas, indicaciones y resultados de la amigdalectomía en pacientes del hospital regional Honorio Delgado, Arequipa, 2010–2015.
- Roxin, C. (2009). *Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania*. Ubijus.
- Rubio, S. J. L. (1996). La relación médica. *Ridruejo Alonso P, Medina León A, Rubio Sánchez JL. Psicología Médica. Madrid: Mc Graw–Hill/Interamericana de España, 505-28.*
- Simón P. (2000). *El consentimiento informado*. Editorial Triacastel.
- Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Cuenca. (2018). Proceso judicial número 01283-2019-14403G. ESATJE.
- Uribe, L. E. (1995). Impacto psicológico de la violación del secreto profesional. *Medicina UPB, 14(1), 71-74.*
- Vélez, L. (1998). Lesiones fatales ocasionadas por vehículo motor a personas mayores de 60 años en Cali, 1993-1997. *Colombia Médica, 29(4), 129-133.*
- Vera Carrasco, O. (2013). Aspectos éticos y legales en el acto médico. *Revista Médica La Paz, 19(2), 73-82.*
- Yungano, A. R. (1982). *Responsabilidad profesional de los médicos: Cuestiones civiles, penales, médico-legales, deontológicas*. Editorial Universidad.
- Arzúa Cury, E. (1992). *Derecho Penal Parte General*.
- Balestra Fontan, C. (1998). *Derecho Penal Introducción y parte general*. Abeledo Perrot.
- Donna, E. A. (2012). *El delito imprudente*. Culzoni.
- HÖFFE, O. (1998). *Estudios sobre teoría del derecho y justicia*.
- López, Á. T. (1974). El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales, 27(1), 25-60.*
- Muñoz Conde, F. (2013). *La imprudencia en Teoría General del Delito*. Temis.
- Roxin, C. (2014). *Teoría del Tipo Penal tipos penales abiertos y elementos del deber juridico*. Depalma Buenos Aires.

Salazar Icaza, J. C. (s. f.). *Derecho Penal Parte General*. Editorial Edino.