

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**La nueva conceptualización de la culpa en la  
legislación penal ecuatoriana**

**Juan Martín Contreras Troya**

**Jurisprudencia**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la  
obtención del título de Abogado

Quito, 20 de noviembre de 2022

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos:	Juan Martín Contreras Troya
Código:	00200314
Cédula de identidad:	1719213322
Lugar y Fecha:	Quito, 20 de noviembre de 2022.

## ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

**Nota:** El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

## UNPUBLISHED DOCUMENT

**Note:** The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>

# LA NUEVA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA CULPA EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA<sup>1</sup>

## THE NEW CONCEPT OF GUILT UNDER THE ECUADORIAN LEGISLATION

Juan Martín Contreras Troya<sup>2</sup>

contrerastroyajuanmartin@gmail.com

### RESUMEN

El nuevo concepto de culpa contiene nuevos elementos que sirven para la configuración de los delitos culposos. Este concepto, es diferente a la anterior definición de culpa que se encontraba en el Código Penal. El presente trabajo propuso un análisis del término jurídico mencionado y su aplicación en un caso actual de delito imprudente. Además, reformar la legislación penal ecuatoriana con el fin de establecer un correcto significado de la infracción al deber objetivo de cuidado, y a la vez, tipificar que se entiende por deber objetivo de cuidado. También, realizar una reforma a la Ley Orgánica de Salud, donde se tipifican las infracciones para los profesionales de la salud. Es crucial saber diferenciar entre el vigente y el derogado concepto de culpa, ya que tratarlos como sinónimos, significaría una falta de conocimiento y una incorrecta aplicación del concepto, con el cual se pueden vulnerar principios básicos del Derecho Penal.

### PALABRAS CLAVE

Culpa, imprudente, imputación, homicidio.

### ABSTRACT

*The new concept of guilt contains new elements that serve for the configuration of crimes of negligence. This concept is different from the previous definition of guilt found in the Criminal Code. The present work analyzed the legal term mentioned previously and its application in a current case of a negligent crime. In addition, to reform the Ecuadorian criminal legislation in order to establish a correct meaning of the infraction of the objective duty of care, and at the same time, to typify what is understood by objective duty of care. Also, to reform the Organic Law of Health, where the violations for health professionals are typified. It is crucial to know how to differentiate between the current and the derogated concept of fault, since treating them as synonyms would mean a lack of knowledge and an incorrect application of the concept, which could violate basic principles of Criminal Law.*

### KEY WORDS

Guilt, imprudent, imputation, homicide.

---

<sup>1</sup>Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Homero Patricio Cepeda López

<sup>2</sup>© DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

## SUMARIO

1.- INTRODUCCIÓN. 2.- ESTADO DEL ARTE. 3.- MARCO TEÓRICO. 4.- MARCO NORMATIVO. 5.- CONTEXTO JURÍDICO. 6.- TRATAMIENTO DE LA CULPA. 7.- ANALISIS DEL TIPO. 8.- ANALISIS LEGISLATIVO. 9.- INFRACCIONES EN *LEX ARTIS MEDICA*. 10.- ESTUDIO DE MALA PRACTICA MEDICA. 11.- RECOMENDACIONES. 12.- CONCLUSIONES.

### 1. Introducción

La culpa por varios años mantuvo una definición que se basaba en cuatro elementos puntales<sup>3</sup>. Esta conceptualización de la culpa, estuvo vigente en el Código Penal desde 1971 hasta su derogación en agosto de 2014. Posteriormente, entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal, COIP, el cual traía una nueva conceptualización de la culpa mediante la infracción al deber objetivo de cuidado<sup>4</sup>. Para el presente documento, el problema jurídico definido es la falta de referencia normativa sobre lo que debe entenderse por deber objetivo de cuidado en nuestra norma penal vigente.

En la categoría de tipicidad hay dos clasificaciones al momento de referirnos sobre sus elementos, estos son objetivos y subjetivos; estas dos categorías tienen el mismo nivel de importancia. En los tipos penales imprudentes, el elemento subjetivo es la culpa. Al ser de suma importancia, se debe tener un correcto entendimiento sobre su significado.

En las siguientes secciones se observará, que en la norma penal vigente existen nuevos requisitos para la configuración de un delito culposo, a diferencia de los planteados en el anterior código. Esta nueva conceptualización es de gran interés, puesto que, este significado afecta tanto a las defensas técnicas de cada parte procesal y a los juzgadores que deben deliberar. Además, hay un desconocimiento del concepto, por una inexistente definición del deber objetivo de cuidado; por lo tanto, se pueden vulnerar el principio de inocencia y el de legalidad que se rigen en el COIP.

---

<sup>3</sup> Código Penal, R.O. Suplemento 147 de 22 de enero de 1971, reformado por última vez R.O. D/N de 15 de febrero de 2012. [Derogado].

<sup>4</sup> Código Orgánico Integral Penal, [COIP], R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez R.O. D/N de 22 de agosto de 2022.

Cuando se incurre en un delito culposo, este debe configurarse con el actual concepto de la culpa. Por ejemplo, la Ley Orgánica de la Salud, contempla infracciones y sanciones con las cuales se rigen los profesionales de la salud. Al momento que los profesionales de la salud cometen una infracción; se cumplen cuatro supuestos<sup>5</sup> que son impericia, imprudencia, inobservancia y negligencia. Estos supuestos son los mismos que definían lo que era la culpa en la norma penal derogada.

Después de que un profesional de la salud es declarado responsable de la infracción contemplada en la Ley Orgánica de la Salud, la autoridad administrativa de oficio debe notificar a la Fiscalía. Se iniciará una investigación previa y dependiendo del hecho en concreto, posiblemente sea por homicidio culposo por mala práctica profesional o lesiones. Sin embargo, para la configuración de estos dos delitos culposos, se debe infringir el deber objetivo de cuidado y no los elementos detallados en la Ley Orgánica de la salud.

Durante los últimos nueve años desde que entró en vigencia el COIP, al no tener una definición exacta de lo que es el deber objetivo de cuidado, ciertos juristas han tenido que recurrir a la antigua definición de la culpa. Por esta razón esta tesis analizará la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuáles son las consecuencias de la nueva conceptualización de la culpa en el Código Orgánico Integral Penal?

En base a lo dicho anteriormente, se analizará la definición que está tipificada en el COIP, ya que esta difiere con la anterior conceptualización de la culpa en la norma penal derogada. Es fundamental tener una correcta comprensión de la culpa para aplicarla adecuadamente por los nuevos preceptos y requisitos que deben cumplirse.

Con el objetivo de resolver el problema, el presente documento realiza una propuesta metodológica investigativa y deductiva, analizando los diferentes conceptos de la culpa en la doctrina, así como los requisitos para la configuración de los delitos culposos en el Código Penal derogado con el COIP.

También se expone y se analiza la definición del deber objetivo de cuidado y la infracción del mismo para un mejor entendimiento del lector. De igual manera, se explica la incorrecta aplicación de la culpa en un caso de homicidio culposo por mala práctica profesional. Finalmente, se presentan las recomendaciones y conclusiones que cumplan con el correcto entendimiento de la nueva conceptualización de la culpa en el COIP.

---

<sup>5</sup> Ley Orgánica de la Salud, R.O. 423, 22 de diciembre de 2006, reformada por última vez R.O. N/D de 01 de septiembre de 2022.

## 2. Estado del arte

El presente apartado, expone una profunda revisión de la literatura que hace referencia a la culpa, con la cual se podrá entender el cambio de su conceptualización que se ha desarrollado durante los años. Esta nueva definición, ha permitido que se añadan nuevos tipos penales culposos. Los siguientes aportes académicos ayudan a comprender todos los conceptos que integran la culpa y a la vez, denotarán lo que es su nueva definición.

Rodríguez realiza una absoluta y clara explicación de los elementos del tipo, con la cual se entiende que el accionar o la omisión del ser humano será una conducta penalmente relevante, cuando se cumpla con las siguientes cuatro categorías principales<sup>6</sup>. Estas son el bien jurídico protegido, verbo rector, elemento objetivo y elemento subjetivo. El elemento subjetivo de los tipos penales es dolo o culpa. El autor, define la culpa como una “negligencia punible<sup>7</sup>”.

Para que un tipo penal sea culposo, debe estar explícitamente en la norma penal. El concepto de la culpa en la actual norma penal vigente, se basa en la infracción al deber objetivo de cuidado. Es por eso, que la persona que podía prever un resultado dañoso “según la medida de su capacidad de conocimiento<sup>8</sup>” pero no lo hizo, recae sobre la violación al deber objetivo de cuidado. Sin embargo, el que exista un riesgo permitido, no va contra la protección de la primera característica principal que se mencionó con anterioridad, la cual es, el bien jurídico protegido.

Jakobs relaciona la culpa o imprudencia con el rol de la persona<sup>9</sup>. Es decir, que a una persona se le puede imputar la infracción al deber objetivo de cuidado, cuando tiene una posición de garante<sup>10</sup>. Por otro lado, tenemos dos tipos de culpa. Estas son culpa consciente e inconsciente. La culpa consciente, se refiere cuando el sujeto activo no quiere aceptar el resultado lesivo, a pesar de que sí lo pudo prever<sup>11</sup>. Como consecuencia, infringió el deber objetivo de cuidado. En la culpa inconsciente, la persona no conoce que

---

<sup>6</sup> Felipe Rodríguez, *Curso de derecho penal parte general tomo II, Teoría del delito* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2022), 159.

<sup>7</sup> Felipe Rodríguez, *Curso de derecho penal parte general tomo II, Teoría del delito*, 206.

<sup>8</sup> Felipe Rodríguez, *Curso de derecho penal parte general tomo II, Teoría del delito* 208.

<sup>9</sup> Jacobo Barja de Quiroga, *Tratado de Derecho Penal parte general segunda edición* (Madrid: Editorial Civitas, 2018), 553.

<sup>10</sup> Jacobo Barja de Quiroga, *Tratado de Derecho Penal parte general segunda edición*, 554.

<sup>11</sup> Felipe Rodríguez, *Curso de derecho penal parte general tomo II, Teoría del delito*, 215.

su acción u omisión puede generar un daño. Para este tipo de culpa, el derecho penal no debe castigar los accidentes que son inconscientes<sup>12</sup>.

Por su parte, Calderón explica que el núcleo de la tipicidad objetiva de los delitos culposos no es la infracción al deber objetivo de cuidado. Esto se refiere, que a la persona acusada de un delito culposo, se le imputa esta infracción, porque creó un peligro que no estaba permitido, más no, por el incumplimiento del deber de cuidado<sup>13</sup>. Además, Calderón resalta la importancia de que los delitos culposos no son los restos de los tipos penales que tienen una situación probatoria complicada. Es decir, que por no poder probar el dolo en un tipo penal, este será culposo<sup>14</sup>. Como se puntualizó anteriormente, los delitos culposos siempre estarán especificados en la normativa penal.

Por último, el principio de legalidad penal siempre debe primar ante todo, y esto va ligado a la relación que hace Jakobs entre el garante y la infracción al deber objetivo de cuidado<sup>15</sup>. La persona será garante si es que así se lo considera con antelación y no el momento que el autor realice una acción que termina en daño. Si esto no sucede y se imputa la posición de garante a la persona que realice cualquier acto lesivo, se estará condenando sin límites la imprudencia<sup>16</sup>.

### 3. Marco teórico

Es de suma importancia que la nueva conceptualización de culpa que se encuentra vigente en la norma penal esté clara, ya que esto puede incurrir en la violación a la presunción de inocencia. Para esto, se explicará dos teorías. Estas son, la teoría del Finalismo y la teoría del Funcionalismo. Después de esto, se tomará una postura sobre la teoría que más se acople al actual significado de culpa y sirva como base de este concepto.

Para Rodríguez, la teoría Finalista está centrada en la “conciencia sobre el resultado final<sup>17</sup>”. Además, esta teoría analiza causa y efecto. La persona que cometa un

---

<sup>12</sup> *Idibem*, 226.

<sup>13</sup> Lyonel Calderón, *El delito culposo o imprudente en derecho penal y su regulación en el coip* (España: Editorial J.M. Bosch Editor, 2019), 108.

<sup>14</sup> Lyonel Calderón, *El delito culposo o imprudente en derecho penal y su regulación en el coip*, 90-92.

<sup>15</sup> Günther Jakobs, *Moderna dogmática penal estudios compilados* (México D.F.: Editorial Porrúa, 2006), 214 -215.

<sup>16</sup> Lyonel Calderón, *El delito culposo o imprudente en derecho penal y su regulación en el coip*, 212.

<sup>17</sup> Felipe Rodríguez, *Curso de derecho penal parte general tomo I, Introducción al derecho penal* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2018), 182.



delito debe querer realizarlo para que se le pueda atribuir el tipo penal al sujeto, ya que solo con conocer el tipo penal no es suficiente<sup>18</sup>.

Esta teoría presenta ciertas falencias, no establece una contemporánea conceptualización de los delitos culposos. En los tipos penales culposos, no hay la intención de realizar una acción con un fin lesivo, estos se configuran justamente por la falta de querer realizar una acción con un fin dañoso.

La teoría Funcionalista se acerca más a la realidad de las sociedades. Rodríguez explica que para Jakobs el Funcionalismo es “aquella teoría según la cual el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la construcción y la sociedad<sup>19</sup>”. Esta sociedad debe tener comunicaciones, ya que sin estas, se puede decir que no hay una sociedad.

La imputación objetiva es una vertiente que abarca la teoría Funcionalista. Para el jurista Claus Roxin, la teoría de la imputación objetiva, va relacionada al principio de riesgo<sup>20</sup>. Esto significa que, la persona que realiza una acción y tiene un resultado lesivo, se le acusa de un delito culposo por el hecho de producir un riesgo que no era permitido y que el resultado de esto, se ubica dentro del tipo penal.

Roxin, hizo énfasis, en que esta corriente no solo depende del resultado. Debe existir el riesgo creado por el autor, ya que el simple resultado lesivo de la acción del autor, por un riesgo que si estaba permitido, no puede ser imputable. La Imputación Objetiva está catalogada como doctrina moderna<sup>21</sup>, y esta tiene cuatro pilares fundamentales, los cuales son principio de confianza, riesgo permitido, prohibición de regreso y competencia de la víctima.

Por último, “la mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado<sup>22</sup>”. Esto quiere decir, que por tener un daño como resultado y que entra en el tipo penal, no operará necesariamente la violación al deber objetivo de cuidado. Posteriormente, se evidenciará como la misma norma penal se inclina ante la teoría de la imputación objetiva con su nueva definición de culpa.

---

<sup>18</sup> Felipe Rodríguez, *Curso de derecho penal parte general tomo I, Introducción al derecho penal*, 183.

<sup>19</sup> Felipe Rodríguez, *Curso de derecho penal parte general tomo I, Introducción al derecho penal*, 186.

<sup>20</sup> Claus Roxin, *Derecho penal parte general tomo I fundamentos, La estructura del delito* (Madrid: Civitas, 1997), 999.

<sup>21</sup> Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal parte general, 4ª edición* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000), 322.

<sup>22</sup> Artículo 146, COIP.

#### 4. Marco normativo

La siguiente sección, tiene como finalidad exhibir el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, los cuales serán cruciales para el tratamiento del concepto de la culpa. Se discutirá la normativa nacional y también la normativa derogada con las cuales se diferenciará las definiciones de la culpa. La sentencia que se utilizará, servirá para conceptualizar la nueva definición de la culpa en la norma penal ecuatoriana.

En la Constitución del Ecuador, se detalla el derecho al debido proceso. Mediante este derecho, se garantiza la inocencia de todas las personas<sup>23</sup>. Esta garantía constitucional sólo cambiará, cuando exista sentencia ejecutoriada en un proceso penal. Esto sucede cuando la persona cumple con los elementos del tipo penal y por ende, su estado de inocencia cambia.

El COIP, entró en vigencia el 10 de agosto del 2014, con el cual se incorporaron nuevos delitos, y a la vez hubo cambios en conceptos de la norma penal. Un ejemplo importante de lo dicho, es la nueva conceptualización de la culpa. Consecuentemente, esto transforma la orientación de las acusaciones y defensas técnicas que se realiza sobre los delitos culposos, así como al juzgador al momento de resolver. Al tener nuevos conceptos en el ordenamiento penal, se debe cumplir a cabalidad los supuestos que involucra la violación al deber objetivo de cuidado para que el estado de inocencia cambie.

Con la normativa nacional vigente, se analizará la definición de culpa que rige desde el año 2014, que lleva como característica principal, la infracción al deber objetivo de cuidado<sup>24</sup>. Los tipos penales culposos del COIP, están estrictamente ligados a este nuevo concepto. Ejemplo de esto, es el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional. Se debe tomar en cuenta, que este delito no es solamente para la mala praxis médica, como equivocadamente se lo suele interpretar en el quehacer jurídico. Este tipo penal no hace referencia a una profesión en específico.

Sin embargo, es importante acotar que los profesionales de la salud, al estar sujetos a la Ley Orgánica de la Salud, en el cometimiento de la infracción que cause o genere daño al paciente serán procesados administrativamente, mediante un proceso

---

<sup>23</sup> Constitución de la República del Ecuador, [CRE], R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. N/D de 25 de enero de 2021.

<sup>24</sup> Artículo 27, COIP.

especial sanitario<sup>25</sup>. Obligatoriamente se deberá demostrar que la actuación haya estado revestida en uno de los elementos de la culpa, constantes en el código penal derogado. Este proceso puede desencadenar en un juicio penal por homicidio culposo por mala práctica médica o por lesiones, en los que se debe tomar en cuenta la nueva conceptualización de la culpa del COIP.

Por otro lado, se analizará la culpa en el Código Penal<sup>26</sup> que estuvo vigente hasta el año 2014, ya que con la norma actual se deben cumplir mayores supuestos para la configuración de un delito culposo. Por último, para demostrar la nueva conceptualización de la culpa en el Código Orgánico Integral Penal, se tratará un caso de homicidio por mala praxis médica. El caso mencionado, con número de proceso 17294-2018-00563<sup>27</sup>, empezó en el año 2014 y termina en el 2020 en la Corte Provincial de Pichincha con sentencia condenatoria.

## 5. Contexto jurídico

En la categoría de elementos subjetivos del tipo penal, se encuentra la culpa y el dolo. Al tener solo estas dos clasificaciones, la única manera de imputación vigente en el derecho penal son la dolosa y culposa<sup>28</sup>. En la doctrina, a la imprudencia y culpa, se las trata como sinónimos. Los delitos que están tipificados en la norma penal ecuatoriana por regla general son dolosos, excepto, cuando en el mismo tipo penal, se aclara que es un delito culposo.

Cualquier tipo de acción que no pueda ser atribuida al dolo o a la culpa, se la debe entender como fortuita y no debe ser tomado en cuenta para el ámbito penal.<sup>29</sup> “En su gran mayoría, los tipos penales no cuentan con un mellizo culposo<sup>30</sup>” Rodríguez explica que, no hay un mismo tipo penal con imprudencia y otro con dolo, a excepción del homicidio culposo que está en el artículo 145 y el homicidio en el artículo 144 del COIP.

*Nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*, es el principio de legalidad en materia penal, el cual significa que no hay crimen, ni pena, sin ley previa; principio que

---

<sup>25</sup> Artículo 221, Ley Orgánica de la Salud.

<sup>26</sup> Artículo 14, Código Penal, Derogado.

<sup>27</sup> Causa No. 17294-2018-00563, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, 05 de noviembre de 2020, pág. 30.

<sup>28</sup> Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal parte general*, 4ª edición, 333.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> Felipe Rodríguez, *Curso de derecho penal parte general tomo II*, 189.

se encuentra en el artículo 5, numeral 1, del COIP<sup>31</sup>. Los elementos de este principio son, *stricta, scripta, praevia y certa*. *Stricta* es que no está sujeto a interpretaciones, que debe estar el tenor literal de la norma. *Scripta* es cuando la ley penal debe estar escrita. *Praevia*, que la ley solo rige para lo venidero. Por último, *certa*, que las penas deben tener un mínimo y máximo.

Como se mencionó anteriormente en el estado del arte, hay dos tipos de culpa. Zaffaroni, las llamaba culpa consciente o con representación y culpa inconsciente o sin representación<sup>32</sup>. En el primer tipo de culpa, el sujeto puede prevenir un resultado lesivo, no obstante, realiza una acción u omisión con la cual infringe el deber objetivo de cuidado. En cambio, la culpa sin representación, hace referencia a que el autor no conoce del peligro que su acción puede generar. Como consecuencia de lo dicho, hay un resultado dañoso pero que el autor no pudo prever.

La definición de un delito culposo según Rodríguez es, “aquel en el cual se lesiona un bien jurídico protegido sin intención<sup>33</sup>.” Para la configuración de un delito culposo, se deben cumplir tres componentes. Estos son, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad<sup>34</sup>. Los tres componentes están contemplados en el capítulo primero del COIP, en los artículos 25, 29 y 34 respectivamente.

El primer componente trata la conducta que está siendo juzgada, obligatoriamente debe ser típica. Conducta típica se refiere a toda conducta que sea sancionada y por ende, que se encuentre en la norma penal. Es de gran importancia que la conducta típica esté correctamente detallada en la norma penal para que al momento que esta se ejecute, pueda ser sancionada.

El segundo componente es la antijuridicidad, la cual “determina la contrariedad y oposición a la norma jurídica de una conducta<sup>35</sup>”. Es decir, si la conducta que se realizó está prohibida en la norma penal. Cuando el accionar de una persona, va acorde a principios jurídicos del derecho penal, se la describe como una conducta tolerable<sup>36</sup>. Contrario a lo mencionado, cuando una acción vulnera un principio del derecho penal, se configura la antijuridicidad.

---

<sup>31</sup> Artículo 5, COIP.

<sup>32</sup> Eugenio Raul Zaffaroni, *Derecho penal parte general*, Segunda edición, (Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2005).

<sup>33</sup> Felipe Rodríguez, *Curso de derecho penal parte general tomo II*, 206.

<sup>34</sup> Ruperto Núñez Barbero, “La estructuración jurídica del delito culposo, problema actual de la dogmática”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* tomo 27, 61-120 (1974)

<sup>35</sup> Felipe Rodríguez, *Curso de derecho penal parte general tomo II, Teoría del delito*, 376.

<sup>36</sup> *Ibidem*, 377.

Este último componente del delito, se define como el nexo que hay entre el individuo con el resultado dañoso. Se estudia la culpabilidad, cuando se cumpla con la tipicidad y la antijuridicidad de una conducta<sup>37</sup>. Una vez configurado los dos primeros componentes, será culpable el sujeto que realice una acción típica y antijurídica. Como resultado de la declaración de culpabilidad a un sujeto, se podrá recién analizar la punibilidad. En caso que no opere este último componente, no existirá la punibilidad<sup>38</sup>.

Por otro lado, los tipos penales cerrados son los que sus elementos objetivos y subjetivos, se encuentran en el mismo tipo penal y no se deben remitir a otras normas<sup>39</sup>. Los tipos penales abiertos también se encuentran en la misma norma pero ciertas palabras utilizadas para describir la acción típica, antijurídica y culpable no están conceptualizadas en el COIP<sup>40</sup>, de modo que, sus definiciones deberán ser recopiladas desde otras normas o textos. Un problema del tipo penal abierto, es el que puede generar un debate<sup>41</sup> sobre los diferentes significados de las palabras que se recopilan.

## 6. Tratamiento de la culpa

El artículo 14 del Código Penal derogado en el año 2014, establecía que

“La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de Ley, reglamentos u órdenes.”<sup>42</sup>

Con esta cita, se observa que la culpa en la norma penal derogada se basaba en cuatro elementos, los cuales eran imprudencia, impericia, inobservancia y negligencia. Según la Real Academia Española, el significado de la palabra “o” en una oración es, “Denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas<sup>43</sup>”. Lo que significa que, en el artículo 14 del Código Penal derogado, solo se debe cumplir uno de los cuatro elementos antes nombrados.

Con el cumplimiento de uno de los cuatro elementos; esto beneficiaba a la parte acusatoria, ya que en un juicio penal, al momento de una acusación de un tipo penal culposo, se debía probar solo un elemento de la culpa para que sea declarado culpable el procesado. Contraproducente a lo mencionado, esto representaba una difícil tarea para la

---

<sup>37</sup>Felipe Rodríguez, *Curso de derecho penal parte general tomo II, Teoría del delito*, 473.

<sup>38</sup> *Ibidem*, 475.

<sup>39</sup> *Ibidem*, 335.

<sup>40</sup> *Ibidem*, 336.

<sup>41</sup> *Ibidem*, 339.

<sup>42</sup> Artículo 14, Código Penal, Derogado.

<sup>43</sup> Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. O.

defensa técnica del sospechoso, puesto que debía ratificar la inocencia de su defendido alegando que no incurrió en ninguno de los elementos que constituían la culpa por los cuales estaba siendo acusado.

Una de las múltiples acepciones que se puede dar a la culpa, es la infracción al deber objetivo de cuidado con un resultado dañoso<sup>44</sup>. Esta definición, se encuentra en la norma penal vigente en el artículo 27 del COIP. Desde que la actual norma penal entró en vigencia en el 2014, el significado de culpa cambió. Al momento de incurrir en un delito culposo, se debió infringir el deber objetivo de cuidado. Sin embargo, una falencia del COIP es que no hay una explicación clara sobre qué es el deber objetivo de cuidado.

En la sección de tipicidad de la norma penal vigente, se observan fallas en la técnica legislativa, ya que debería existir una definición detallada sobre qué es el deber objetivo de cuidado y cuáles son sus características. Este concepto, no se encuentra definido y es de suma importancia ya que envuelve todos los delitos culposos, como el homicidio culposo por mala práctica profesional o las infracciones de tránsito.

Muñoz Conde explica que “el delito imprudente se castiga sólo en los casos en los que dicha modalidad de comisión de un tipo delictivo esté expresamente prevista en la ley.<sup>45</sup>”, por ello se habla que los tipos penales culposos son *numerus clausus*.

Otra deficiencia de la técnica legislativa es establecer la infracción al deber objetivo de cuidado dentro en un tipo penal específico, lo correcto sería que este concepto esté tipificado en un apartado diferente en la sección de tipicidad.

Específicamente en el artículo 146 del COIP se tipifica el homicidio culposo por mala práctica profesional y es una mezcla de un tipo penal cerrado y abierto. Es cerrado, porque sus elementos objetivos y subjetivos se encuentran en el mismo tipo. Infringiendo el deber objetivo de cuidado se configura este delito culposo; este concepto se encuentra en el mismo tipo y no hace falta recurrir a otro tipo penal o a otra norma.

El tipo penal antes nombrado, también es abierto, puesto que para comprobar que un profesional de la salud infringió el deber objetivo de cuidado, se debe analizar la debida diligencia, la previsibilidad y la evitabilidad del hecho en relación a la *lex artis* médica. Los tipos penales abiertos tienen como problema que la seguridad jurídica se puede ver vulnerada<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Artículo 27, COIP.

<sup>45</sup> Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal parte general, 4ª edición*, 322.

<sup>46</sup> Felipe Rodríguez, *Curso de derecho penal parte general tomo II, Teoría del delito*, 343.

En cuanto a los otros tipos penales culposos, se los debe entender como un tipo penal abierto. Para los delitos de tránsito, como la muerte culposa que está tipificada en el artículo 377 del COIP, se debe infringir el deber objetivo de cuidado, sin embargo, en este tipo penal no se detalla que es este nuevo concepto. Para comprender qué es el deber objetivo de cuidado, se debe remitir al artículo 146 del COIP y esto ocurre justamente por las falencias de técnica legislativa.

Anteriormente se mencionó sobre la teoría de la imputación objetiva, en referencia a este termino, el jurista Von Liszt quería solucionar cualquier problema penal a través de la teoría de la imputación objetiva<sup>47</sup>. Sin embargo, se lo criticaba porque se creía que la imputación objetiva debe tener diferentes criterios para los diferentes tipos penales, sean dolosos o culposos, o si se realizaban mediante una acción u omisión. Esta teoría hace responsable a la persona que al momento de ejecutar una acción u omisión, arriesga a terceros a un peligro que no estaba permitido.

Según la doctrina, la nueva conceptualización de la culpa no solo busca un resultado dañoso, más bien, explora la forma en la que se realiza la acción lesiva<sup>48</sup> y también, el “grado de rebelión<sup>49</sup>” del sujeto. Este concepto, grado de rebelión, se lo puede entender como la intencionalidad que tiene el actor y esta sería de un grado menor en relación al dolo.

Tener una intencionalidad menor, acarrea una reprochabilidad social menor. Para saber si la conducta realizada entra en la categoría de imprudente, se debe tener una referencia en la cual se pueda comparar<sup>50</sup>. El núcleo del delito imprudente se lo debe entender como la divergencia que hay entre la acción que se realizó y la que se quería realizar basada en el deber de cuidado<sup>51</sup>. Doctrinariamente, como el punto más importante del deber objetivo de cuidado es la debida diligencia<sup>52</sup>.

Siempre han existido acciones más peligrosas que otras, pero eso conlleva a tener un mayor cuidado. Estas acciones contienen un riesgo permitido, ya que se busca un fin lícito. Este riesgo es permitido, porque cuando se realiza la acción peligrosa, se debe tener una debida diligencia. Para el COIP, el deber objetivo de cuidado se debería entender

---

<sup>47</sup> Eugenio Raul Zaffaroni, *Derecho penal parte general*, Segunda edición, 468.

<sup>48</sup> Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal parte general*, 4ª edición, 320.

<sup>49</sup> *Ibidem*, 321.

<sup>50</sup> *Ibidem*, 322.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> *Ibidem*, 320.

como la realización de una acción que se encuentre dentro del riesgo permitido. En el actuar del sujeto existió previsibilidad, evitabilidad, observancia y la debida diligencia.

Mientras que la infracción al deber objetivo de cuidado, se la debería comprender como el accionar que aumente el riesgo permitido<sup>53</sup>, vulnerando la debida diligencia, la previsibilidad y la inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión; dando como resultado la lesión al bien jurídico protegido.

La segunda parte se debe entender, que la acción que aumentó ilegítimamente el riesgo permitido está estrictamente relacionada al daño provocado en el bien jurídico protegido. La interpretación que se da a la teoría de la imputación objetiva, se conecta con la definición de la infracción al deber objetivo de cuidado.

## 7. Análisis del tipo

La persona que esté en ejercicio de su profesión y dé como resultado la muerte a un sujeto, será acusada por el artículo 146 del COIP. Este tipo penal puede afectar a cualquier profesional y no solo a los profesionales de la salud como se suele creer. Este delito culposo comienza con

“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.<sup>54</sup>”

Un sujeto infringe el deber objetivo de cuidado cuando cumple cuatro requisitos que se contemplan en este mismo artículo.

En el inciso tercero en su última oración, se establece que “para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá ocurrir lo siguiente<sup>55</sup>.” A diferencia de la otra norma penal, en esta debe concurrir los cuatro supuestos nombrados para que el autor del delito sea sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años. En el caso que un sospechoso esté siendo juzgado por muerte culposa, los supuestos para la configuración de la infracción al deber objetivo de cuidado no se podrán comprobar, empezando desde el grado de formación profesional.

El primer requisito que se enumera para la configuración de la infracción al deber objetivo de cuidado es “la mera producción del resultado no configura infracción al deber

---

<sup>53</sup> Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal parte general*, 4ª edición, 329.

<sup>54</sup> Artículo 146, COIP.

<sup>55</sup> Artículo 146, COIP.



objetivo de cuidado.<sup>56</sup>” Más que un requisito, es la descripción de un hecho, cuyo resultado es negativo o lesivo en el ejercicio de la profesión, y no significa que el profesional es responsable de ese resultado. Este primer supuesto, indica que el resultado dañoso debe estar completamente relacionado con el actuar del profesional.

El segundo requisito del mismo artículo del COIP, es el único que se relaciona con el anterior concepto de culpa. Este segundo supuesto opera cuando hay “la inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.<sup>57</sup>” El significado de uno de los cuatro elementos de la culpa contemplada en la norma penal derogada, sigue vigente. Después de comprobar que existió un nexo entre el actuar del sujeto y el daño que sin intención produjo, se debe demostrar que el mismo sujeto fue inobservante de leyes, reglamento entre otros.

El tercer supuesto a cumplir, es “el resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas<sup>58</sup>” Este tercer requisito para que opere la infracción al deber objetivo de cuidado es complementario con la primera condición. En el caso que el profesional que se esté juzgando sea un médico, se debe demostrar nuevamente que el daño producido fue responsabilidad del profesional y que la muerte o lesiones producidas no tienen alguna relación con otro hecho.

El último requisito es “se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho<sup>59</sup>” Este requisito, a mi consideración, es el más importante y que se da a varias interpretaciones. Para que un sujeto cumpla con su deber objetivo de cuidado y no se pueda configurar la culpa cuando existe un daño a un bien jurídico, debe actuar con diligencia, demostrar su alta formación de profesionalismo, la previsibilidad y la evitabilidad que tuvo el procesado al momento de cometer el acto.

Una de las condiciones para no incurrir en la infracción al deber objetivo de cuidado es la diligencia. Esta condición es considerada como la más importante e influyente para este concepto. Se puede concluir que el deber objetivo de cuidado se entiende cuando una persona presta atención de forma idónea al momento de obrar o de realizar una acción de cualquier índole.

---

<sup>56</sup> Artículo 146, COIP.

<sup>57</sup> Artículo 146, COIP.

<sup>58</sup> Artículo 146, COIP.

<sup>59</sup> Artículo 146, COIP.

El Diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española, define a diligencia como “cuidado, prontitud, agilidad, competencia en la acción<sup>60</sup>”. Esto quiere decir que, quien actúa con el debido cuidado, realiza acciones permitidas y no exponiendo a terceros a riesgos no permitidos.

Respecto al grado de formación profesional, esta condición puede ser considerada como una ventaja para el profesional que está siendo investigado, porque se debe demostrar el alto grado de formación mediante estudios y experiencias lo cual impediría que el profesional incurra en este tipo penal culposo.

El supuesto del grado de formación profesional para la configuración de la infracción al deber objetivo de cuidado, se refiere estrictamente a un profesional. Aquí se encuentra una incertidumbre sobre cómo se configura un tipo penal culposo cuando el sujeto activo del delito no es un profesional. Esto ocurre en los tipos penales de tránsito o en otro delito que su elemento subjetivo sea la culpa.

El tercero es la previsibilidad, con el cual el sujeto debe tener la capacidad de poder prever un resultado dañoso. Si el sujeto puede ser previsible y prever un resultado lesivo pero no lo hace, está incurriendo en uno de los aspectos para la configuración de la infracción al deber objetivo de cuidado. Si la persona no puede ser previsible, no se le debe imputar ningún resultado dañoso.

La última condición es la evitabilidad del hecho, la cual el sujeto puede evitar el hecho que terminará con resultado lesivo. Según Gimbernat, la evitabilidad del hecho no puede ser sancionada si el sujeto hubiese realizado la acción correcta y el resultado sería el mismo<sup>61</sup>. Es decir, si el resultado termina perjudicando a un tercero realizando o no una acción correcta, no se puede acusar al individuo de la evitabilidad del hecho.

## **8. Análisis legislativo**

Como se mencionó anteriormente, la falta de técnica legislativa en el COIP, hace que se observe la ausencia de significados en nuestra norma penal. Para los tipos penales imprudentes como homicidio culposo y muerte culposa, no siempre se puede configurar la condición “el grado de formación profesional<sup>62</sup>”, ya que en estos tipos penales no hay

---

<sup>60</sup> Real Academia Española. Diccionario panhispánico del español jurídico. Diligencia.

<sup>61</sup> Eugenio Raul Zaffaroni, *Derecho penal parte general*, Segunda edición, 226.

<sup>62</sup> Artículo 146, COIP.

un sujeto activo calificado. Esto puede llevar a error tanto a las defensas técnicas como a los juzgadores.

En la primera parte del segundo inciso del artículo 146, la ley contempla que “será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas”<sup>63</sup>. Cometiendo las acciones dichas, la pena al autor del delito aumenta de tres a cinco años; por lo tanto, se entiende que estas son las agravantes del tipo penal culposo mencionado. Aparte de como está redactado el inciso, la Corte Nacional de Justicia, emitió una resolución que explica que para la configuración de agravantes, se deben cumplir las tres opciones.

El diccionario jurídico de la Real Academia Española define ilegítimo como “que carece de legitimidad, título válido o justificación suficiente en derecho.”<sup>64</sup> Asimismo, la Real Academia Española define necesario como “que hace falta indispensablemente para algo”<sup>65</sup> o “que forzosa o inevitablemente ha de ser o suceder.”<sup>66</sup> De igual manera, la misma institución define peligroso como “que tiene riesgo o puede ocasionar daño.”<sup>67</sup>

Con la definición de ilegítimo, las acciones ilegítimas se entiende como tales hechos que no tienen una correcta justificación para el derecho. La definición de necesario, lo opuesto a innecesario, se define por acciones que se deben realizar obligatoriamente o forzosamente. Es decir, que acciones innecesarias son, los hechos que los autores de los delitos culposos no tenían obligación de realizar y pese a eso, lo hicieron.

En la definición de peligroso, es crucial la palabra riesgo, ya que acciones peligrosas se entiende como los acontecimientos o sucesos que ponen en peligro al bien jurídico protegido y termina con un resultado dañoso. Cuando el daño que recibió el bien jurídico protegido es por la infracción al deber objetivo de cuidado, y además, se demuestra que el daño existente pudo ser menor, en el caso que no se hubieran realizado las acciones ilegítimas, innecesarias y peligrosas, se configura las circunstancias agravantes modificatorias del tipo penal.

Por otro lado, el artículo 152 del COIP, habla sobre tipo penal de lesiones. El cuarto inciso hace referencia a la sanción que se aplicará a quien cause lesiones por infringir el deber objetivo de cuidado; se impondrá una pena de privación de libertad “de

---

<sup>63</sup> Artículo 146, COIP.

<sup>64</sup> Real Academia Española. Diccionario panhispánico del español jurídico. Ilegítimo.

<sup>65</sup> Real Academia Española. Diccionario panhispánico del español jurídico. Necesario.

<sup>66</sup> Real Academia Española. Diccionario panhispánico del español jurídico. Necesario.

<sup>67</sup> Real Academia Española. Diccionario panhispánico del español jurídico. Peligroso.

un cuarto de la pena mínima prevista en cada caso<sup>68</sup>”. El quinto inciso del artículo 152 establece que “para la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado se considerará lo previsto en el artículo 146<sup>69</sup>”. Es aquí, donde se vuelve a evidenciar la falta de técnica legislativa.

Al ser una definición tan importante, no se debería encontrar en un tipo penal, más bien, debe estar en la sección de tipicidad. Los elementos que componen la infracción al deber objetivo de cuidado, al estar descritos en el artículo 146 del COIP, los deben considerar como elementos del tipo. Mientras tanto, se está haciendo una interpretación extensiva, porque estos elementos están siendo usados para los demás delitos culposos.

En el supuesto caso de que un profesional de la salud infrinja el deber objetivo de cuidado sin causar la muerte, pero sí lesiones en el sujeto pasivo, se origina una inexactitud en la norma penal que fue producida por los errores de los legisladores. Las lesiones y el homicidio culposo por mala práctica profesional, son dos tipos penales completamente distintos y que tienen dos bienes jurídicos diferentes. En las lesiones, el bien jurídico protegido que se ve vulnerado es la integridad física y en el homicidio culposo por mala práctica profesional, es la vida.

## **9. Infracciones en *lex artis* médica**

Por otra parte, el artículo 202 de la Ley Orgánica de Salud establece los supuestos que los profesionales de salud deben incurrir, para que se pueda constituir una infracción. Estos supuestos son cuatro, la negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia<sup>70</sup>. Estos cuatro elementos son los mismos que tenía la culpa en el Código Penal derogado.

Ante una evidencia de que existe la presunción del cometimiento de una infracción descrita en la Ley orgánica de salud, la competencia se radica en dos sitios específicos. El primero es la Agencia de Aseguramiento de la Calidad de los Servicios de Salud y Medicina Prepagada, ACCESS. El segundo es la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria, ARCSA. Para saber cuál agencia tiene la autoridad, se observará el tipo de infracción.

Un acto realizado por un profesional de la salud que presuntamente es una infracción, conoce el ACCESS. Quien actúa como autoridad en la agencia mencionada, es

---

<sup>68</sup> Artículo 152, COIP.

<sup>69</sup> Artículo 152, COIP.

<sup>70</sup> Artículo 202, Ley Orgánica de Salud.

el Zonal 9. El inicio del procedimiento se da por una denuncia o queja de un paciente. También, puede darse por un informe de las propias agencias controladoras. Cuando la ARCSA conoce sobre una presunta infracción, se inicia un proceso sanitario especial. En cambio, cuando la autoridad concedora de la infracción es el ACCESS, se inicia un proceso especial sanitario.

Los dos procesos tienen un mismo fin, sin embargo, el proceso especial sanitario es el que se lleva a cabo para determinar si se configuró una infracción mediante el artículo 202 de la Ley Orgánica de Salud. La autoridad competente para los casos de infracciones de los profesionales de la salud, dicta un auto inicial<sup>71</sup>. En el artículo 224 de la Ley Orgánica de la Salud, se establece lo que debe contener el auto inicial; las más importantes son la narración de los hechos, la citación al presunto infractor, que se practiquen las diligencias necesarias para la comprobación de la infracción y el día y hora para la audiencia de juzgamiento.

Concluido el proceso especial sanitario, en el caso que el proceso culmine favorable para el profesional de la salud, la víctima puede acudir de igual manera a Fiscalía a poner su denuncia. El resultado que se dé en estos procesos, no tiene ningún condicionamiento para que la persona afectada ponga su denuncia en Fiscalía.

De ser culpable en el proceso especial sanitario, la autoridad sanitaria deberá enviar de oficio a Fiscalía el expediente para que sea una noticia criminis. El momento que Fiscalía conoce de este presunto delito, se debe empezar una investigación previa. Cuando tiene lugar la audiencia de formulación de cargos, se deberá acusar por homicidio culposo por mala práctica profesional o lesiones. El expediente que envía la autoridad sanitaria a la Fiscalía, sirve como un elemento de convicción.

Con lo expuesto, podemos ver que hay una contradicción en conceptos nuevamente, ya que la Ley Orgánica de Salud en su artículo 202, no tiene concordancia con lo determinado en el artículo 27 y 146 del COIP. Las dos normas mencionadas tienen diferentes definiciones. Para Fiscalía será un mayor reto cuando empiece el proceso penal, ya que deberá buscar elementos de convicción que tengan estrecha relación con la infracción del deber objetivo de cuidado y no con los elementos antiguos de la culpa o los del artículo 202 de la Ley Orgánica de Salud que son los mismos.

---

<sup>71</sup> Artículo 224, Ley Orgánica de Salud.

## 10. Estudio mala práctica médica

Anteriormente en la sección de marco normativo, se mencionó sobre el juicio penal con causa No. 17294-2018-00563. Este es un caso especial, ya que los hechos del delito se perpetraron en julio del 2014 y la denuncia se realizó en agosto del 2015. Durante ese tiempo, se estaba haciendo una transición entre el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal al COIP. La víctima fue José Francisco G., quien acusó al Dr. Dorn de homicidio culposo por mala práctica profesional en agosto del 2015.

Es importante recalcar, que al momento que entró en vigencia el COIP, en la disposición transitoria primera se establece lo siguiente “los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión...”<sup>72</sup> Dicho esto, el proceso penal tenía que llevarse a cabo con el COIP, ya que la denuncia fue realizada cuando estaba vigente el COIP.

La respuesta de la Corte Nacional de Justicia a la consulta realizada por el juez Leonardo Bravo González sobre la disposición transitoria primera del COIP, establece que la ley procesal aplicable será la del COIP, a pesar que los hechos se cometieron cuando estaba vigente el Código de Procedimiento Penal. Para la parte sustantiva, la ley vigente para la configuración del delito y poder sancionar el hecho, era el Código Penal que se derogó en el 2014.

El artículo 459 del Código Penal habla del homicidio culposo y este establecía que “es reo de homicidio inintencional el que ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra otro”<sup>73</sup> y su sanción se encontraba en el artículo 460 del mismo código, la cual era “el que inintencionalmente hubiere causado la muerte de otra persona, si el acto no estuviere más severamente reprimido, será penado con prisión de tres meses a dos años y multa de ocho a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América”<sup>74</sup>

Los hechos del caso se dieron el 15 de julio del 2014. El médico tratante operó a la señora Elsa Cecilia P. de un tumor quístico en la cabeza del páncreas en la fecha mencionada. Por sugerencia del doctor Dorn, se recomienda extirpar el tumor de la

---

<sup>72</sup> Disposición transitoria primera, COIP.

<sup>73</sup> Artículo 459, Código Penal.

<sup>74</sup> Artículo 460, Código Penal.

paciente mediante una técnica llamada Whipple. Previamente a esto, el doctor solicitó que la paciente se realice una resonancia magnética.

Cuando el doctor inició la operación, existieron complicaciones. Estas hicieron que el doctor Dorn deje de realizar la técnica Whipple que estaba programada y decidió realizar otro tipo de operación. La resonancia magnética señalaba que el tumor se encontraba en la cabeza del páncreas, mientras que en el momento que operaba el doctor, se encontró que el tumor estaba en la cola y cuerpo del páncreas.

Según los alegatos de Fiscalía y de la acusación particular, el doctor no realizó todos los exámenes que debía para someter a la paciente a un procedimiento que es considerado arriesgado. Además, en la audiencia se establece que el médico no tuvo los cuidados debidos en el post operatorio. La única forma correcta en la cual se pudiera haber establecido que la actuación realizada por el doctor Dorn tuvo una conexión directa con el resultado lesivo, es mediante una autopsia.

En el desarrollo de la audiencia, se interrogó a doctores y peritos, concluyendo que la muerte de la víctima está relacionada con la operación que realizó el doctor Dorn. Jamás se realizó una autopsia al cuerpo, la cual hubiera sido una prueba útil para las dos partes. Nunca se logró saber si la causa de muerte, realmente era la que estableció el doctor.

En el alegato final de Fiscalía, se sostuvo la teoría de que las acciones de este doctor, incurren en los artículos 459 y 460 del Código Penal. Por otro lado, la acusación particular, en su alegato de clausura, menciona los supuestos enumerados en el artículo 146 del COIP, para que se pueda configurar la infracción al deber objetivo de cuidado. A pesar que Fiscalía es el titular de la acción pública, se demuestra la confusión que existe por parte de la acusación particular.

Cuando la acusación particular realiza sus alegatos, esto acarrea que las partes procesales se confundan. Esto perjudicó a la defensa técnica del sospechoso, ya que no estaba seguro por cuál delito es el que se debe defender. La acusación particular, enumeró la mayoría de los supuestos que se necesitan para que se pueda determinar que se infringió el deber objetivo de cuidado. Para la configuración de este, se debe cumplir con todos los supuestos y no solo con algunos.

Siguiendo el ámbito temporal de aplicación de la norma y el principio de favorabilidad, se aplicaron los artículos del Código Penal. Para este caso en particular, el Código Penal tiene más ventajas que el COIP, en relación al reo. El Código Penal establece una pena de tres meses a dos años de privación de libertad. En el COIP, la pena

de privación de libertad es desde uno a tres años; en el caso que se cumplan las agravantes, la pena aumenta de tres a cinco años.

El Dr. Dorn fue sentenciado a ocho meses, no obstante, con la nueva normativa penal, el procesado puede solicitar la suspensión condicional de la pena tipificada en el artículo 630. La pena del procesado se podrá suspender en el caso que cumpla con los requisitos. El artículo 631 del mismo código, enumera las condiciones que debe cumplir el procesado para mantener la suspensión de su pena.

El Tribunal de Garantías Penales en su desarrollo en el cual condena al médico Dorn, explica que él fue una persona imprudente en su accionar, que no existió la previsibilidad, ni el deber objetivo de cuidado<sup>75</sup>. Al tener como norma sustantiva el Código Penal, se debe aplicar el tipo penal en toda su extensión. El elemento subjetivo del artículo 459 de la norma penal derogada, es la culpa.

El tribunal sanciona correctamente al nombrar la imprudencia, ya que es uno de los elementos de la culpa que están tipificados en el artículo 14 del Código Penal. Sin embargo, cuando el tribunal justifica la condena mencionando la falta de previsibilidad y la infracción al deber objetivo de cuidado<sup>76</sup>, hace referencia a la nueva conceptualización de la culpa.

Como se mencionó con anterioridad, las teorías del caso de Fiscalía y de acusación particular eran diferentes. Esto indica que el tribunal trata de dar la razón tanto al fiscal como a la acusación particular, a pesar que las acusaciones en la parte jurídica se componían de diferente manera. Nuevamente se demuestra la confusión de conceptos, esta vez desde el tribunal. No se podía condenar al médico por la infracción al deber objetivo de cuidado, ya que el concepto no estaba vigente al cometimiento del delito.

En el caso No. 17294-2020-00934 de homicidio culposo por mala práctica profesional, todo el proceso se sustenta con las normas del COIP. La Fiscalía en este proceso no pudo comprobar todos los supuestos que establece la infracción al deber objetivo de cuidado. El juez expresa que

---

<sup>75</sup>Causa No. 17294-2018-00563, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, 05 de noviembre de 2020, pág. 30.

<sup>76</sup>Causa No. 17294-2018-00563, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, 05 de noviembre de 2020, pág. 30.



“se ha podido establecer a través de los peritajes presunciones de una violación a la *lex artis*, sin embargo, no existe elementos que identifiquen que el procesado Coba, haya violentado o inobservado las normas<sup>77</sup>”.

Lo expuesto por el juez, es una demostración de que se aplica correctamente la norma para la configuración de la infracción al deber objetivo de cuidado.

No obstante, también se entiende como falta de conocimiento sobre qué es el deber objetivo de cuidado y por ende, no se puede probar la vulneración a este concepto. En este caso, se dicta un auto de sobreseimiento, ya que la configuración de un delito culposos es ahora más complicado que con el anterior código.

## **11. Recomendaciones**

Como se explicó en las secciones anteriores, la nueva conceptualización de la culpa ha causado complicaciones en los procesos penales. En esta última sección, se responderá al problema jurídico planteado desde el principio, mediante las recomendaciones que se expondrán a continuación; con el fin de encontrar soluciones a este problema que bastantes veces pasa desapercibido entre los juristas.

Primero, se debe realizar una reforma al COIP en relación al artículo 146. En el sentido de que, en el concepto de culpa se encuentra la infracción al deber objetivo de cuidado con un resultado lesivo. La culpa está en la sección de tipicidad, pero las circunstancias para la configuración de la infracción al deber objetivo de cuidado se detallan en el tipo penal de homicidio culposos por mala práctica profesional.

Realizando una reforma a este artículo, el tipo penal podrá ser entendido expresamente para el homicidio culposos cuando el sujeto activo es un profesional.

Por otro lado, para poder tener un correcto entendimiento de la configuración de delitos culposos, los tipos penales se deben remitir a la sección donde se definen los conceptos del COIP, como el dolo, la misma culpa, omisión dolosa, error de tipo entre otros. Al encontrarse en la sección que corresponde, se puede realizar una mejor interpretación sobre cuando se configura la infracción al deber objetivo de cuidado.

Segundo, hacer una reforma al artículo 202 de la Ley Orgánica de Salud donde se enumeran los supuestos que debe incurrir un profesional de la salud, para la configuración de una infracción. Esta norma era concordante con el Código Penal derogado, no obstante,

---

<sup>77</sup>Causa No. 17294-2020-00934, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

con la vigencia de la nueva norma penal, se contradice el delito por el cual un médico sería procesado con las infracciones establecidas en la Ley Orgánica de la Salud.

La configuración de una supuesta infracción mediante el proceso sanitario, debe guardar concordancia entre la norma de salud y la norma penal vigente en los artículos 202 y 146 respectivamente. Si se halla culpable en el proceso sanitario al médico, la Fiscalía deberá investigar y formular cargos por otros motivos jurídicos y no por los mismos que están en la Ley Orgánica de Salud.

Tercero, se deberá tipificar lo que es el deber objetivo de cuidado. Esta definición, debería entrar en la sección de tipicidad. Al no tener ninguna referencia normativa sobre lo que es el deber objetivo de cuidado, se hacen suposiciones de su definición. Los elementos de este concepto, como el riesgo permitido, deben tipificarse en la norma para poder tener un correcto entendimiento y una idónea conceptualización de lo que es la culpa.

## **12. Conclusiones**

La investigación realizada sobre el elemento subjetivo de los delitos culposos y su nueva conceptualización, permiten concluir en lo siguiente. Primero, que la definición actual de culpa no es muy conocida, por lo cual su aplicación en la mayoría de los casos no es la correcta. El no tener un conocimiento profundo de lo que es el deber objetivo de cuidado, puede llegar a producir vulneraciones a principios básicos del derecho penal.

Existe desinformación acerca de los elementos que componen la infracción al deber objetivo de cuidado y también, de la interpretación que se les debe dar, al momento del cometimiento de un delito. La incorrecta aplicación del concepto culpa en los procesos penales, se debe a la equivocada técnica legislativa. En el Derecho Penal, para la configuración del delito y la sanción, se debe observar lo que estrictamente esté en la norma penal vigente; no se pueden realizar analogías o comparaciones con otros códigos.

Otros hallazgos encontrados como producto de la investigación son, que el legislador elabora leyes que no son idóneas, el ciudadano está condenado a vivir con normas inexactas que no tienen una base jurídica sobre los conceptos. Mediante el proceso penal que se analizó, se logró comprobar, que la contemporánea definición de culpa confunde a los juristas. Un claro ejemplo, fue la diferente acusación que realizó Fiscalía y acusación particular.

En la legislación penal derogada, el concepto de culpa estaba detallado en su mismo artículo, lo cual permitía al jurista tener un conocimiento y saber como se configuraba la culpa. Sin embargo, cuando se explica el nuevo concepto de culpa, se debe remitir a un tipo penal culposo en específico, esto produce que se emitan opiniones equívocas y la generación de nuevas dudas.

Además, el proceso penal por homicidio culposo por mala práctica profesional, no está condicionado por el proceso especial sanitario, pero en casos similares, sí suele existir este proceso ante la autoridad sanitaria. En el presente trabajo, como consecuencia de la pregunta de investigación, se evidenció las consecuencias que produjo la nueva conceptualización de la culpa en el COIP, la mayoría de ellas son negativas por el desconocimiento de la norma y por la real definición de lo que es el deber objetivo de cuidado.

Las limitaciones que se presentaron dentro de esta investigación fueron, la escasa doctrina ecuatoriana acerca de lo que es el deber objetivo de cuidado y como se configura la infracción de la misma. No es un elemento nuevo en la legislación penal ecuatoriana, ya que se encuentra vigente desde la promulgación del COIP en el 2014. También, muchos juristas a nivel internacional se guían por la teoría Finalista donde no se encuentra la infracción al deber objetivo de cuidado.

Estas limitaciones fueron superadas mediante una profunda investigación, la cual se logró recopilar información sobre este nuevo concepto de culpa; a la vez, se encontraron autores que se inclinan por la teoría de la imputación objetiva que está bajo la teoría Funcionalista.

Sugerencias que sirven para superar las limitaciones que se pueden enfrentar en este tema en específico son, crear espacios donde se puedan realizar congresos sobre la teoría del delito y se pueda indagar sobre la nueva definición del elemento subjetivo, culpa. Con todo lo expuesto, este trabajo analiza y discute sobre el concepto culpa, y su modernización en nuestra norma penal.