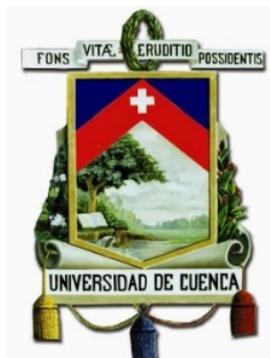


UNIVERSIDAD DE CUENCA
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y
SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



**“EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO EN LOS DELITOS CULPOSOS,
EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.”**

*Monografía previa a la obtención del Título de
Abogada de los Tribunales de la República y
Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales*

AUTORA:

DIANA ESTEFANÍA GALLARDO ASTUDILLO

DIRECTOR:

DR. MIGUEL ENRIQUE CORREA ALVARADO.

CUENCA – ECUADOR

2015



RESUMEN.

La presente monografía centra interés en una visión general a cerca del ***Deber Objetivo Cuidado***, la Culpa como elemento de la Culpabilidad, antecedentes históricos, evolución y desarrollo en la Ciencia Penal y sus diversas formas en las que puede presentarse.

El dinámico desarrollo y progreso de la sociedad, avocada e inmersa a ineludibles avances científico-tecnológicos, impulsores de cambios en todo orden del convivir social, exige mantenernos en permanentes transformaciones y actualización, de la que el derecho, los sistemas legales y más leyes que regulan determinadas situaciones y acciones de la vida social, pueden hallarse al margen. En este contexto, toda normativa, el deber de cuidado, la defensa de la justicia, sistemas legales, la confianza otorgada por las personas para que sus bienes jurídicos no se lesionen, incluyendo la autorresponsabilidad de la víctima y el riesgo permitido, cuya responsabilidad generatriz de toda ley, reglamento o norma, como bien sabemos, descansa en el poder legislativo y su administración en las distintas instancias del poder judicial.

Pero bien si todos estamos obligados a contribuir, ha sido la razón para plantear algún aporte al Sistema Penal Ecuatoriano; crear y adecuar tipos penales que sancionen acciones u omisiones que lesionan bienes jurídicos protegidos, con sanciones adecuadas, si estos se producen y ponen en peligro los mismos; consciente de que una sociedad sin leyes, una persona sin aportes, son entes estériles y ajenos al imperativo futuro.

Palabras Claves: Culpa, Deber de Cuidado, Imputación objetiva, Riesgo permitido, Riesgo jurídicamente relevante.



ABSTRACT.

The following essay focuses interest on an overview about **Objective Duty of Care**, Guilt as an element of guiltiness, historical background, evolution and development of Criminal Science and the various ways in which they may arise.

The dynamic development and progress of society, fated and immersed into unavoidable scientific and technological advances, promoters in all kinds of social living, requiring permanent change and updating, to which the law, legal system and other laws that regulate certain situations and actions of social life, can be found apart. In this context a regulatory framework, the duty of care, the defense of justice, legal systems, the trust given by the people so that their legal rights are not violated, including the self-responsability of the victim and the permitted risk, whose generating responsibility of any law, regulation or rule as we know, rests in the legislature and administration in the different instances of the judicial power.

But as we are all obligated to contribute, there has been the reason to raise contribution to the Ecuadorian Criminal Justice System; create and adapt offenses that sanction actions, or omissions that harm protected rights with appropriate sanctions, if they produce and put them in danger; aware that in a society without laws, a person without contributions are sterile entities and are unrelated to the imperative future.

Key Words: Guilt, Duty of Due Care, Objective Imputation, Permitted Risk, Legally Relevant Risk.



ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN	1
ABSTRACT	2
INDICE DE CONTENIDO.....	3
CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR	5
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL	6
DEDICATORIA	7
AGRADECIMIENTOS.....	8
INTRODUCCIÓN	9

CAPITULO I

CULPA: GENERALIDADES

1.1. Antecedentes Históricos, necesidad de su existencia y vigencia	11
1.2. La Culpa en materia Penal: definiciones, análisis y comentario de cada uno de los elementos de su definición ..	13
1.3. Clases de Culpa	19
1.4. Elementos de la Culpa o Imprudencia	21
1.5. Teorías que se conocen en torno de la Naturaleza Jurídica de la Culpa	26
1.6. Relación con el Principio de Culpabilidad	31
1.7. Breve análisis de las teorías de Previsibilidad, Revisibilidad y Violación del Deber de Atención	32

CAPITULO II

EL DEBER DEL DEBIDO CUIDADO.

2.1. Generalidades	34
2.2. El Deber de Cuidado, conceptos y definiciones	36
2.3. El Deber de Cuidado como pilar básico en la Teoría de la Culpa.....	38



2.4. Tipos del Deber de Cuidado	41
2.5. La importancia de que esta nueva figura se encuentra claramente normada	51

CAPITULO III

VIOLACIÓN DEL DEBER OBJETIVO DEL CUIDADO DEBIDO

3.1. La competencia de la víctima	65
3.2. Incremento de Riesgo Permitido y Creación del Riesgo Jurídicamente Relevante	67
3.3. Infracciones del Deber del Debido Cuidado en la Legislación Comparada	73
3.4. Nuestro criterio sobre El Deber Objetivo del Debido Cuidado (Sustentado en Fallos emitidos por la Corte Nacional de Justicia)	80
3.4.1. Criterio personal, caso Criollo Chango Bryan, Fiscalía, contra, Fiallos Rosales Marianela	95
3.5. Análisis crítico de varios Fallos trascendentes en esta materia y dictados por la Corte Nacional de Justicia	97
3.5.1. Análisis crítico, caso Calderón Mora María Isabel, Fiscal General del Estado, contra Sánchez Arévalo Guillermo Lautaro, Rivas Calle Mónica Catalina, Gómez Pulla Andrés David	116
3.5.2. Análisis crítico, caso Albarracín Sanisaca Marcia Lucía, Fiscalía, contra Orbe Fernando	137
CONCLUSIONES	141
RECOMENDACIONES	144
BIBLIOGRAFÍA	146



CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, Diana Estefanía Gallardo Astudillo, autora de la monografía ***“El Deber de Debido Cuidado en Delitos Culposos en la Legislación Ecuatoriana”***, reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República, y, Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciera de este trabajo no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autora.

Cuenca, junio de 2015

Diana Estefanía Gallardo Astudillo.

C. I.:0104837869.



CLAUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Yo, Diana Estefanía Gallardo Astudillo, autora de la monografía ***“El Deber de Debido Cuidado en Delitos Culposos en la Legislación Ecuatoriana”***, certifico: que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, junio de 2015

Diana Estefanía Gallardo Astudillo.

C. I.:0104837869



DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico con mucho amor y gratitud a mis padres: Vicente y Noemí, quienes con ética, valores y motivación diaria, con enorme sacrificio y dedicación me enseñaron a perseguir sueños y alcanzarlos; me otorgaron esa fuerza intrínseca orientada a la consecución de mis metas y la capacidad para vencer dificultades. A mis hermanos: Geovanna, Fabricio y Diego; a mis cuñados Franklin y Mayra, a mi abuela Carmen. Finalmente a mis sobrinos que me han prodigado amor y ternura, han sido ejemplos de superación y complemento de mi vida.



AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, agradezco a Dios por ser mi guía fundamental, por darme la vida y la oportunidad de cumplir mis metas y a la Virgen María por su diaria protección.

Mi más sincero agradecimiento al Director de esta Monografía, Dr. Enrique Correa Alvarado sin cuyo aporte, colaboración, disposición y consejos académicos no hubiese sido factible la concreción del presente trabajo. Con infinita gratitud al Dr. Ítalo Palacios Álvarez, por sus invalorable conocimientos jurídicos y apoyo generoso en favor de esta monografía y a las Abogadas Gabriela Salamea y Valeria Aguirre, pilares fundamentales a esta feliz culminación.

A mis amigas Solange, Pamela, Gabriela Carolina y Priscila, pero de manera especial Andrea Izquierdo, por esa sincera amistad, siempre motivadora y constante a lo largo de estos cinco años de mi vida universitaria.

A la Universidad de Cuenca, y de manera especial a la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, que me acogió y fomentó mi espíritu por el servicio a la sociedad y el amor al derecho.



INTRODUCCIÓN.

En los últimos años, el avance y desarrollo de la tecnología han generado una serie de riesgos que ponen en peligro y lesionan los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, lo que da lugar a que el Derecho Penal, intervenga creando normas que regulen estos comportamientos sociales, como producto de la evolución científica-tecnológica.

En las actividades más comunes, donde se infringe el deber de cuidado, son las de tránsito y la médica, creando incertidumbre, especialmente cuando el autor es declarado responsable de una conducta culposa, teniendo como resultado la privación de su libertad e inhabilitación de su ejercicio profesional.

Esta confrontación científico-jurídica se fundamenta en torno al comportamiento imprudente; en la actividad de determinadas conductas punibles donde los sujetos deben considerarse responsables, bien sea cuando el resultado lesivo es producto de un comportamiento individual, bien cuando proviene de un conjunto de actuaciones compartidas en un equipo de trabajo.

Por lo expuesto anteriormente, mi trabajo de investigación tiene por objeto analizar y desde el punto de vista jurídico penal, manifestar las diversas circunstancias imprudentes que infringen el deber de cuidado; a ello la selección de temas concretos para este análisis.

El trabajo se divide en tres capítulos, en los que constan aspectos que inciden en la configuración del concepto de imprudencia o culpa, centrándome en el tema del Deber Objetivo de Cuidado Penal.

El primer capítulo "*Culpa: Generalidades*", se relaciona con los aspectos generales de la Culpa en materia penal, antecedentes históricos,



definiciones, elementos, clases y teorías en torno de su naturaleza jurídica, y nos dará una idea clara de la culpa como elemento de la culpabilidad y esta, a la vez, como pieza clave a la emisión de criterios que permitirán examinar de manera exhaustiva, cuando nos encontramos frente a un delito culposo y cuando este va a originar una responsabilidad penal.

El segundo capítulo está orientado analizar el Deber de Debido Cuidado, partiendo del delito culposo que tiene como base, la infracción del deber de cuidado y como fundamento de la desvalorización de la acción. Nuestro ordenamiento jurídico no establece qué debemos entender por Deber de Cuidado, no así el Código Orgánico Integral que establece cuando se produce una infracción al mismo. Recordando que las reglas de cuidado no sólo se encuentran establecidas en normas penales, sino también en normas extrapenales. Por lo que se considera necesario detallarlas para el conocimiento de las normas vigentes, y el reconocimiento de saber cuándo lesionamos el deber de cuidado.

En cuanto al tercer capítulo, se analiza la competencia de la víctima y como determinar la autorresponsabilidad que tiene dentro del delito culposo; así también la constancia de mi opinión personal a cerca de varios fallos emitidos por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, relativos a casos que generaron gran conmoción local y nacional y que los presento dada su importancia académica.

Finalmente, consigno mi conclusión y recomendaciones, que anhelaría sean conocidas por profesionales del Derecho y por la ciudadanía en general, con la finalidad de que en la normativa penal ecuatoriana se establezca de forma clara y precisa, cuándo una persona infringe el deber de cuidado y se halle así tipificada.



“EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO EN LOS DELITOS CULPOSOS, EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.”

CAPITULO I

CULPA: GENERALIDADES

1.1. Antecedentes históricos, necesidad de su existencia y vigencia.

En la ciencia del Derecho Penal, el delito culposo es un dato no muy antiguo y no estuvo regulado de forma clara y precisa; sin embargo este ya consto en legislaciones de Oriente, como es el caso de la Babilónica contenida en el famoso *Código de Hammurabi*, donde ya se establecía la distinción entre "el hecho querido y el voluntario".

En Grecia se sancionaba a los individuos, quienes durante los juegos públicos, sin premeditación, mataban a sus adversarios.

El Derecho Romano Clásico fue el inspirador de esta distinción, al establecer la figura de la culpa Aquiliana; figura delictuosa con todas las categorías de la falta de diligencia, tales como la culpa "lata, leve, y levísima"

En las concepciones del Derecho Canónico, que desarrolló las teorías del libre arbitrio, la máxima "voluntasspectur, no exitus", se convirtió en principio cardinal de las leyes penales, siendo difícil el castigo del hecho voluntario, por ser injusto equiparar al agente sin dolo al criminal. Por ello los legisladores desatendieron su sanción. Dentro de este tipo de Derecho, la Biblia castigaba benignamente los pecados por ignorancia, error y daba mayor atención al "animus", que al "exitus". Y, la influencia del viejo Derecho Romano, Derecho Germánico y del Franco inspirados



en el castigo y el resultado, modificaron la concepción de la Iglesia, aceptándose en esta la figura del delito culposo, en las leyes penales.

Por último, la Escuela Positivista, que preconiza el castigo del individuo, porque vive en sociedad, examina el delito bajo el punto de vista sociológico y, destaca la figura de la culpa, en las acciones u omisiones.

En la actualidad, las acciones que ocasionan un delito culposo, toman gran impulso; por lo que, se da un análisis detallado del problema ante el surgimiento de conductas que ponen en riesgo la vida, integridad física, salud y patrimonio de las personas. Pero varias de estas conductas, no necesariamente estarán vinculadas con la culpa, puesto que se requiere para dicha vinculación, la existencia de una norma que imponga especiales deberes de prudencia y diligencia, debiendo entonces decirse con mayor exactitud que la culpa punible no consiste sólo en no haber previsto lo previsible sino por no haber previsto lo que la ley obliga a prever.

El delito culposo, surge por la inobservancia de normas sancionadas por los usos o expresamente previstas por las autoridades, a fin de prevenir resultados dañosos. A estas reglas de conducta que se derivan de los usos se refería nuestro antiguo Código Penal Ecuatoriano, Art. 14 inciso 3, que establece lo siguiente: *“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”* y el Art. 146 numeral 2 del COIP: *“La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión”*

Cuando en general se refiere a negligencia, imprudencia o impericia y a la establecida por las autoridades; cuando se habla de la inobservancia de reglamentos, órdenes, entre otros, la fuente de la norma, puede ser diversa; pero el contenido de la culpa siempre es el mismo. En todo caso,



en la inobservancia de las normas impuestas por la autoridad se verifica una imprudencia o una negligencia, no sólo porque es imprudente o negligente el que descuida las cautelas impuestas por los usos de la vida ordinaria, sino también, el que descuida las cautelas prescritas expresamente por las autoridades.

La esencia de la culpa esta precisamente en la voluntariedad de la inobservancia de todas aquellas normas de conducta expresas o derivadas de la práctica común, que imponen al hombre que vive en sociedad obrar con prudencia y diligencia, a fin de evitar determinados resultados de daño o de peligro para los intereses jurídicos protegidos; la necesidad que ésta se encuentre normada y vigente se debe a que la ausencia de vínculo, al menos supuesto entre la actuación del sujeto y efecto casualmente provocado, trae como consecuencia la desaparición del delito por falta de culpabilidad, lo que lleva, según el autor Fontán Balestra, a la *“necesidad de fundamentar la razón de que se contraiga responsabilidad criminal al obrar por culpa”*.

1.2. La Culpa en materia Penal: definiciones, análisis y comentario de cada uno de los elementos de su definición.

La importancia de esta figura en el Derecho Penal establece la necesidad de que este elemento de la culpabilidad sea estudiado y definido, lo que lleva a grandes autores penales a conceptualizarla, teniendo entre los más importantes criterios a los siguientes:

Criterios de Definición:

1. Criterio objetivo: No le interesan las capacidades, cualidades especiales del autor; sin embargo, se toma en cuenta para exigir el deber de cuidado, el conocimiento especial que pueda tener esa persona.



2. Criterio subjetivo: Se interesa en las capacidades especiales del autor. Se le exige más al hombre capacitado.

Por lo tanto, aquellas personas que no obraron con el cuidado que sus conocimientos o capacidades le hubieran permitido hacerlo en una situación determinada, producirán una violación al deber de cuidado.

A continuación veamos algunas definiciones formuladas por autores, acerca de la culpa.

Manzinni: *“La Culpa consiste en una conducta voluntaria, genérica o específicamente contraria a la policía o a la disciplina que ocasiona un evento dañoso o peligroso previsto por la ley como delito, producido involuntariamente o bien por efecto de errónea opinión inexcusable de realizarlo en circunstancias que excluyen responsabilidad penal.”¹*

Jiménez de Asúa: *“Hay culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, por falta del deber de atención y previsión, no solo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo.”²*

Francisco Carrara: *“Se entiende por culpa como la voluntad, omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho.”³*

Fontán Balestra: *“La culpa es la falta de previsión de un resultado típicamente antijurídico, que pudo y debió haberse previsto al obrar.”⁴*

¹ MANZINNI, Vincenzo, “Tratado de Derecho Penal”, primera parte, Teorías Generales, Tomo I, pág. 196

² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “Principios de Derecho Penal”. La Ley y el Delito, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990.

³ CARRARA, Francisco (1.997): "Derecho Penal". México. Editorial Harla. Primera edición.

⁴ FONTAN, Balestra Carlos, Tratado de Derecho Penal, Tomo II



Caballenas: *“En sentido amplio se entiende por culpa cualquier falta, voluntaria o no de una persona que produce un malo o daño: en cuyo caso equivale a culpa.”*⁵

Estos son algunos criterios considerados en nuestro ordenamiento jurídico estableciendo en el Código Penal (anterior) y Código Orgánico Integral Penal:

Código Penal Art. 14 inciso tercero (anterior): *“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.”*⁶

Código Orgánico Penal en el Art. 27.- Culpa.- *“Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código.”*⁷

Código Civil en la Art. 29.- *“La ley distingue tres especies de culpa o descuido:*

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido

⁵ CABANELLAS, Guillermo (1.998): "Diccionario Jurídico Elemental". Caracas. Editorial heliasta. Edición de 1.998.

⁶ Código Penal Ecuatoriano (anterior), Art. 14.

⁷ Código Orgánico Integral Penal, Art. 27.



leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.”⁸

Aunque nuestro Código Civil no establece una definición de lo que debemos entender por Culpa, nos otorga una clasificación netamente civilista.

Los elementos que ponen énfasis que estamos frente a la Culpa son los siguientes:

La Evitabilidad: Este elemento admite la norma como pauta de comportamiento para el autor potencial, pues sólo le resulta alcanzable aquel comportamiento que la persona desarrollaría si estuviera motivada para ello; pero esta frase condicional no se dirige a la probabilidad psicológica o a la oportunidad de un comportamiento determinado, ni de la rectitud normativa del comportamiento, sino que es puramente hipotética. Como criterio establecido por Jakobs, “... *un comportamiento es evitable si el autor, al tener un motivo para evitarlo, pudo realmente hacerlo, en todo caso, la posibilidad de una evitación sistemática está al alcance de su motivación.*”⁹

La evitabilidad se determina con ayuda de la hipótesis de que el autor, si hubiese tenido el motivo dominante de evitar una determinada acción, la

⁸ Código Civil Ecuatoriano, Art 29.

⁹ Jakobs, Günther. (2000): El principio de culpabilidad, trad. De Manuel Cancio Meliá, en Bases para una teoría funcional del derecho penal



habría evitado. El motivo se da meramente por supuesto, cómo se desenvuelve; no interesa el ámbito de lo injusto.

“La esencia de la Evitabilidad (...) reside en poder conocer la antijuricidad de la conducta. El autor es culpable por que no ha utilizado la capacidad de reconocer la antijuricidad del acto.”¹⁰

El catedrático argentino Horacio Leonardo Dias, ha establecido como requisitos de la Evitabilidad los siguientes:

1. El autor debe tener la clara posibilidad de conocer la antijuricidad de su conducta; tomando en cuenta que cada individuo en la sociedad desarrolla una actividad lícita, se presume que éste tiene el conocimiento suficiente para desempeñarla dentro de los límites establecidos.
2. Debe haber tenido ocasión concreta de saber la recta posibilidad de su acción, inversa a la asumida contraria a la norma.
3. Le debe ser clara la posibilidad de conocer la antijuricidad; la obligatoriedad de sujeción a una norma, traer implícito en ella que su transgresión acarrearía una sanción.

En este tema es determinante considerar los siguientes elementos: la **evitabilidad** de un hecho y la **inevitabilidad** del mismo. Tanto el primero como el segundo concepto giran en torno al error de prohibición que no es otra cosa que el vicio que puede confundir *“la significación jurídica del hecho, y en tal caso es considerado como no atentatorio contra la norma.”¹¹*

¹⁰ DIAS Horacio, “El control de la sentencia condenatoria en materia penal”, 2002, Buenos Aires.

¹¹ DIAS Horacio, “El control de la sentencia condenatoria en materia penal”, 2002, Buenos Aires.



Entonces un error de prohibición es evitable cuando se prueba que el autor de un supuesto hecho hizo todo lo posible para que no se produzca, buscó otras alternativas y comunicó la gravedad de la situación. Por el contrario, en el error de prohibición inevitable no hace falta probar que el autor hizo todo lo que estaba a su alcance para evitarlo, sin conseguirlo, sino que la misma inevitabilidad puede afirmarse, incluso si el agente no hizo nada, ya que por mucho que hubiese hecho nunca habría podido deshacer el error sufrido.

El Código Orgánico Integral Penal, en su Art 146 numeral 4 establece: “Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

Por lo que será importante determinar a quién puede atribuirse esta responsabilidad e imputarse para lo intervendrá de manera directa el principio de confianza y el de prohibición de regreso.

Inobservancia de normas: La esencia de la culpa está en la inobservancia de normas sancionadas por los usos o expresamente previstas por las autoridades a fin de prevenir resultados dañosos. A estas reglas de conducta que derivan de los usos, se refiere el Código Orgánico Integral Penal en su Art 146 numeral 2: “*La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.*” Pues, si bien la fuente de la norma puede ser diversa, el contenido de la culpa siempre es el mismo, y en todo caso, también en la inobservancia de las normas impuestas por la autoridad, se verifica una imprudencia o una negligencia, ya que no solo es imprudente o negligente, el que descuida las cautelas impuestas por los usos de la vida ordinaria, sino también el que descuida las cautelas prescritas expresamente por las autoridades.

Se encuentre condicionado el poder de obrar conforme derecho: Conforme a este aspecto nos debemos basar en el principio jurídico “Nulla



crimen, nulla poena sine lege”; por lo que, se considera que si no hay la debida sumisión al debido cuadro del delito definido y sancionado no puede pensarse la culpa.

Una acción u omisión voluntaria no maliciosa: La Culpa al contener impericia, negligencia e imprudencia se diferencia del Dolo, que es una acción u omisión maliciosa.

1.3. Clases de Culpa.

Clasificación de la Culpa:

Varias son las clasificaciones que se dan a la culpa. Tomando en cuenta la doctrina y nuestra legislación tenemos las siguientes:

1. Culpa Grave, Leve, Levísima:

En el Código Civil ecuatoriano en su Art. 29 la ley distingue tres especies de culpa o descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.



Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

2. Culpa Mediata e inmediata:

Culpa Mediata: Cuando existe una relación cierta y directa entre la culpa del individuo y el resultado de ella.

Culpa Inmediata: Aquella, cuando entre la culpa del individuo y su resultado inmediato y directo, surge un hecho nuevo.

3. Culpa derivada de hecho ilícito:

Se distingue también la culpa derivada de un hecho ilícito de la que no deriva de delito; aquella, cuando interviene el resultado en el momento de cometerse un hecho punible

4. Culpa Consciente y Culpa Inconsciente:

La división más exacta de culpa, es consciente e inconsciente, que Carrara denomina culpa con previsión y culpa sin previsión; y que los romanos denominaban "*culpa ex ignorantia*" y "*culpa ex lascivia*". En la culpa consciente, el autor del hecho dañoso se presenta las consecuencias que pueden producir su acto: mientras que en la culpa inconsciente el agente no tiene el deseo o intención de causar daño alguno.

Culpa Consciente: Se le denomina también Culpa con previsión, aquélla en la cual el autor previene la posible producción del resultado que no quiere que se produzca y, actúa confiando en que el resultado no se



producirá. En definitiva el agente, habiendo previsto el resultado lesivo, confía imprudentemente en poder evitarlo.

Culpa Inconsciente denominada también Culpa sin previsión: Cuando el sujeto no emplea la diligencia, prudencia necesaria que está en condición de emplearla. Este tipo de culpa nace a la vida jurídica cuando el agente no previó el resultado lesivo, pudiendo preverlo.

La diferencia entre estos dos tipos de culpa radica: en que en la culpa inconsciente, el autor, debido a una infracción al deber objetivo de cuidado a que está obligado, no piensa en la realización del tipo legal. En cambio la culpa consciente, el autor advierte la presencia del peligro concreto para el bien jurídico protegido, ya sea porque no valora la entidad del peligro o porque sobrevalora la capacidad individual y como dice: Jescheck-Weigend: “*confía en que no se realizará la afectación al bien jurídico*”¹².

Como criterio personal, vemos que la culpa consciente reviste, sí no de toda, de la mayor gravedad que la inconsciente, pues la primera supone que podrá evitar una amenaza al bien jurídico, no así la segunda que no percibe gravedad del peligro.

1.4. Elementos de la Culpa o Imprudencia.

Los elementos de la culpa se basan en dos aspectos:

ELEMENTOS QUE PRESUPONEN LO MERAMENTE OBJETIVO:

1.- Actividad o inacción voluntaria, que no precisa ser siempre lícita:

El autor penal Guillermo Sabatini establece, que la acción que origina el resultado puede ser en la culpa incluso dolosa, dirigida a un fin penalmente ilícito; considerando que el fin, sea distinto de aquel que

¹² JESCHECK-WEIGEND, ob.cit.,&54,II



supone la realización del resultado, del que depende la existencia del delito culposo. Como ejemplo se podría establecer: Una persona con el objetivo de matar al perro de su vecino, al disparar mata a un transeúnte, indudablemente comete una infracción dolosa, constituida por un delito doloso que, a su vez, constituye un delito culposo.

Remo Pannain: Se basa de manera precisa al considerar que la conducta productora del resultado en el delito culposo, puede ser penalmente irrelevante, en el sentido de que si el resultado no se verifica, no constituye ilícito penal, aunque puede constituir ilícito de otra naturaleza, por lo que es irrelevante para cualquier rama del derecho, incluso con independencia de la producción del resultado, como en la hipótesis de conducta contravencional. Puede ir dirigida a fines lícitos e ilícitos, incluso a la producción de un resultado del que dependa la existencia de un delito aunque en este caso se trata de un resultado heterogéneo en lo que radica una de las diferencias con el delito preterintencional.

Luis Silvela: Establece que la diligencia, cuidado y atención no puede aplicarse más que a los actos lícitos, lo prohibido por la ley no se ejecuta jamás con cuidado debido, con la atención propia del caso, con la diligencia que la naturaleza del hecho requiere.

En el anterior Código Penal ecuatoriano y en el Código Orgánico Integral Penal, no hablan acerca de la licitud en la conducta inicial; por lo que, la actividad o inacción voluntaria no precisa ser siempre lícita en nuestra normativa ecuatoriana.

2.- Relación Causa- Efecto: Entre esa actividad o inacción y el resultado; es decir, que en la culpa debe existir una relación causal entre el acto y el efecto; y el problema causal.



3.- Producción a causa de la actividad o inacción voluntaria, un efecto no intencionalmente injusto: El autor penal Riccio¹³ analizando este elemento de la culpa considera que: *“Toda conducta es voluntaria, en cuanto no hay acción sin voluntad; pero no es la voluntariedad de la conducta ejecutada la que decide del específico nexos culposo.”*

La existencia de la voluntad indica la presencia de la imputabilidad, pero la referencia de culpabilidad tiene por base una actividad psíquica, que califica la conducta voluntaria; por lo que, el nexos de culpa es relación entre la conducta tenida y el autor, constituyendo así un aspecto real de la culpa. En el delito culposo se da una realización de la voluntad, consiguiente a un proceso volitivo, por la que el agente puede ejecutar o abstenerse de realizar la acción.

4.- Efecto consiste en una lesión o peligro: Para que exista el delito culposo es preciso un mal efectivo, concreto y vinculante al peligro; pero éste, no en un sentido amplio sino restringido, para excluirlo así, de la tentativa de la culpa.

Carrara, acerca de la imputabilidad de los delitos culposos, considera que estos no pueden imputarse con fines penales, si el daño directo ocasionado por ellos, no consiste en el despojo efectivo de un bien no reintegrable.

Quintano Ripollé: Al establecer la índole de la culpa, en orden al elemento del mal causado, considera que la exigencia positiva de un daño no es condición menos esencial en la culpa, determinando que, esta forma de culpabilidad, no admite imperfecciones de ejecución, resultando inconciliables a la tentativa o frustración de la culpa.

Manzini: En los delitos culposos, la imputabilidad psíquica no se refiere al resultado dañoso o peligroso, que por lo regular es absolutamente

¹³ Ídem, pág, 872.



involuntario, sino a la conducta ilícita en cuanto ha ocasionado un resultado. El elemento imputable, en los delitos culposos, es virtualmente perfecto, tan pronto como el individuo haya tenido la indicada conducta ilícita voluntaria; pero su punibilidad, como delito culposo, está condicionada a la verificación del resultado dañoso o peligroso, a cuya consideración, la ley conmina con pena, dicha conducta, o con mayor gravedad de pena a aquella que sería aplicable en otro caso.

4.- Que el resultado sea subsumible en un tipo penal: Sin la debida subsunción al correspondiente cuadro del delito particularmente definido y sancionado, no puede penarse la culpa, por lo que sólo se podrá incriminar, lo que se encuentre expresamente tipificado; basándonos con ello, al principio de legalidad.

ELEMENTO NORMATIVO Y PSICOLÓGICO.

Elemento Normativo de la Culpa: Es el deber deducido de las obligaciones, que en cada caso se le imponen a la conducta del sujeto, como una consecuencia de las normas de cultura acogidas por el Estado, y, no como una obligación de diligencia de carácter independiente. Al respecto, Jiménez de Asúa, considera que la existencia de previsibilidad es más bien una posibilidad de saber lo que acontecería, si el hombre actúa de un determinado modo y la posibilidad de poder evitarlo. Por lo que, el deber de atender y evitar, que exige la convivencia social en orden a una conducta concreta y en referencia a determinado bien jurídico, pueda violarse; por lo que, el deber y esa previsión tiene que aparecer conjuntamente.

Según el autor Adolfo Schönke resume al establecer:

- 1) La posibilidad de prever y evitar.
- 2) El deber de prever y evitar el tipo externo.



Elemento psicológico de la Culpa: Consiste en no haber previsto el sujeto, o no haber previsto indebidamente que no sucederá el hecho luctuoso o lesivo, encadenado casualmente a su conducta. La culpa requiere que, el resultado no deseado, fuera previsible. Por lo que, desde el lado del agente, obre siendo cognoscible el efecto lesivo de la conducta que pudo preverse en esa consecuencia. Por lo que en el ámbito psicológico juega un papel importante, el saber, el poder y la previsión.

Según este aspecto detallaremos el saber, el poder y la previsión.

El **Saber**, presupone la capacidad cognoscitiva, a lo que el penalista Carlos Binding considera: *“El orden jurídico podrá hacer objeto de un reproche al autor de la perpetración de un acto, cuya antijuricidad no haya sido reconocida por el agente, pero esto solo es posible cuando el autor ha poseído la capacidad de reconocer la antijuricidad del acto y de desistir de ejecutar, según la concepción del orden jurídico y no de su propia concepción. Por lo que en síntesis el agente debe evitar el acto antijurídico y desistir de ejecutarlo”*

El **Poder**, calificado como el poder individual de obrar de una persona, conforme a Derecho. En un caso concreto y basándonos en la teoría del delito, vendría a ser aquel que busca evitar el acto concreto antijurídico.

Sobre el poder, el autor Munich, determina: *“Obró inculpablemente quien ni supo ni pudo conocer que su conducta es antijurídica, además el poder ha de concebirse para él, no solo subjetivamente, sino de modo individual”*

La **Previsibilidad**, siendo esta la posibilidad incluso mínima que tiene el agente de conocer el nexo entre la propia conducta y el resultado prohibido por la ley, se considera que, este elemento debe ir acompañado de la previsibilidad o evitabilidad de ese resultado. Considerando que ese efecto, no está el sujeto en circunstancias de impedir, no se lo puede imputar y resulta realmente, mera fatalidad.



Por lo que se podría resumir, desde el punto de vista psicológico, la Culpa es aquella actividad psíquica por cual el agente no prevé que se verifique el resultado prohibido por la ley, aunque pudiendo prever en el momento en el que verifique o se advierta el hecho, el resultado no está convencido de poder evitarlo, y no conoce las circunstancias reales en que su acción se desenvuelve.

1.5. Teorías que se conocen en torno de la Naturaleza Jurídica de la Culpa.

Por la dificultad de fundamentar la razón de contraer responsabilidad criminal al obrar por culpa, se han generado diversas teorías sobre su naturaleza, como son:

1) Teoría Clásica o también llamada la del Defecto o vicio Intelectual:

La Escuela Clásica busca que no se destruya el paralelismo entre el dolo y la culpa, pues su principal objetivo tiende a no desmentir el principio de la responsabilidad penal misma, que sólo puede declararse, cuando una acción es voluntaria, cuando el sujeto actuó con libre arbitrio; es decir, que al momento de cometer un delito, actúa con inteligencia y voluntad y, éstas vendrían a ser, como condiciones de su propia responsabilidad.

Se ha Investigado la naturaleza de los delitos culposos que dedujeron que en la culpa hay algo voluntario o una forma de voluntad. Así Köhler, divide al respecto las doctrinas en dos grandes grupos:

- Una mala voluntad negativa
- La voluntaria violación del deber de atención.

Esta doctrina fundamenta la culpa en un vicio de voluntad, donde no se previó lo previsible; a consecuencia de este vicio y, al no calcular las



consecuencias posibles y previsibles del propio hecho, se incurre en una omisión voluntaria de diligencia.

La Teoría Clásica considera que la esencia de culpa es un defecto de voluntad en la inercia de las facultades de atención y previsión; inercia que la voluntad podría remover, porque haciéndolo, da lugar a la imprudencia o negligencia, que son causales requeridas del hecho.

La culpa, es la omisión voluntaria de diligencia al calcular las consecuencias probables y previsibles del propio hecho y, la hace descansar sobre la voluntariedad del acto, la falta de previsión del efecto nocivo y la posibilidad de prever. Se basaron en el estudio de los delitos culposos sacando como idea fundamental que la culpa tiene un aspecto voluntario o alguna forma de voluntad.

Según lo considera Carrara, autor que defiende esta doctrina, la culpa es un vicio de la voluntad, por el cual no se previó lo previsible; a consecuencia de tal vicio, se incurre en una omisión voluntaria de diligencia, sin calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho.

Esta fundamentación de la culpa, ha sido criticada y se ha manifestado que, la voluntad siempre quedará demasiado lejana del resultado para que pueda servir de base a la imputación de éste. También considera que quien voluntariamente no prevé lo previsible, es porque no quiere preverlo. Pero la previsión se produce o no, independientemente de la voluntad del sujeto. Dentro de este aspecto, la omisión de diligencia puede ser voluntaria o involuntaria y siendo esta involuntaria, es necesario no confundir la culpa del acto con la culpa de resultado.

Esta doctrina es seguida por tratadistas como Von Hippel, Binding, Mittermaier; cuyo estudio se basa en el querer antijurídico consciente de la voluntad defectuosa y la llamada voluntad indirecta.



2) Teoría de la Escuela Positivista:

La Escuela Positiva rechaza las doctrinas de previsibilidad y voluntad y sostiene que la razón jurídica del castigo de los delincuentes culposos, radica en la peligrosidad o temibilidad de los mismos, que la diferencia de la peligrosidad por maldad de los delincuentes dolosos.

El autor Enrique Ferri considero que: *"La sola responsabilidad penal de los autores de infracciones culposas se hallan en la mentada responsabilidad social, en el carácter antisocial del acto y en la temibilidad del delincuente."*¹⁴

La Escuela Positivista sostiene que, no existe libertad en las acciones humanas, determinadas sólo por influencias, unas congénitas del individuo y otras derivadas del medio y de la vida social; en consecuencia, considera que los delitos culposos tienen su origen en una falta de reflexión, de inteligencia o de atención provenientes de un vicio de constitución del autor, y, se castigan en virtud del principio de la responsabilidad social, porque los individuos desatentos, irreflexivos o que tienen defectuosa su inteligencia, son peligrosos y, sus actos son antisociales, por lo que, la sociedad debe usar de su derecho de defensa social.

3) Teorías Intermedias:

Las Teorías Intermedias tratan de explicar el fundamento del castigo en la culpa.

Todos los delitos de la culpa pueden reducirse a una deficiencia o alteración en el mecanismo de la atención.

¹⁴ FERRI. Enrico. *Il delinquenti nell'arte*. Milán. Italia.



El delincuente se presenta inadaptado a la vida civil, en su desarrollo elevado, conservando sin embargo, intactos sus sentimientos altruistas.

Resumiendo los principios expuestos sobre la naturaleza de la culpa, se observa, que el Derecho Penal clásico admite como culpa, el resultado, efectivo o potencial que pudo preverse en el momento en que se manifestó la voluntad como consecuencia de una acción u omisión voluntaria.

Es necesario basarnos en Doctrinas que nos permitan analizar la estructura, esencia y naturaleza de la culpa. Dentro de las más importantes tenemos:

- **Doctrina de la Previsibilidad y Prevenibilidad:**

Fue la primera que se formuló y, desde definiciones de Paulo y Gayo, en tiempos de Roma, estas tienen la virtud de contraponer dos conceptos que son importantes de la culpa: la previsibilidad de la realización de un hecho, que es un juicio objetivo de carácter general y el de previsión de ese mismo hecho posible, que es un juicio subjetivo y de carácter particular. Nuestro anterior Código Penal parece definir la culpa apegándose a esta doctrina al establecer en el Art. 14: *“cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente...”*

Esta concepción define la esencia de la culpa sin cuidarse de si era o no expresión de la voluntad, así como el haber podido prever el resultado dañoso en el que se basó el castigo de las infracciones culposas.



- **Doctrina que habla del vicio de la inteligencia:**

Los prácticos italianos: Farinacio y Deciano, junto al alemán Almendigen¹⁵ fueron los primeros que basaron la culpa en un “*defecto de inteligencia*”. Esta teoría fundamenta la culpa en un vicio de la inteligencia; por lo que, para esta doctrina, para definir como culposo un comportamiento dado, es el no tener presente las reglas sugeridas por la prudencia, por la diligencia, o por particulares disposiciones de la ley o la autoridad y, consiguientemente, el no haber prestado la debida atención para evitar los posibles efectos dañosos o peligrosos de lo que se hace u omite de hacer; por lo que, para esta teoría la esencia de la culpa reside en esta inercia intelectual, que impide, como secuela de la voluntad, que intervenga y obre mediante la eficacia de sus poderes inhibitorios y selectivos.

- **Doctrina Objetiva:**

Considera que el delito culposo se apoya en dos elementos: causalidad eficiente voluntaria y el uso de medios anormales ante la idea del Derecho; por lo que, el resultado dañoso, contrario al Derecho, es punible cuando es producto mediato o inmediato de un acto voluntario del hombre, que a pesar de no dirigirse a un fin antijurídico, se realiza con medios que se revelan no normales con la idea del Derecho.

Esta Doctrina desecha las fórmulas de previsibilidad y prevenibilidad; por lo que, un delito culposo se considera voluntario, cuando el resultado se verifica, dando lugar así a la punición del autor.

¹⁵ JIMÉNEZ de ASÚA, ob. Cit., V, pág.749.



1.6. Relación con el Principio de Culpabilidad.

En el actual desarrollo del Derecho Penal contemporáneo, el principio de culpabilidad constituye pilar fundamental, pues su vigencia permite que, una persona sólo sea responsable por los actos que podía y debía evitar; por lo que debe en consecuencia penalmente responder por todo lo que se derive de su acción.

El principio de culpabilidad representa el límite mínimo que el Estado debe respetar, si es que pretende legitimar su intervención y la aplicación del instrumento estatal más poderoso: la pena. La sanción penal no puede simplemente justificarse por necesidades de defensa social o por criterios preventivos generales, que de por sí suelen ser expansivos y avasallantes cuando se trata de defender bienes jurídicos; no se trata de un principio jurídico formal; se trata de un principio con un contenido material que traza un límite infranqueable a la actividad punitiva del estado.

El principio de la culpabilidad, tal como se reconoce, tiene su fundamento esencial en dos elementos:

- 1) Que no haya pena sin culpabilidad y
- 2) Que no haya una pena que exceda la medida de la culpabilidad.

Vinculado con la culpa, la infracción cometida debe ser personal y establecerse un resultado que afecte a un bien jurídico; deberá estar normada e incurrir elementos objetivos y subjetivos, para que opere la misma.



1.7. Breve análisis de las teorías de Previsibilidad, Revisibilidad y Violación del Deber de Atención.

Previsibilidad: La Previsibilidad consiste en la omisión voluntaria de diligencia necesaria para prever y prevenir un resultado; un resultado penalmente antijurídico, posible, previsible y prevenible.

Para determinar la previsibilidad del resultado, que caracteriza al tipo imprudente, se tienen en cuenta: las capacidades, los conocimientos y las experiencias personales o individuales del autor en el momento de realizar la acción. Puede distinguirse un tipo subjetivo en el delito imprudente. La valoración de si el resultado era previsible y evitable, tienen que ver con las características personales del autor, configurando de esta manera, el contenido del tipo subjetivo del delito imprudente.

Revisibilidad: Es la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio derecho, causadas por el agente y su imprevisión, su falta de cuidado y atención; sin darse cuenta ni prever las consecuencias de su actuación negligente.

Se considera necesario que el autor haya tenido conocimiento de su actuar riesgoso que pone en peligro la integridad de la víctima; como es un delito no doloso, es obvio que el autor no desee el resultado, pero, se produce el resultado dañoso, objetivamente imputable, por infringir el deber de cuidado.

Violación del Deber de Atención: Es el resultado de realizar actividades peligrosas, que pueden lesionar o poner en peligro, derechos ajenos, dando lugar a la culpa.



La Violación del Deber de Atención radica en la inobservancia de normas de cuidado al que una persona está obligada a cumplirlas, conforme a circunstancias y condiciones personales.

De ahí que un delito culposo o imprudente, donde el autor no toma conciencia y considera que su acción no puede causar daño o lesión a un bien jurídico y las comete, da lugar a que se configure el tipo penal. Y, en el caso donde el autor con conciencia y negligencia lo realiza y de modo deliberado causa lesión y daños a ese bien jurídico protegido por el Estado, genera también un tipo penal y frente a la ley ambos son motivo de sanción.



CAPITULO II

EL DEBER DEL DEBIDO CUIDADO.

2.1. Generalidades.

El Deber de Debido Cuidado es un componente normativo del tipo objetivo culposo, reconocido como prioritario y decisivo, debiendo tenerse presente que el deber de cuidado es violado por una conducta.

Frecuentemente los deberes de cuidado se hallan establecidos en la ley, como sucede en las actividades reglamentadas, pero no siempre la infracción del reglamento es una violación del deber de cuidado.

Además, debe tenerse presente que ninguna reglamentación agota todas las posibles formas de violación al deber de cuidado y siempre se acude a alguna fórmula general, donde estas disposiciones generales no hacen más que remitir a pautas sociales de cuidado.

Por otra parte, son incontables las conductas que pueden violar un deber de cuidado y que no se hallan reglamentadas.

La violación del deber de cuidado, plantea problemas particulares, cuando el propio titular del bien jurídico afectado, viola el deber de cuidado o bien, cuando el autor causa el resultado, por ser otro el que viola el deber de cuidado.

Estos problemas se solucionan recurriendo al principio de confianza, de acuerdo a él y conforme al deber de cuidado; la conducta de que en cualquier actividad compartida, mantiene la confianza en que el otro se comportará de acuerdo al deber de cuidado, mientras no tenga razón suficiente para dudar o creer lo contrario.



No basta que la conducta sea violatoria del deber de cuidado y genere resultados, sino además debe mediar una relación de determinación entre la violación del deber de resultado y el resultado; es decir, que la violación del deber de cuidado, debe ser determinante del resultado.

La relación de determinación, no es de causalidad violatoria del deber de cuidado. Lo que aquí se requiere es que una conducta haya causado el resultado y sea violatoria de un deber de cuidado, y este resultado venga determinado por la violación del deber de cuidado.

Para establecer esta relación de determinación, debemos imaginar la conducta cuidadosa, en el caso concreto y, si el resultado no hubiese sobrevenido, habrá una relación de determinación entre la violación del deber de cuidado y el resultado.

El fundamento legal se halla en *el "por"*, del Artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal referido a la **Culpa**, que establece: *"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"*. Esto implica que, para nuestra ley, no basta que el resultado se haya causado, sino requiere que se lo haya causado en razón de la violación del deber de cuidado.

Se menciona generalmente en la doctrina, que el delito imprudente o culposo tiene como sustrato ontológico a la infracción del deber de cuidado, siendo dentro de ella, fundamento inescindible de la desvalorización de la acción; pero los tipos penales de nuestro ordenamiento jurídico, no describen en qué consiste el debido cuidado o diligencia que debemos seguir para nuestro actuar y no incurrir así, en ilícitos penales culposos.



Efectivamente, no son en las descripciones delictivas donde encontramos aquellas reglas de cuidado, sino inmersas, muchas veces, en otras normas jurídicas extrapenales capaces de regular las actividades comerciales, profesionales, de tráfico vehicular, deportivas, entre otras, donde el más marcado, en razón al uso cotidiano, es la del transporte; verbigracia el Reglamento de Tránsito. También hallamos, técnicas y reglas en general, adecuadas para el desempeño de acción, dentro de una profesión u oficio, en el conjunto de procedimientos, denominada Lex Artis. Así por ejemplo, en el campo de la medicina, existen protocolos de atención ante determinadas situaciones, tales como la consulta común y corriente; atenciones por emergencia con fines de estabilización vital del paciente, entre otras.

La misma idea es acogida en la Jurisprudencia Peruana, cuando se refiere a que debe entenderse el deber de cuidado como el: ***“conjunto de reglas que debe observar el agente mientras desarrolla una actividad concreta a título de profesión, ocupación o industria por ser elemental y ostensible en cada caso como indicadores de pericia, destreza o prudencia”***

2.2. El Deber de Cuidado, conceptos y definiciones.

Para hablar del concepto y definición de Deber de Cuidado es preciso aclarar la utilización de diferentes nombres para designar distintas realidades normativas. Se habla, a veces indistintamente, de normas de cuidado, deber de cuidado y reglas de cuidado, cuando para cada uno de estos términos hay que asignarle una significación propia. Mientras la **norma de cuidado** es la norma penal contenida en los tipos penales, el **deber de cuidado** *“determina una de las formas posibles en que se debe*



*realizar la conducta para que ésta sea correcta*¹⁶”, como manifiesta *Corcoy Bidasolo*.

Por su parte, las **reglas generales de cuidado** se basan en la experiencia peligrosa para bienes jurídico-penales, cuando no existe ningún tipo de reglamentación específica.

Luego de esta aclaración, anotaré algunos aspectos que considero son conceptos que nos permitirán establecer, una noción clara de lo que debemos entender por Deber de Cuidado:

1. El Deber de Cuidado llamado también diligencia debida, consiste en la obligación de prestar el cuidado debido, para evitar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y constituye un importante punto de referencia para la comprobación de las conductas imprudentes.
2. El Deber de Cuidado es una conducta efectuada con el cuidado exigido, que no traspasa los límites del riesgo permitido y tiene como objetivo no crear riesgos típicamente relevantes para el bien jurídico que se busca proteger.
3. Se entiende por Deber de Cuidado, el conjunto de reglas que deben ser observadas por el agente, mientras desarrolla una actividad concreta, tomadas como indicadores de destreza o prudencia, y a título de profesión, ocupación o industria, por ser elemental y ostensible en cada caso.

Algunos autores penales centran su interés en el Deber Objetivo de Cuidado por considerar que este analiza de manera clara el establecido deber de cuidado. Así entre ellos tenemos a Alfonso Zambrano quien manifiesta: *“El deber de cuidado es un deber jurídico que emana del*

¹⁶ . CORCOY BIDASOLO, M. ob. cit., t. V, p. 102. El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado. Edit. PPU. Barcelona. 1989.



ordenamiento jurídico pero que está vinculado al interés social y a la necesidad social que imprimen un riesgo cada día mayor en el ejercicio de las actividades finales.”¹⁷

El deber objetivo de cuidado es definido como la característica o propiedad externa que debe acompañar a la conducta del sujeto, a fin de que el bien jurídico protegido, no resulte lesionado¹⁸. En el mismo sentido, la jurisprudencia tiene el deber objetivo de cuidado, como forma de conducta externa dirigida a evitar perjuicios ajenos.

Esta definición, que sería asumida por el Código Integral Penal, establece un doble criterio. Por un lado, se exige a las personas: evitar cualquier lesión que ponga en peligro el bien jurídico y, por otro, un comportamiento acorde a sus cualidades y capacidades¹⁹, dándole al tipo penal culposos dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo. Este avance dogmático permite que cualquier falta de cuidado no configure culpa, sino sólo aquella que contempla el tipo penal²⁰, por eso, el Art. 146 busca definir las características de la violación al deber objetivo de cuidado, constante en el citado cuerpo legal.

2.3. El Deber de Cuidado como pilar básico en la Teoría de la Culpa.

La Teoría de la Culpa se basa en dos pilares básicos:

1. Deber de Cuidado: Obliga al sujeto a poner en su actividad una atención con el objeto de no dañar o lesionar los bienes protegidos por el Estado.

¹⁷ ZAMBRANO, Alfonso, Deber objetivo de cuidado: Análisis jurídico del Art. 146 del COIP

¹⁸ WELZEL, Derecho Penal Alemán (traducción Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez), 1969, p. 158

¹⁹ JESCHECK, Hans, Tratado de Derecho Penal, Ed. Comares, pág. 607

²⁰ BUSTOS RAMIREZ Juan, Manual de Derecho Penal, Ed. ARA, pág. 944



2. Previsibilidad del resultado: Establecido a partir de parámetros ordinarios o comunes, puesto que nadie puede responder por resultados imprevisibles.

Basándonos en esta clasificación, establecemos que: Estamos frente a un delito culposo, cuando el sujeto activo ejecuta un acto prohibido o, no ordenado o dispuesto en ley o reglamento, lo que significa que, omitió medidas de prudencia o precaución necesarias para evitar un daño.

Por todo ello, refieren los doctrinarios que debemos tener presente el Principio de Confianza. Sin embargo, por mucho que el partícipe tenga o no confianza en sus compañeros, resulta eficaz en ocasiones, cuando otros partícipes no se atienden a las reglas en el acto que intervienen; por ello, aparecen comportamientos disminuidos, que dan lugar al delito culposo. De allí que, por decir algo en referencia al campo de la medicina, el profesional médico que dirige una cirugía, tendrá deberes especiales de vigilancia, respecto a un ayudante o auxiliar.

La evolución de la Teoría del Delito, especialmente la Teoría Final de Acción, reconfigura el concepto de delito imprudente o culposo. En nuestro país el paso a la concepción normativa de la culpa se produce con el advenimiento del Código Orgánico Integral Penal; pues la que se mantenía anteriormente en el Código Penal, ligaba la Culpa con la Negligencia, la Impericia y la Imprudencia; es decir, si bien se hablaba de infracción a un deber, se liga esta de forma directa, a la debida diligencia.

La doctrina ampliamente dominante ubica a la culpa en la tipicidad y como su núcleo a la infracción al deber objetivo de cuidado.

Este concepto estructurado por los finalistas, en base de aportes previos de English, nos plantea la Culpa desde un doble criterio; pues examina por un lado el comportamiento que objetivamente exige, en atención a evitar la lesión no querida del bien jurídico, en determinada situación de peligro.



Por el otro, el comportamiento que se exige de acuerdo con sus cualidades y capacidades personales.

La esencia de este concepto radica en el cuidado tanto objetivo como subjetivo, pues la culpa opera al respecto. Por una parte la infracción al deber objetivo de cuidado, esto es, el cuidado que requiere el tipo penal específico; por lo que, debemos tener presente que no cualquier falta de cuidado configura la culpa, sino sólo aquella que contempla el tipo penal. Así como la mera producción de un resultado, tampoco puede considerarse como constitutiva del delito imprudente que, en este caso, caería dentro de los que se denomina “responsabilidad objetiva”, inadmisibles en el derecho penal.

El deber de cuidado se encuentra constituido por una serie de reglas de diverso origen y fundamento, pues pueden provenir de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales o simplemente de usos y costumbres propios de una actividad determinada; estas reglas conocidas como “reglas técnicas” en la mayor proporción de ámbitos, se denominan *lex artis*.

En caso de las reglas técnicas no reglamentadas, la jurisprudencia internacional exige que la “regla de experiencia” sea una “condición tácitamente admitida y guardada”. Debe considerarse que la infracción de reglas técnicas, no es una condición suficiente para que se considere infracción al deber de cuidado, pues la producción de resultados puede deberse a la conjunción de una serie de causales determinadas en otras de realización típica y, constituye el núcleo de la parte subjetiva del tipo imprudente. Con lo cual, el objeto del conocimiento de la culpa consciente es, “la posibilidad de realización típica”. Mientras que en la culpa inconsciente, es la “posibilidad de conocimiento de la posibilidad de realización típica”.



2.4. Tipos del Deber de Cuidado.

Los Podemos clasificar, tomando en cuenta la Doctrina y Legislación Internacional, en:

EL DEBER SUBJETIVO DE CUIDADO: Se refiere a la capacidad individual a nivel de conocimientos, previsibilidad y experiencia del autor, que agravan la imprudencia, en el caso de un profesional.

Para hablar del deber subjetivo de Cuidado, debemos considerar la capacidad tanto física como psicológica del Sujeto Activo. Así, el ciudadano con mayor formación y conocimientos, mayor será su responsabilidad penal frente a un delito imprudente.

En resumen, las reglas y principios de la experiencia son abstracciones y generalizaciones que deben aplicarse a un caso concreto, para valorar si hubo o no imprudencia. La inobservancia de esas reglas es ya un indicio, pero nunca una prueba irrefutable de que se actuó imprudentemente. Así, habrá casos en los que la inobservancia de dichas reglas pueden ser prudentes o imprudente en otros.

Tomando en cuenta la opinión doctrinaria de Hippel y Frank²¹, el concepto de cuidado, que ambos entienden de forma subjetiva, no es suficiente para lograr una determinación satisfactoria de la esencia de la culpa, debiendo sustituirse por el concepto de prudencia.

Existen casos, indica el primer autor, en que el sujeto obra de forma imprudente, pese al despliegue de una escrupulosa atención.

En conclusión podemos establecer que el Deber Subjetivo de Cuidado, presume que las reglas del deber de cuidado deben ser exigidas a las

²¹ V. ENCTSCII, K., tít. . págs. 273 y sigs., que tiene aquí en cuenta las precedentes aportaciones de HIPPEL en la Vergleichende Darstellung y de FRANK .Edición del Kontmentar.



personas por su calidad, en la medida en que estas tengan la habilidad o no dentro de su actividad.

EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO: El cuidado objetivamente debido se determina en primer lugar, teniendo en cuenta lo que es objetivamente previsible²².

El deber objetivo de cuidado, en la mayoría de los casos, se encuentra constituido por una serie de reglas de diverso origen y fundamento, pues pueden provenir de leyes, reglamentos, ordenanzas, entre otras de usos y costumbres propios de una actividad determinada²³ y como ya se dijo conforman la denominada *lex artis*.

Pero bien, un importante sector doctrinal y jurisprudencial ha definido la imprudencia en sentido puramente normativo, considerando que toda conducta imprudente infringe un determinado deber de cuidado, que era exigible observar para evitar la lesión del bien jurídico, configurándose así la imprudencia como *“la infracción del deber objetivo de cuidado, o mejor, la infracción de la norma de cuidado”*²⁴.

El deber objetivo de cuidado ha sido definido como la característica o propiedad externa que debe acompañar a la conducta del sujeto, a fin de que el bien jurídico protegido no resulte lesionado.²⁵ Se debe a Welzel, movido por las críticas de su discípulo Niese, la primera formulación sistemática, con precisos contornos, de la noción de cuidado objetivo.

Por lo tanto, el deber de cuidado es objetivo, en la medida en que por el ordenamiento jurídico exige un determinado cuidado en situaciones concretas de riesgo, para proteger bienes jurídicos también concretos. Por

²² ROMERO CASABONA, Carlos María, *El médico ante el Derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1990, p.69

²³ CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *el delito imprudente*, op.cit., p.76

²⁴ TORÍO, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (en adelante ADPCP) 1974, p. 25; Corcoy

²⁵ WELZEL, *Derecho Penal Alemán* (traducción Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez



lo que, el cuidado no es más que una forma de evitar la lesión de un bien jurídico en una determinada situación. Esto implica que, la falta de cuidado, es una forma de realización de un tipo legal, frente a la protección de un determinado bien jurídico, para evitar que un proceso de riesgo implique la lesión de un bien jurídico.

En consecuencia, el comportamiento imprudente, consiste en una discordancia entre el comportamiento realmente llevado a cabo por el sujeto, y el que objetivamente debía haber observado. Este último, exigido por el ordenamiento jurídico, para evitar la lesión del bien jurídico. Efectuada tal exigencia, a través de la correspondiente norma de cuidado, le confiere un carácter normativo a la conducta ordenada.

El deber de cuidado se configura así, como un principio general regulativo de la situación concreta de que se trate. De modo que la realización de una conducta contraria a lo ordenado en tal situación, supone la realización de una acción peligrosa y determina su anti normatividad. Es por ello, que no existe un deber de diligencia autónomo e independiente, sino una relación concreta con la conducta y con los bienes jurídicos que pueden lesionarse o ponerse en peligro

Por tanto, el deber de cuidado es objetivo, en la medida en que por el ordenamiento jurídico exige un determinado cuidado en situaciones concretas de riesgo, para proteger bienes jurídicos, también concretos. Por lo que, el cuidado no es más que una forma de evitar la lesión de un bien jurídico, en una determinada situación. Lo que por el contrario implica que, *“la falta de cuidado es una forma de realización de un tipo legal, el cual frente a la protección de un determinado bien jurídico (des) valora que en esa situación el cuidado, no se corresponde con las exigencias para evitar que un proceso de riesgo implique la lesión de un bien jurídico”*²⁶.

²⁶ Bustos, El Delito Culposo, 1995, p. 26, nota 15.



De acuerdo con lo expuesto, se llega a la conclusión de que el deber objetivo de cuidado presenta una doble dimensión: normativa, constituida por la previsibilidad; es decir, el deber de conocer los riesgos que, en virtud de las circunstancias concurrentes, era exigible al sujeto agente, determinada conforme a la teoría de la adecuación. Y, desde un punto de vista conductual, definida por la conducta que debe adoptar el sujeto, para neutralizar en definitiva, los riesgos previsibles, derivados de su actuación. Las medidas de precaución necesarias para evitar la lesión del bien jurídico, se pueden resumir en que, el delito imprudente está constituido desde el punto de vista objetivo, por la realización de una conducta que, dadas las circunstancias concurrentes, lesionan el bien jurídico protegido.

Infracción Del Deber Objetivo De Cuidado:

En la actualidad comparto el criterio de que el fundamento de la culpa reside en la infracción de un deber objetivo de cuidado y, por lo tanto, una acción contraria al deber de diligencia extraída del contexto del ordenamiento jurídico.

El **Art. 146 del COIP**. Establece de manera clara las circunstancias para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado y que son:

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.



En análisis del artículo mencionado, se desprende el deber de cuidado en un ámbito jurídico, no moral, que surge del ordenamiento jurídico y que imponen normas jurídicas; por lo que busca determinar si el autor observó el cuidado necesario. En este caso, la acción será atípica. No así cuando se incumpla el mandato objetivo de cuidado, donde habría de considerar para efectos de reproche, si el autor de manera concreta, pudo evitar el resultado. Lo que produciría una apreciación subjetiva de la culpa, en el juicio de culpabilidad.

Frente al deber de diligencia y cuidado, debemos ubicar también la transgresión o contradicción del deber; pues se considera que, cuando se omite el debido cuidado necesario en un caso concreto, se vulnera el deber jurídico, destacando lo del caso concreto porque no existe un delito culposos en general y se trata de un tipo penal abierto. En el caso individual en el que debe concluirse si se omitió el cuidado y diligencias necesarios y en consecuencia se vulneró el deber objetivo de cuidado.

Debe considerarse para la delimitación del deber jurídico, la presencia indiscutible de ciertos riesgos socialmente permitidos que tornan en atípica la conducta, porque no se puede proclamar como disvaliosa una acción socialmente adecuada, así como es preciso que se estructure un modelo para determinar el deber objetivo de cuidado. Pues no sería igual la exigencia que se demande de personas que se encuentren en desnivel intelectual.

Hans Welzel establece que se determinará el cuidado objetivo, tomando en consideración el comportamiento de un hombre inteligente y prudente. En la misma situación la diligencia objetiva se halla la observancia de la medida de dirección finalista, impuesta por la vida social, para evitar lesiones de bienes jurídicos.



La medida objetivamente impuesta de dirección finalista, presupone en primer lugar que, un hombre comprensivo pudo prever el peligro de bienes jurídicos a través de la acción planeada. Una acción que tiene consecuencia, la lesión de un bien jurídico, que aun un hombre comprensivo no hubiera podido prever, no es antijurídica adecuada al tipo, en el sentido de una lesión objetiva de diligencia.

La culpa como lesión del deber objetivo de cuidado, exigido por el ordenamiento jurídico es una acción u omisión negligente o imprudente, las mismas que son objetivamente previsibles. Estas acciones u omisiones nos han llevado a englobar conceptualmente los fundamentos de la culpa, porque la diligencia objetivamente exigida requiere del elemento intelectual y el normativo. Si se cumplen y viola el deber objetivo de cuidado, la acción es disvaliosa, y, nos encontráramos frente al injusto típico culposo.

El deber objetivo de cuidado, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, no ha especificado en forma concreta el cuidado necesario. Siendo importante determinar las circunstancias de las personas, tiempo y lugar; por lo que será más exigible la atención y cuidado para quien sabe más y tiene mayor experiencia.

Cuando se infringe el deber objetivo de cuidado, se incumplen las exigencias sociales de diligencia adecuada; siendo en este momento, importante el modo de ejecución de la acción, para refutarla como típica. No basta por lo tanto el simple acto que produce un resultado, siendo indispensable, la ejecución en el caso concreto de la acción final.

Welzel, afirmaba que *“El concepto de cuidado requerido en el ámbito de relación es un concepto objetivo y normativo”*²⁷, de modo que, para que se diera el tipo objetivo, debía, por parte del autor, infringirse ese cuidado previamente exigido. Cerezo Mir, afirma que el ciudadano debe actuar de

²⁷ WELZEL, op.cit.-& 18, I,1.a.



manera tal que esté en condiciones de no lesionar el deber que le permite cuidar los bienes jurídicos; lo que lleva a que, el Derecho exija al sujeto que quiera realizar acciones en la vida social, que conlleven un determinado riesgo, que actué con diligencia o cuidado²⁸.

En consecuencia, la persona que no pueda observar el cuidado debe abstenerse de realizar la actividad correspondiente. Las normas prohíben la realización de conductas que dañen bienes jurídicos. En ese caso, la cuestión pasa por no seguir el cuidado debido.

La lesión del deber objetivo de cuidado, constituye el primer momento en el proceso de conducta del agente, dentro del injusto legal. La acción generalmente lícita debe verificarse contraviniendo la normal precaución que le es exigible. Supone que el agente debió prever lo que otra persona con diligencia normal hubiera previsto en su caso, respecto a que la acción que realizaba incrementaba el riesgo de provocar una lesión o muerte.

Disvalor de la acción.

Welzel considera: *“El disvalor de la acción de los tipos culposos consiste en la omisión de una dirección finalista mejor, impuesta por el derecho con miras a evitar lesiones de bienes jurídicos”*.

El disvalor de acción de los delitos culposos se encuentra estructurado en forma distinta al de los dolosos, si este se fundamenta en la determinación finalista real del acontecer extremo. En lo injusto de los delitos culposos, falta precisamente tal determinación finalista real, con miras al resultado adecuado al tipo²⁹. Se observa por lo tanto la diferencia que existe entre la acción finalista que el autor se propone y la forma como se desarrolla la acción finalista real, siendo disvaliosa la acción, porque se omite una

²⁸ CEREZO MIR, Curso..., T, II, p.160.

²⁹ HANS WELZEL, ob.cit.p.136-137.



dirección mejor a la que era exigible y se evita de esta manera poner en peligro o lesionar un bien jurídico.

El núcleo decisivo del disvalor de la acción radica en la no observancia de la diligencia jurídicamente impuesta, en la realización de acciones que ponen en peligro un bien jurídico. La característica de la diligencia impuesta es una cualidad objetiva de valor de la dirección finalista de la acción, que el actuante ha aportado o no. Según esto, su acción es o no objetivamente diligente.³⁰

Al generar con su negligencia un peligro o una lesión de bienes jurídicos, es disvaliosa la acción, por que contraviene el deber objetivo de cuidado; así como, cuando se omite una exigencia impuesta que prohíbe determinadas acciones, o que se determine un cierto resultado.

El juicio de disvalor de la acción es un juicio objetivo que verifica, si la dirección finalista aportada por el autor ha observado el grado de dirección finalista de una persona prudente y comprensiva, colocada en una situación igual a la del autor.

En conclusión, podemos establecer que el hombre al vivir en sociedad, se le impone un deber objetivo de cuidado, por lo que, para su cumplimiento, debe observar la diligencia necesaria. Caso contrario estaría violando el mismo y, configurando así, el tipo culposo. Por eso es necesario no desentender la exigencia impuesta a las personas, con el fin de que no se lesionen bienes jurídicos protegidos por nuestro ordenamiento jurídico, recordando que siendo mayor la formación y conocimiento, mayor será la exigencia de atención de cuidado.

Debemos destacar que la falta de cuidado exigido, no convierte el delito culposo en un delito de omisión. De ahí que Welzel explique: *“El tipo de lo injusto de los delitos culposos contienen, en ese sentido, un elemento de*

³⁰ HANS WELZEL, ob.cit. 139



*omisión que pone los tipos culposos, en varios aspectos, en una línea paralela a la de los delitos impropios de omisión”.*³¹

Asociando esto con el disvalor de la acción, es un modo de ejecución de la conducta final. El incumplimiento del deber objetivo de cuidado tiene lugar con una acción propiamente dicha. Para el caso pongamos un ejemplo con un accidente de tránsito, donde alguien, previamente no se percató de que el vehículo estaba con los frenos dañados; o en habiéndose percatado, no tomó las medidas necesarias. Precisa entonces, considerar la anomalía en cada caso, con el fin de la adecuación típica se dé; pues no se podría responsabilizar de un simple resultado por parte del autor y cabe responsabilidad por la inobservancia o no del deber objetivo de cuidado, cuando este se puede prevenir o evitar daños posteriores. Si se diera el caso de que el autor actuó con la debida prudencia y diligencia, su conducta sería atípica, pues él, no violó el deber objetivo de cuidado impuesto.

El injusto culposo contradice la finalidad impuesta con la acción finalista real, por lo que se ha establecido que, la actividad del hombre es siempre una actividad final, aun cuando se tratase de delitos culposos, siendo en ellos la actividad relevante para el derecho penal, cobrando, en esa consideración, importancia cuando la acción es disvaliosa.³²

Resultado Típico.

Para que la infracción al deber de cuidado sea trascendente al Derecho Penal, es necesario que acarree como resultado una consecuencia fáctica, misma que puede presentarse, con la concurrencia de acciones que determinen un resultado, o con la inacción de actividades debidas.

³¹ HANS WELZEL, ob.cit.p.136.

³² ALFONSO ZAMBRANO, ob.cit.p.198.



La norma no puede prohibir resultados, sino acciones finales dirigidas a producirlos o que puedan aparejarlos por infracciones al deber objetivo de cuidado, por lo que la normativa penal deberá establecer parámetros para sancionar las acciones u omisiones que infrinjan el deber de cuidado. El COIP. acoge este criterio en su Art. 27 estableciendo:” *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.***”

Roxin considera que hay una diferencia en cuanto a la Infracción de Deber de cuidado producida por una omisión y una acción, estableciendo lo siguiente:

- Solo se podrá imputar una omisión si la realización de la acción requerida hubiera impedido el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad.
- En una acción o comisión, lo único que hay que constatar es si un hacer positivo es causal respecto del resultado; y si se puede afirmar esto, solo queda averiguar si ese hacer es imprudente según las reglas generales.

Este tema guarda una estrecha relación con el nexo de causalidad entre la acción u omisión y el resultado, misma que se produce por la infracción de deber de cuidado dando como consecuencia un acto típico.

Claus Roxin explica de manera detallada el nexo de causalidad exponiendo los siguientes puntos:

- ✓ El nexo causal es el portal que divide a la condición de imputable o no de una persona.
- ✓ Es aplicable tanto en un caso de acción u omisión.



✓ Partiendo del hecho de que se ha producido un resultado no querido, pero real, para comprobar la existencia del nexo causal es menester hacer una evaluación inversa de las situaciones y hechos.

Por lo que en manera de síntesis, a criterio personal, la norma penal debe prohibir una acción u omisión, y estas deberán ser catalogadas como tal, analizando el sentido social de las mismas. Así mismo entablar el nexo de causalidad para que haya relación entre el resultado y la conducta, ya que este resultado, tiene que ser la consecuencia de la conducta que ocasiono la infracción; razón por la que el Art.146 numeral 3 determina: ***“El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.”***

2.5. La importancia de que esta nueva figura se encuentre claramente normada.

Es importante analizar nuestro anterior Código Penal, Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, Ley Orgánica de Salud y normas actuales como el Código Orgánico Penal; normas que ya de manera inmersa, se encuentran en forma dispersa y nos proporcionan una idea de lo que podemos entender por violación de deber de cuidado:

Art. 14.- (Código Penal anterior) *“La infracción es dolosa o culposa: “La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de la Ley, reglamento u órdenes.”*

En relación a la norma citada, la infracción culposa supone un resultado lesivo y previsible, así como un vacío de mayor o menor extensión, con respecto a la observancia del deber de cuidado que dictamina el



ordenamiento legal y reglas que la convivencia social, imponen en la sociedad.

Beatriz Romero Flores sostiene que, los requisitos de la conducta culposa son los siguientes:

1.- Una acción u omisión voluntaria de la que esté ausente todo dolo directo o eventual.

2.- Un elemento subjetivo consistente en el desprecio a las racionales consecuencias nocivas de la acción u omisión, siempre previsibles, prevenibles y evitables, y que distinguen la culpa consciente de la culpa inconsciente según que el peligro que entraña la conducta hayan sido efectivamente previsible o hubiere debido serlo.

3.- El elemento normativo, constituido por la infracción del deber objetivo de cuidado que se integra no sólo por la respuesta exigible al hombre consciente y prudente, sino también por las reglas que impone la experiencia común. Gran parte de las cuales forman parte de las normas reglamentarias que rigen la vida de la sociedad y en cuya atención escrupulosa, cifra en la comunidad, la conjuración del peligro; hallándose en la violación de tales principios o normas sociales o legales, la raíz del elemento de la antijuridicidad, detectable en las conductas culposas o imprudentes.

4.- La causación de un daño.

5.-La relación de causalidad entre la acción u omisión descuidado e inobservante de las mencionadas normas, y el daño sobrevenido.³³

La norma en mención tiene concordancia con los artículos 106, 377,378 de la L.O.T.T.T.S.V. que dispone:

Art. 106 L.O.T.T.T.S.V.-*“Son infracciones de tránsito las acciones u omisiones, que pudiendo y debiendo ser previstas pero no queridas por el*

³³ ROMERO FLORES, Beatriz, “La Imputación Objetiva de Delitos Imprudentes”, Murcia, España, año 2.001, Página 274.



causante, se verifican por negligencia, imprudencia, impericia o por inobservancia de las leyes, reglamentos, resoluciones y demás regulaciones de tránsito”.

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

Art. 378 LOTTTSV.- *“La persona contratista o ejecutor de una obra que por infringir un **deber objetivo de cuidado** en la ejecución de obras en la vía pública o de construcción, ocasione un accidente de tránsito en el que resulten muertas una o más personas, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. La persona contratista o ejecutora de la obra y la entidad que contrató la realización de la obra, será solidariamente responsable por los daños civiles ocasionados”.*

Las normas transcritas anteriormente, establecen las infracciones de tránsito en las cuales se evidencia que, el hecho es de carácter culposo, pese a no existir la intención de causar daño; considerando en ello, las características que reiteradamente se establecen en estas normas:

Negligencia: Cabanellas, define: *La “Negligencia, omisión de la diligencia, o cuidado que debe ponerse en los negocios, en las relaciones con las personas, en el manejo o custodia de las cosas y en el cumplimiento de los deberes y misiones. Dejadez, abandono, desidia, falta de aplicación, defecto de atención, olvido de órdenes o precauciones. Ejecución imperfecta contra la posibilidad de obrar mejor³⁴”.*

³⁴CABANELLAS, Diccionario Jurídico Elemental, 1997, pág.532.



En materia de Transito, este vendría a ser un descuido de un conductor, una falta de cuidado al momento de operar un vehículo. No sólo podemos enlazar esta negligencia en materia de Transito, sino sobreentender que esta se aplica a todo ejercicio profesional.

Imprudencia: Forma irresponsable, desprevenida, que trae consigo un peligro que atenta contra la seguridad del conductor, del vehículo y de todos quienes van en él. En este caso, el autor es considerado imprudente, por conducir su vehículo a exceso de velocidad,³⁵ al sobrepasar un peligro inminente, poniendo en riesgo su vida y la de los otros; propiciando la inseguridad propia y ajena, hallándose inmerso en el campo de las infracciones de tránsito.

Impericia: Es la falta de la capacidad práctica, experiencia y habilidad del sujeto para el desempeño normal de su actividad o profesión. Por lo que es indispensable considerar que la impericia implica falta de capacidad y quien obra ejerciendo conocimientos no puede incurrir en dicha circunstancia.

Inobservancia.-Incumplimiento de las normas prescritas, exigidas por la ley, reglamentos u órdenes de la autoridad competente.

Con la vigencia del COIP, esta normativa de transito está recogida, en síntesis, en el siguiente Art.

Artículo 377 del COIP.- *“Muerte culposa.- La persona que ocasione un accidente de tránsito del que resulte la muerte de una o más personas por **infringir un deber objetivo de cuidado**, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años, suspensión de la licencia de conducir por seis meses una vez cumplida la pena privativa de libertad”.*

³⁵ Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Transito Y Seguridad Vial, ob. cit. Art. 106



Serán sancionados de tres a cinco años, cuando el resultado dañoso es producto de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, tales como:

- 1. Exceso de velocidad.*
- 2. Conocimiento de las malas condiciones mecánicas del vehículo.*
- 3. Llantas lisas y desgastadas.*
- 4. Haber conducido el vehículo más allá de las horas permitidas por la ley o malas condiciones físicas de la, o el conductor.*
- 5. Inobservancia de leyes, reglamentos, regulaciones técnicas u órdenes legítimas de las autoridades o agentes de tránsito. En caso de que el vehículo con el cual se ocasionó el accidente preste un servicio público de transporte, será solidariamente responsable de los daños civiles la operadora de transporte y la o el propietario del vehículo, sin perjuicio de las acciones administrativas que le sean ejecutadas, por parte del organismo de transporte competente. Respecto de la operadora. La misma multa se impondrá a la o al empleador público o privado que haya exigido o permitido a la o el conductor trabajar en dichas condiciones.*

Considero que Zaffaroni resume de manera clara todo lo que la normativa ecuatoriana, mencionada anteriormente, en relación a la imprudencia, impericia, negligencia, violación de deber de cuidado y exceso al actuar.

Criterio jurídico al que también yo comparto.

Al respecto Zaffaroni considera que: “El tipo culposo no individualiza la conducta por la finalidad sino porque en la forma en que se obtiene esa finalidad se viola un deber de cuidado. La circunstancia de que el tipo no individualice la conducta culposa por la finalidad en sí misma, no significa que la conducta no tenga finalidad (...) El tipo es una figura que crea el legislador, una imagen que da a muy grandes trazos y al solo efecto de permitir la individualización de algunas conductas. (...) Asentado que el tipo culposo prohíbe una conducta que es tan final como cualquiera otra, cabe precisar que, dada su forma de deslindar la conducta prohibida,



el más importante elemento que debemos tener en cuenta en esta forma de tipicidad es la violación de un deber de cuidado. (...) Si bien se ha dicho que la imprudencia es un exceso en el actuar y la negligencia es una falta de actuar, lo cierto es que en uno y otro caso, que en el fondo no pueden distinguirse bien, hay un deber de cuidado violado, que es lo importante, como se deduce del mismo tipo cuando, en general, se refiere a los “deberes a su cargo”. (...)

Es importante también señalar que el deber de cuidado opera en dos dimensiones, en forma activa o en forma pasiva. Cuando la culpa es activa, se está en presencia de la imprudencia y cuando es pasiva, en presencia de la negligencia.³⁶

Si bien establece el Código Orgánico Integral Penal, en relación a las penas y sanciones, en los Arts. 376, 377, 378 de la LOTTTSV, mantiene en su gran mayoría penas aplicables a los delitos y contravenciones de tránsito establecidas en la LOTTTSV, con la diferencia de que estas se han agravado cuando el conductor se ha encontrado en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes.

La normativa establecida en el COIP. Con relación a la culpa y la violación del Deber Objetivo de Cuidado establece lo siguiente:

Artículo 27 COIP.- *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”.*

El deber objetivo de cuidado comprende, el conjunto de reglas que el sujeto activo podía prevenir antes de la realización de la acción o de la comisión omisiva. Por infracción de deber objetivo de cuidado, debemos entender la falta de cuidado e inobservancia de normas, que emplea el

³⁶ ZAFFARONI EUGENIO Raúl, en su obra Manual de Derecho Penal, pág. 455 a 462



autor, provocando una lesión a los bienes jurídicos protegidos por nuestro ordenamiento jurídico.

*La infracción del deber objetivo de cuidado no fundamenta, por sí sola, la lesión de la norma de cuidado, siendo por el contrario preciso que concorra además el deber subjetivo de cuidado, junto a la posibilidad de atribución del carácter típicamente relevante.*³⁷

Art. 145 COIP.-“La persona que por culpa mate a otra, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Con la misma pena será sancionado el funcionario público que, inobservado el **deber objetivo de cuidado**, haya otorgado permisos, licencias o autorizaciones para la construcción de obras civiles que hubieren perecido, y que como consecuencia de ello se haya ocasionado la muerte de una o más personas”.

Artículo 146 COIP.- Homicidio culposo por mala práctica profesional.- La persona que al **infringir un deber objetivo de cuidado**, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley. Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

- 1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.*
- 2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.*

³⁷ CORCOY BIDASOLO, Delito imprudente, 2ª, 2005, 75



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.

El artículo antes mencionado que ha sido motivo de enorme conmoción en el Ecuador, especialmente por parte de los profesionales de la salud. Personalmente, considero que, el asambleísta, en el momento que redacta la norma toma en cuenta un Principio primordial del Derecho Penal, que es el Principio de Confianza que, como objetivo debe concurrir en toda actividad realizada por un equipo de personas, especialmente en el ámbito médico, en relación con este Art., como por ejemplo, nada sobrehumano ni ilógico resulta considerar, en el caso de un médico cirujano, que al momento de una intervención quirúrgica, cuente con la confianza de que su anesthesiólogo y enfermeras son personas lo suficientemente capacitadas y prestas para cumplir con responsabilidad y a cabalidad todos los requisitos que exige su delicada labor, al tiempo que también cumplen el deber de cuidado.

Este punto de vista, en nada se contrapone a las ideas planteadas por Fernando Yávar, donde el que actúa culposamente infringe el deber objetivo de cuidado que personalmente le incumbe, así como también culposamente, el que prevé o no la lesión de un bien confía imprudentemente pudiendo evitarlo.³⁸

Recordemos que, para que aparezca la participación culposa, será necesario:

- a) Que exista un comportamiento voluntario.
- b) Que la acción u omisión origine un resultado antijurídico.

³⁸ YÁVAR NUÑEZ Fernando, Orientaciones del COIP.ob.cit.pág359.



- c) Que el resultado sea previsible.
- d) Que exista la norma donde se encuentre inmersa la obligación de preverlo.
- e) Que haya la relación causal entre la acción u omisión y el resultado típico.

Con esta apreciación, estableceré mi análisis personal de los numerales del Art. 146 COIP.:

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

Establece claramente que el simple resultado no constituirá delito, por lo que muchas veces se producen resultados que lesionan bienes jurídicos, sin que sea necesario infringir el deber objetivo de cuidado: Por ello, para que se dé la configuración delictual es necesario que esta sea susceptible de ser probada, lesiva, descriptiva y demostrable.

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

La lesión al deber objetivo de cuidado se configura por la inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión, las mismas que han sido dictadas con anterioridad.

Sabemos que por Lex Artis se entiende: *“El conjunto de reglamentaciones provenientes de pautas, protocolos, usos o costumbres de la vida social que regulan las actuaciones de profesionales en el ejercicio de su oficio”*³⁹.

³⁹ V., entre otros, ROMEO CASABONA, El médico, 1985, 64; LUZÓN PEÑA, PG I, 1996, 499; FERNÁNDEZ HIERRO, Sistema de responsabilidad médica, 1997, 471; GÓMEZ PAVÓN, Tratamientos médicos, 2ª, 2004, 332; CORCOY BIDASOLO, Delito imprudente, 2ª, 2005, 78; DE LAS HERAS GARCÍA, Estatuto ético-jurídico, I, 2005, 85; QUINTERO OLIVARES, PG, 4ª, 2010, 377.



En el campo médico, entendemos la Lex Artis como el conjunto de: *“Comportamientos frente a los cuales puede formularse una pretensión jurídica de responsabilidad médica son aquellos en los cuales el médico contraviene las prácticas mínimas de conducta que le son exigibles”*⁴⁰. Por lo tanto se requiere que las personas adecuen sus conductas a las reglas que se encuentran definidas en el ámbito social en el que se desenvuelven diariamente y que, generalmente no se encuentran en normas escritas, provenientes de la común experiencia, de la práctica científica, de la técnica profesional, que bien podrían encontrarse en normas escritas extrapenales. Esto es, en leyes o reglamentos que regulan el tráfico, la fabricación de elementos tóxicos, producción de alimentos, la actividad médica, entre otros.

Para la actividad médica resultaría bastante complejo y contradictorio con el aspecto normativo del deber objetivo de cuidado, considerando el notable avance científico en este ámbito, por lo que es imposible aglomerar normas jurídicas que determinen cada procedimiento médico y se halle en concordancia con la norma legal que se haya establecido.⁴¹

La responsabilidad de los profesionales de la salud en el campo de la medicina, ha conseguido, durante estas dos últimas décadas, que el legislador regule la actividad médica, estableciendo reglas de conducta, derechos de los pacientes, disposiciones sobre historias clínicas, marcos regulatorios de asistencia médica, entre otros⁴², lo que ha llevado a que en diferentes cuerpos normativos se establecieran como: La Constitución y Código Orgánico Integral Penal. En tal motivo, se ha llegado a considerar a nuestro ordenamiento jurídico, en especial nuestra Carta

⁴⁰ GÓMEZ RIVERO, Responsabilidad penal del médico, 2ª, 2008, 330

⁴¹ HAVA GARCÍA, Imprudencia médica, 2001, 56, considera que en la actividad médico sanitaria es imposible determinar legalmente estándares objetivos de cuidado; ello se justifica porque se trata de una actividad que se encuentra en continuo desarrollo científico, en la que existen además múltiples factores que inciden en la determinación de lo correcto en cada caso concreto. Agrega además que dicha regulación presentaría dos obstáculos insalvables: por un lado, la imposibilidad de mantener su vigencia si se tiene en cuenta la celeridad de los avances científicos, y, por otro lado, la imposibilidad de condensar todos los conocimientos de la ciencia médica en un solo precepto legal.

⁴² Francia, Ley Nº 2002-303, 4 de marzo de 2002



Magna, como una de las mejores, en el ámbito de la responsabilidad profesional.

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

No se puede acusar de mala práctica médica o profesional al sujeto activo, cuando el resultado que produce la lesión al bien jurídico protegido se produce por circunstancias ajenas a la conducta del sujeto o sujetos intervinientes en el ejercicio profesional. Así también, el mismo debe estar directamente relacionado a la producción de la infracción, por falta del debido cuidado objetivo.

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

Es importante considerar el grado de conocimiento y preparación del profesional. Pues a mayor conocimiento, mayor diligencia para sus actividades, por lo que, para sancionar a una persona por mala práctica médica o profesional, se debe considerar si se tomó en cuenta, acertadamente las debidas previsiones del caso, idénticamente como si los sujetos analizaron los pro y contras para evitar la consumación del hecho dañoso.

Es determinante considerar la aclaración del alcance de mencionado artículo realizado por la Corte Constitucional del Ecuador donde resuelve:

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



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

Art. 3.- Se entenderá que el homicidio culposo calificado por mala práctica profesional, tipificado en el inciso tercero del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado; y, además, por la concurrencia de las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.⁴³

A modo de conclusión, considero que el Deber Objetivo de Cuidado, así como la Infracción al mismo, cumple un papel primordial en la normativa actual, por lo que debe constar de forma clara, estableciéndose parámetros en los que se basen los operadores de Justicia, especialmente los Juzgadores Penales, que al momento de dictar sentencia, sepan si la acción imprudente acarrea responsabilidad penal, si el autor ha infringido el deber de cuidado, o, si se le atribuye esta autorresponsabilidad a la víctima; si esta ha sido causante del delito culposo.

Con seguridad, el artículo citado anteriormente, concuerda con el que citaremos a continuación.

Art. 54 de la Constitución del Ecuador:” *Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore. Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas.*”

⁴³ RESOLUCIÓN No. 01-2014 ,Suplemento del Registro Oficial No. 246 de 15 de mayo de 2014



Al caso, podemos definir la “responsabilidad” de los profesionales, como la obligación que tienen éstos de dar cuenta ante la sociedad, por los actos realizados en su práctica profesional. Y que la naturaleza y resultados de sus actividades no sean contrarios a sus deberes, ya sea por incumplimiento de los medios y/o cuidados adecuados en la asistencia del usuario, pudiendo adquirir a veces, relevancia jurídica, porque de todo acto nadie está exento de consecuencias perjudiciales por actividades que están bajo su asistencia.

La Mala Práctica Profesional o Mala Praxis, son términos que se refieren a la conducta de un profesional, que incumple las normas de competencia y demuestra tal error u omisión ocasionado por la poca previsión, negligencia, imprudencia y falta de observancia de las leyes.

Las vías de reclamo que establece la Constitución por la mala práctica profesional son:

Penal: Cuando la agresión al bien jurídico protegido se produce por infringir algún deber de cuidado, esta agresión debe estar previamente determinada como conducta tipificada en el Código Orgánico Integral Penal.

Civil: La responsabilidad profesional, se halla encuadrada dentro del concepto de la responsabilidad general para todos los individuos. Responde igual que otra persona con actividades diferentes por sus actos. Si le es imputable un daño, debe repararlo.

Administrativo: Nada tiene que ver con la sanción civil o penal. La pena administrativa comprende desde el apercibimiento económico hasta la inhabilitación de su profesión.

Esta controversia ha llegado a establecer que los profesionales de derecho y la salud consideren la práctica médica como un delito



autónomo, tipificado como tal con lo que se establece un equilibrio entre las sanciones y los elementos requeridos para incurrir en el mismo. La responsabilidad por una mala práctica profesional surgió con la actual Constitución, pero que ya de alguna manera de forma imprecisa estaba en la Constitución del anterior.⁴⁴

⁴⁴ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, Estudio Introdutorio al Código Orgánico Integral Penal.ob.cit.pág.205-206.



CAPITULO III

VIOLACIÓN DEL DEBER OBJETIVO DEL CUIDADO DEBIDO

3.1. La competencia de la víctima.

Como víctima podemos entender: Es el titular de un bien jurídico penal garantizado, que ha sido vulnerado o puesto en peligro por la conducta del sujeto agente de la infracción; se puede decir que, es el sujeto pasivo de la infracción penal. No está por demás resaltar que la víctima, es la persona directamente ofendida por otras y que puede ser agraviada o ser indirectamente perjudicada por el delito.

“La responsabilidad de la víctima sobre sus propios bienes jurídicos es un elemento que debe tenerse en consideración a la hora, incluso, de crear o interpretar los preceptos penales. El exceso de credulidad o falta de sentido de la víctima puede ser motivo para renunciar a seguir otorgándole protección penal...”⁴⁵ En tal virtud, es importante determinar la conducta de la víctima que provoca un resultado lesivo en su contra, generando así una imputación al ámbito de responsabilidad de la misma. En caso de advertirse que lo preponderante en un resultado lesivo fue la propia conducta de la víctima, aun existiendo una infracción al deber objetivo de cuidado por parte del autor, no estaremos frente a un delito culposo.

Para entender mejor, consideremos el siguiente análisis, a modo de ejemplo.

Así, si en una autopista una persona cruza sorpresiva e intempestivamente, a sabiendas de que existe de por medio un semáforo de referencia y un paso peatonal, a menos de 8 metros y ese momento

⁴⁵ CLAUS ROXIN, GUNTHER ARTZ Y CLAUS TIEDEMAN, en “INTRODUCCION AL DERECHO PENAL Y AL DERECHO PENAL PROCESAL”, Versión española, notas y comentarios de los profesores: Luis Arroyo Zapatero y Juan Luis Gómez Colomer, colección: ARIAL DERECHO, Editorial ARIEL S.A., páginas 121 y 122, Barcelona, 1989.



pasa un vehículo que circula bajo los límites de velocidad permitidos e impacta al peatón ocasionando su muerte.

Como podemos deducir, en este caso, la conducta infractora del deber objetivo de cuidado fue infringida por la propia víctima, colocándose en una riesgosa situación al no hacer uso correcto del paso peatonal, incrementando el riesgo y generando un resultado lesivo, bajo circunstancias que la norma no pretendía evitar.

Pero hay casos donde la responsabilidad de la víctima, no únicamente se manifiesta en un acto precedente sino posterior a la acción lesiva. Como por ejemplo: Un paciente que es intervenido quirúrgicamente y en su recuperación pos operatorio, incumple recomendaciones de reposo e higiene del facultativo, lo que le conlleva a una infección y posteriormente a la muerte.

Como se puede observar, la conducta de la víctima involucra la dejación de medidas esenciales y elementales de neutralización del riesgo inicial y no puede producirse imputación del resultado, a la conducta del autor. El autor, no es responsable pues no generó ningún riesgo, más bien por el contrario es una auto puesta en peligro por parte del propio agraviado, quien debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo, apreciándose claramente la mención del ámbito de responsabilidad de la víctima.⁴⁶

Si en la determinación de tipicidad de los hechos, no resisten los análisis bajo los criterios antes mencionados, estaremos frente a conductas fuera del ámbito penal; en caso sean aludidos mediante contenidos penales, atribuyéndoseles un revestimiento penal. Ello es una clara contravención de la proscripción de la responsabilidad objetiva.

⁴⁶ ROJAS VARGAS Fidel. Jurisprudencia Penal Comentada, ob.pág. 638.



Es importante verificar si la imputación a la víctima, bajo un análisis normativo serio, necesariamente desvinculado del autor y la eliminación de la imputación, debe recaer sobre algún elemento del tipo, como causa de atipicidad. Puede también incidir directamente sobre la antijuridicidad como causal de justificación que incide directamente sobre la culpabilidad, criterio sostenido algunos autores.

En conclusión, son aquellos comportamientos de terceros, que junto con la concreta conducta de la víctima puedan causar la lesión de bienes siendo estos no típicos⁴⁷, porque no se puede mostrar un interés fundado, preponderante en su desaprobación, a pesar del riesgo que encierran. Este presupuesto básico se aplica a un gran número de comportamientos que transcurren simultáneamente y se excluyen de omitir, quedarse, permanecer etc., por lo que desvincularían de toda culpa al autor.

3.2. Incremento de Riesgo Permitido y Creación del Riesgo Jurídicamente Relevante.

En el desarrollo de la sociedad, a lo largo de la historia existen actividades humanas riesgosas, pero necesarias para el desenvolvimiento de la sociedad moderna, las cuales son aceptadas por su utilidad social, implicando un riesgo permitido en el quehacer humano. La vida en sociedad supone la asunción de ciertos riesgos tolerados por las personas y el ordenamiento jurídico.

En el caso de que una conducta humana sobrepase los límites de los referidos riesgos, el derecho penal entrará a remediar el daño en caso de que se produzca un resultado lesivo, pero este último no basta para configurar la conducta imprudente. La connotación del riesgo creado no es una simple relación causa -efecto, sino una en la que, se pueda atribuir racionalmente una responsabilidad. Por ejemplo: Si A, regala un boleto de

⁴⁷ Manuel Cancio Meliá "Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal". Ed. José M. Bosch, pág. 271 año 1998



viaje de avión a B, a fin de que este se muera, como producto de algún accidente que pudiera sufrir la aeronave. Tal conducta no tendrá relevancia jurídica penal, aun si efectivamente se produjera un accidente y falleciera B, toda vez que la invitación de viaje, efectuada por A, no genera un riesgo relevante, ni hace que se incremente el riesgo permitido. Además, la acción descrita no contiene en sí un hecho reprobable por el derecho penal.

Sólo el hecho de rebasar el riesgo permitido crea un peligro, cuya realización hace imputable el resultado como acción típica, a lo cual vale considerar que: *“Existen otras circunstancias, en las que el respeto de las normas de tránsito no excluye necesariamente la creación de un riesgo jurídicamente relevante. Esto ocurre en los denominados sucesos de puesta en peligro fuera de lo común, en los que las exigencias pueden ser más estrictas que las que resultan de reglas elaboradas para el caso promedio.”*⁴⁸ Es decir, donde al sujeto que actúa respetando las normas de cuidado se le presenta una situación riesgosa la cual puede evitar, la misma que es originada por otra persona que infringe la diligencia debida. Así por ejemplo: un conductor de auto que se desplaza dentro de los límites de velocidad, ve a lo lejos que a un peatón que cruza la autopista, no obstante, que el semáforo se encuentra en luz roja para este último, en tal situación le será exigible al conductor disminuir su velocidad y evitar el resultado lesivo.

Lo mencionado en el párrafo precedente tiene vinculación con el llamado Principio de Confianza, el cual refiere que todos los sujetos deben comportarse considerando que tanto uno como otro respetarán las normas de debido cuidado.⁴⁹ Sin embargo, este principio debe ceder ante las infracciones frecuentes y conocidas por toda persona razonable,

⁴⁸ ROXIN Claus. Ob. cit., pág. 170

⁴⁹ Este principio es aplicable, especialmente, en varios campos profesionales como la medicina, donde al haber una intervención quirúrgica la enfermera, anestesista técnico y médico cumplen roles específicos, los cuales se suponen serán realizados de manera diligente. Asimismo, es apreciable este principio en el tráfico automovilístico, donde cada conductor se desenvuelve esperando que los demás respetarán las reglas de tránsito



lo que crea un contrapuesto denominado Principio de Desconfianza, que se contrapone al principio de confianza; no siendo, este último, de aplicabilidad si “no está justificada, de manera previsible, la confianza en el que el otro actúe conforme con el ordenamiento de tráfico”.⁵⁰

Es, sin duda, el incremento del riesgo permitido, el criterio fundamental en el análisis de la conducta culposa. De ese modo lo ha entendido la práctica jurisprudencial. Así se aprecia *“si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible un resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se planteó problema alguno, pues la acción objetivamente imprudente, es decir, realizada sin diligencia debida que incrementa de forma ilegítima el peligro de que un resultado se produzca es junto con la relación de causalidad, la base y fundamento de la imputación objetiva”*. Así, pues, le será imputado un resultado a la persona que lesione o ponga en peligro un bien jurídico, cuando se extralimite de los parámetros de las acciones riesgosas admitidas social y jurídicamente. Ello ocurre en el supuesto que, el efectivo policial que, sin haber puesto el seguro correspondiente, juega con su arma de fuego apuntando a otro compañero, o que aquél rastrille su pistola con el fin de descargarla completamente sin percatarse a dónde apunta, efectuando un disparo que hiere a su colega.

Asimismo, quedarán excluidas de imputación objetiva, por tanto fuera de responsabilidad penal, aquellas conductas riesgosas que, aun contrariando la norma, generen un resultado lesivo, siempre que éste se hubiese producido de todos modos; siendo estas situaciones conocidas también como *“comportamientos alternativos ajustados a Derecho”⁵¹*. Ejemplo, si un motociclista es arrollado y muerto cuando, desplazándose por la vía automovilística donde transitan vehículos a una velocidad permitida de sesenta kilómetros por hora, frena de manera intempestiva y

⁵⁰ Roxin, Claus. Ob. cit., pág. 172

⁵¹ No obstante, existen autores que no están de acuerdo totalmente con la teoría del incremento del riesgo, tal como Bernd Schünemann que la crítica; ver Consideraciones Sobre La Imputación Objetiva, en Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penal N° 1, pág. 439 y s. s.



cae al suelo, y es atropellado por un automóvil que transitaba a pocos metros, fuera del límite máximo de velocidad. La conducta del conductor del automóvil no habría incrementado un riesgo por encima de lo permitido, puesto que el motociclista hubiera sido igualmente atropellado por cualquier conductor diligente que respete la velocidad máxima. Lo mismo sucede con el conocido caso del ciclista que maneja ebrio por una autopista sin reflectores traseros y tambaleando hacia su izquierda, invadiendo el otro carril, es atropellado por un automóvil, provocándole lesiones graves.

Así, el riesgo permitido aparece como un comportamiento realizable observando las reglas establecidas con el fin de mantener la peligrosidad de la acción dentro de un determinado nivel.

Autores como Jescheck, han puesto el acento entre la relación del riesgo permitido y la diligencia objetiva, siendo el primero aquel que acompaña a una conducta objetivamente prudente, por ende presenta una similitud notable en este esquema, hablar de la peligrosidad que acompaña a un comportamiento, pudiendo ser esta o no permitida y, coincidiendo con lo que tradicionalmente llamamos conducta que lesiona o no un deber objetivo de cuidado.

El Código Orgánico Integral Penal, determina que conducta es considerada Jurídicamente Relevante estableciendo lo siguiente:

Artículo 22.- *“Conductas penalmente relevantes.- Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables. No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales.”*

Artículo 23.- *“Modalidades de la conducta.- La conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión. No impedir un*



acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.”

Artículo 24.- *“Causas de exclusión de la conducta.- No son penalmente relevantes los resultados dañosos o peligrosos resultantes de fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estados de plena inconciencia, debidamente comprobados.”*

Se establece en el Cuerpo Legal en mención, que una acción u omisión, es Jurídicamente Relevante, cuando pone en peligro o produce un resultado lesivo en contra bien jurídico protegido en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Riesgo Permitido.

El riesgo permitido es considerado por la moderna teoría de la imputación objetiva, como una institución que en determinados casos puede ser liberador de la responsabilidad penal. En concreto, permite distinguir entre las conductas inmersas en el tipo penal y las que han de quedar fuera de su alcance, aun cuando hayan producido causalmente el resultado lesivo⁵². En atención a ello, la importancia de esta categoría dogmática ha venido siendo sostenida, desde diversas perspectivas y con algunos matices, como medular para la teoría de la imputación objetiva⁵³. El fundamento del riesgo permitido se puede dar en toda interacción social, incluso la realización de algunas actividades que, aunque riesgosas, son necesarias para la convivencia y el funcionamiento de la sociedad actual.

⁵² Aunque, dada la compleja evolución dogmática de la que ha sido objeto, su ubicación sistemática ha sido muy variable; su desarrollo ha tenido lugar no sólo en sede de tipicidad, sino también a nivel de antijuricidad e inclusive en la culpabilidad. Cfr. al respecto, MARAVER GÓMEZ, «Riesgo permitido por legitimación histórica», en *El funcionalismo en Derecho penal*, pp. 214 ss.; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 100 ss.

⁵³ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 26 ss., 41 ss.; ÍDEM, «La imputación objetiva», en *Estudios*, pp. 213 ss.; ÍDEM, *PG*, 7/35 ss., 7/39 ss.; ROXIN, *PG*, 11/39, 11/45 ss.; ÍDEM, «Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal», en *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), Edit. Reus, Madrid, 1976, pp. 130 ss.; FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva* (trad. Cancio Meliá/de la Gándara Vallejo/Jaén Vallejo/Reyes Alvarado), Colex, Madrid, 1995, pp. 95 ss., considerándola fundamental para la existencia de una conducta típica.



En suma, *“no toda creación de un riesgo del resultado puede ser objeto de una prohibición del Derecho penal, pues ello significaría una limitación intolerable de la libertad de acción”*⁵⁴. Por lo que el riesgo permitido, lo podemos considerar desde dos puntos de vista:

- Por una parte, casos en que una determinada actividad riesgosa es jurídico-penalmente permitida, en atención a ciertas circunstancias, ya sea en virtud de una positivización o reglamentación expresa, o en casos de ausencia de dicha reglamentación.
- Por otra parte, se encuentran aquellas conductas que, aunque generadoras de riesgos, se hallan caracterizadas por su evidente normalidad social (conductas con insignificancia jurídico-social o con una conexión muy débil con el resultado lesivo posterior, como el doctrinalmente conocido caso del sobrino que envía a su tío a pasear bajo la tormenta o que le aconseja viajar en un avión en el que luego perece tras un accidente aéreo).⁵⁵

En cuanto al alcance del riesgo permitido es complejo, pero en relación a la legitimación de los riesgos inminentes a algunas actividades sociales, viene dada en virtud de las valoraciones y características que definen a una sociedad concreta en un determinado contexto histórico⁵⁶, el cual se manifiesta en aspectos sociales como el tráfico, fiestas, medidas de seguridad en el trabajo, etc., tan necesarios como la práctica médica y las relaciones económicas.

Todas ellas, tienen el común denominador de hallarse toleradas por ser inherentes a la propia evolución e identidad social. Por lo que la sociedad

⁵⁴ BACIGALUPO, PG, p. 265.

⁵⁵ Retomando el clásico ejemplo propuesto originariamente por WELZEL, Hans, El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista (trad. Cerezo Mir), reimpresión, B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2002, p. 86, en su formulación dogmática sobre el criterio de adecuación social.

⁵⁶ Planteada en estos términos por JAKOBS, PG, 7/36: «Determinadas formas de actividad permitida han sido consagradas por el uso históricamente (...), y por ello se aceptan como socialmente adecuadas». Elemental a este respecto es el trabajo de MARAVER GÓMEZ, en El funcionalismo en Derecho penal, pp. 209 ss.



se ha encargado de reconocer tales riesgos como permitidos, tomando en consideración la evolución de la misma. Por ello el Derecho penal, no puede ser ajeno a la evolución de la sociedad ni a los riesgos que definen su propia configuración. Por el contrario, ha de garantizar esta identidad normativa, si pretende que las expectativas que se generen tengan lugar en un contexto de armonía entre Derecho y sociedad, no de desorden o coerción⁵⁷.

Así pues, detrás de la permisión de un riesgo se encuentra el reconocimiento jurídico-social del comportamiento que lo produce. En ese sentido, aquellas actividades que logren superar los límites impuestos por el propio uso social y por las ventajas que ofrecen, al no estar abarcadas por la configuración social tolerada, comportará un «riesgo jurídicamente relevante»⁵⁸, «*jurídicamente desaprobado*»⁵⁹ o «*típicamente relevante*».⁶⁰ De este modo, lo socialmente adecuado a través del denominado riesgo permitido queda en buena cuenta legitimado, no tanto por el Derecho, como por la propia configuración de la sociedad en atención a las posiciones jurídicas de las personas que la conforman.

3.3. Infracciones del Deber del Debido Cuidado en la Legislación comparada.

Legislación Argentina.

⁵⁷ JAKOBS, «Imputación jurídico penal. Desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma», en RPDJP N° 1, 2000, p. 129: «Un Derecho penal que se dirija contra el arraigado espíritu de los tiempos, no produce una cohesión con sentido, sino una mezcla de manifestaciones individuales incoherentes. En tal Derecho penal la configuración externa... se convierte en un ordenamiento coercitivo abstracto externo –que ya no se corresponde más con la Sociedad–...».

⁵⁸ JESCHECK/WEIGEND, PG, § 28 IV. 1

⁵⁹ Cfr. REYES ALVARADO, Imputación objetiva, pp. 106 ss.

⁶⁰ Que es la expresión por la que opta MIR PUIG, PG, p. 257, a fin de evitar confusiones con aquellas permisiones que provienen de las causas de justificación.



Código Civil Argentino:

Art. 902.- *"Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento, mayor será la obligación que resulte de la consecuencia posible de los hechos".*

Art. 903.- *"Las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de los hechos."*

Art. 904.- *"Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas".*

Art. 905.- *"Las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho."*

Un principio general del derecho y la legislación subsecuente, indica tanto a los Jueces como a los particulares, que quien demanda por un daño debe probar no sólo la magnitud del mismo, sino también que dicho daño es una consecuencia natural del accionar mal práctico; ello no resulta ni es considerado siempre así por parte de la Doctrina Jurídica.

El Código Penal Argentino:

Por su parte, el Código Penal tipifica la infracción del Deber Objetivo de Cuidado de modo específico, a través de los delitos de homicidio culposo y de lesiones culposas, determinando así la mala praxis, mismas que sancionan a quienes resulten declarados culpables, con penas de prisión y de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o de la actividad que por su ejercicio, haya sido generadora de la muerte o de la lesión.



Art. 84. - Será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte.

El mínimo de la pena se elevará a dos años si fueren más de una las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor.

Art. 94. - Se impondrá prisión de un mes a tres años o multa de mil a quince mil pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años, el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud.

Legislación Española.

Según la Legislación Española: Dentro del «homicidio y sus formas», Título I del Libro II del Código Penal, artículos 138 a 143, se castiga el homicidio imprudente

Código Penal Español.

Art. 142:

1) *“El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años”.*

2) *“Cuando el homicidio imprudente sea cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá así mismo, y*



respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, de uno a seis años”.

3) *“Cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de tres a seis años”.*

Se puede evidenciar de manera clara en el Código Penal Español, que lo caracteriza el homicidio imprudente es la falta de dolo, es decir, distingue este delito del homicidio doloso castigado en el artículo 138 del mismo cuerpo legal.

La ausencia de dolo consiste en la falta de conocimiento y voluntad intencional directamente dirigida a causar la muerte de otra persona. Sin embargo, el problema del dolo, en la doctrina y que en la práctica española, se ha oscurecido como consecuencia de una tendencia a objetivar un elemento tan eminentemente subjetivo como es el dolo, pues su existencia se hace depender no de la intención real de matar, sino de los medios empleados o del lugar del cuerpo en que haya incidido el ataque, llegando por esta vía en ocasiones, a resoluciones materialmente injustas, porque se imputan a título de homicidio doloso, conductas evidentemente imprudentes.

Por otra parte, el artículo 142 numeral 1 exige “imprudencia grave”, que sirve para distinguir este delito de la falta prevista en el artículo 621.2 del Código Penal: *«Los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona, serán castigados»*, falta que sólo podrá perseguirse mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal.

El término imprudencia grave se utiliza para designar los supuestos antes denominados de imprudencia temeraria, aludiendo a la infracción del deber objetivo de cuidado, que comporta la vulneración de las más elementales reglas de cautela o diligencia exigibles a cualquier



ciudadano. La distinción de esta imprudencia grave con la imprudencia leve, vendrá determinada por el grado de infracción de la norma de cuidado y el grado de peligrosidad de la conducta del sujeto activo, constituyendo la imprudencia leve del artículo 621.2 del Código Penal. La infracción de las normas de cuidado, no tan elementales como las vulneradas por la imprudencia grave, que respetaría no un ciudadano normal o poco diligente, sino un ciudadano cuidadoso.

Por lo que respecta a posibles concursos ideales o reales en los que entre en juego este delito, el supuesto más importante que se plantea, es el de la realización de una acción inicial dolosa de lesiones, sin ánimo de matar, de la que se deriva un resultado de muerte por imprudencia. Estando en este caso y en principio, ante un concurso ideal de lesiones dolosas y un delito o falta imprudente de homicidio, que debe resolverse. No faltan autores que entiendan que el homicidio absorbe el desvalor de la lesión, y, sólo acuden al concurso ideal de delitos, cuando media cierta diferencia temporal entre las lesiones y la muerte. En cualquier caso aparecen problemas, como por ejemplo, la determinación de la gravedad o entidad de las lesiones, así como si las mismas deben apreciarse en grado de tentativa o consumadas.

Legislación Chilena.

El Código Penal Chileno, en cuanto a las modalidades de culpa, se refiere a estas en sus artículos 490, 491, 492 y 494 numeral 10, en términos de imprudencia temeraria, negligencia culpable, mera negligencia o negligencia y descuido culpable; expresiones que indudablemente reflejan exigencias distintas en cuanto a la magnitud de la infracción del deber de cuidado, no obstante, indistintamente para cada una de ellas, las penas aplicables serán las contempladas en los numerales uno y dos del artículo 490 del Código Penal, según si el hecho importare de mediar malicia un crimen o un simple delito, vale decir:



- a) *“El que incurre en imprudencia temeraria, negligencia culpable, o mera imprudencia o negligencia, causando un hecho que importare de mediar malicia, crimen, será penado con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios”.*
- b) *“El que incurre en imprudencia temeraria, negligencia culpable, o mera imprudencia o negligencia, causando un hecho que importare de mediar malicia simple delito, será penado con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”.*
- c) *“La excepción es el caso del que incurre en descuido culpable en el desempeño de su profesión, sin causar daño a las personas, puesto que será sancionado con una multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales”.*

Artículos del Código Penal, citados precedentemente:

Art. 490.- *“El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, será penado:*

1- Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen.

2- Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando importare simple delito”.

Art. 491.- *“El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior”.*

Art. 492.- *“Las penas del artículo 490 se impondrán también respectivamente al que, con infracción de los reglamentos y por mera*



imprudencia o negligencia, ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas".

Art. 494 numeral 10.- *"El médico, cirujano, farmacéutico, dentista o matrona que incurriere en descuido culpable en el desempeño de su profesión, sin causar daño a las personas" será sancionado con una multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales". Sanción del delito médico culposo De acuerdo con el numeral 13 del artículo 12 del Código Penal, se encuentran exentos de responsabilidad penal quienes cometieren un cuasidelito, delito culposo , salvo en los casos expresamente penados por la ley. Y esos casos expresamente penados por la ley son aquellos que tienen como víctima a una persona".*

En otras palabras, quién comete un delito culposo que tenga como víctima a una persona, no se encuentra exento de responsabilidad penal. Por consiguiente, la punibilidad cuasi delictual o culposa sólo se aplica al homicidio y a las lesiones propiamente tales.

Legislación Peruana.

El Código Penal Peruano establece en su **Artículo 111 Homicidio Culposo.-** *El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas. Cuando son varias las víctimas del mismo hecho o el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de profesión, de ocupación o industria, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de seis años de inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 4, 6 y 7".*

Asimismo establece el **Artículo 124 Lesiones Culposas.-** *El que por culpa causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud, será reprimido por acción privada, con pena privativa de la libertad no mayor de un año y con*



sesenta a ciento veinte días multa. La acción penal se promoverá de oficio y la pena será privativa de libertad no menor de uno, ni mayor de dos años y de sesenta a ciento veinte días multa si la lesión es grave. Cuando son varias las víctimas del mismo hecho o el delito resulta de la inobservancia de reglas técnicas, de profesión, de ocupación o de industria, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 4, 6, y 7”.

La Acción Civil.- En el Código Civil vigente de 1984, no se ha considerado en forma especial esta responsabilidad; pero, en el artículo Nro. 1762, de dicho Código, se dice: *"Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable"*. Como se observa, no hace mención a si la responsabilidad es contractual o extracontractual, limitándose solamente a la responsabilidad contractual, dejando a criterio de la autoridad judicial el tratamiento del caso como si se tratar de un daño, sometiéndolo a los principios generales de la responsabilidad contractual o extracontractual.

3.4. Nuestro criterio sobre el Deber Objetivo del Debido Cuidado (Sustentado en Fallos emitidos por la Corte Nacional de Justicia).

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA DE LO PENAL.

JUICIO PENAL: No. 820 -2009-WMS.

RESOLUCION: No. 186 - 2014 – SSPPMPPT.

PROCESADO: FIALLOS ROSALES MARIANELA

OFENDIDO: CRIOLLO CHANGO BRYAN

RECURSO: CASACION

POR: HOMICIDIO ININTENCIONAL.



ANTECEDENTES: JUZGADO TERCERO DE GARANTIAS PENALES DE AMBATO

Por el sorteo de Ley realizado, en mi calidad de Jueza Tercero de lo Penal de Tungurahua, Encargada conforme oficio No. 0121-CNJ-DT, avoco conocimiento del auto de instrucción dictado por el doctor César Zapata Albuja, agente Fiscal del Distrito de Tungurahua en contra de la Dra. ALEXANDRA FIALLOS, a quien imputa que: “ Por denuncia presentada por la señora CHANGO SUPE AMELIA CARMEN, portador de la C.C. No. 180308469-6, y por el Informe de la policía Judicial vino a mi conocimiento, que el día sábado 05 de febrero del 2005, a las 10H00 aproximadamente a concurrido la denunciante al consultorio odontológico de la doctora ALEXANDRA FIALLOS, ubicado en la Av. Cevallos No. 10-32 y Tomás Sevilla “junto a pollo Listo” Provincia de Tungurahua, con la finalidad de que se realice una extracción de un muela a mi hijo BRYAN ALEXIS CRIOLLO CHANGO, de cinco años de edad por prescripción de la misma Odontóloga, más sucede, que luego de colocarle la anestesia, en aproximadamente diez minutos, comenzó a extraerle la pieza dental fallando en dos intentos; luego no se percató que hacia la doctora, por atender a su otro hijo, manifestándole a la doctora que ya le había extraído la pieza dental, pero su hijo comenzó a llorar, diciéndole que le dolía la garganta, que algo le molestaba y que no le estaba dejando respirar; en eso la doctora le había dicho “no te tragaras la muela... escupe”; al ver esta situación le reclamo a la doctora sin dar ninguna respuesta; luego le coloco un algodón en la herida de la extracción de la pieza dental, en ese instante la hija de la doctora comenzó a llorar y sin dar más atención y sin dar más atención a su hijo se fue a ver a su hija; ante el dolor llanto y desesperación de su hijo, la doctora se puso nerviosa y le pidió que se vaya que ya está haciendo la receta y que vaya a comprar en la farmacia de la esquina, a lo que ella le respondió que le ayude a su hijo, que está poniéndose más grave, respondiéndole que con aceite de glicerina eso ya le pasaba; al pedir explicación y ayuda ante las suplicas de su hijo en su tierna edad pedían que no le dejen morir; y es así que le dijo que se vaya donde otro profesional del piso de abajo del



consultorio para que le ayude; bajo con su hijo en brazos, encontrándose en ese consultorio solo dos chicas que le preguntaron qué pasaba y al ver a simple vista la gravedad de su hijo, le dijeron que fuera a un hospital o a una clínica; bajo con sus dos hijos y tomó un taxi hasta llegar al Hospital Docente Ambato ingreso por emergencias con su hijo, donde le colocaron oxígeno y le intentaban reanimarlo, le colocaron un suero, le dieron una receta para que compre y en una ambulancia de los bomberos le trasladaron para realizarle una radiografía en el consultorio del doctor PEDRO SEVILLA, donde le tomaron una radiografía y mientras le trasladaban se agravó, y al llegar al Hospital trataron de reanimarlo y le ingresaron otra vez a la sala de emergencia, le dieron otra receta que fue a comprar, luego de media hora aproximadamente, le indicaron que su hijo había sufrido un paro cardíaco y que había que ver si no había sufrido daño cerebral; después le enviaron a comprar otra receta y hasta regresar comprando le habían trasladado a cuidados intensivos, le indicaron que su hijo estaba más grave y que había que esperar 48 horas para ver si reaccionaba porque estaba inconsciente, luego le mandaron a comprar otra receta, se agravó más su hijo y a eso de las diez horas treinta minutos del día domingo 06 de Febrero del presente año 2005 el Doctor Carlos Palate le indicó que su hijo había sufrido muerte cerebral que solo los aparatos le estaban dando oxígeno y que estaba con la vida artificial la que poco a poco le iban a quitar. En la etapa investigativa y de manera urgente se ha practicado los siguientes actos pre-procesales investigativos: a) Con las diligencias y Levantamiento, Identificación, reconocimiento Médico legal externo y protocolo de autopsia del cadáver del menor que en vida se llamaba BRYAN ALEXIS CRIOLLO CHANGO con la intervención del Doctor Félix Acosta Guevara Médico legista acreditado en el Ministerio Público de Tungurahua quien en su diagnóstico determina que la causa de la muerte se debe a ASFIXIA por obstrucción de vías respiratorias como consecuencia de la presencia de un cuerpo extraño que le ha producido un Shock Laríngeo, y dejando una interrogante si la forma de la muerte fue por la NEGLIGENCIA MEDICA O ACCIDENTAL; b) El resultado del informe Policial elaborado por el agente



investigador de la policía judicial de Tungurahua . Gustavo Villegas Yaguar quien en sus conclusiones determina que la doctora Alexandra Fiallos tiene participación en la causa del fallecimiento del que en vida se llamó Bryan Alexis Criollo Chango de 5 años 9 meses de edad, por lo cual la antes nombrada odontóloga ha incurrido en Negligencia Médica, ya que según el respectivo informe de la Necropsia Médico legal determina que la causa de la muerte del menor se debe a Paro Cardíaco Respiratorio Asfixia por obstrucción de vías respiratorias, debido a un cuerpo extraño, Shock Laríngeo ACCIDENTAL POR NEGLIGENCIA MEDICA, consistiendo dicho cuerpo extraño en una pieza dental que al momento se encuentran en la dependencia de la Policía Judicial de Tungurahua; c) Con la versión rendida por la señora CARMEN AMELIA CHANGO SUPE quien en la parte pertinente expresa que el día sábado 05 de febrero del 2005 aproximadamente a las diez horas cuando acudió nuevamente a dicho consultorio la doctora Alexandra Fiallos a fin de hacerle extraer una pieza dental a su hijo Bryan Alexis Criollo Chango quién le atendió, realizando los preparativos para extraerle la muela, colocándole la anestesia y luego observo que con un playa o instrumento le estaba sacando la muela a su hijo; posteriormente la doctora le indicó que ya estaba; en esos instantes su hijo Alexis empezó a llorar manifestándole que le dolía la garganta, pero ella pensó que era porque le extrajeron la muela, y en ese momento la mencionada doctora le dijo a su hijo Alexis que no se tragara la muela y que la escupa, al ver esta situación le reclamó a la odontóloga quien no le dio ninguna respuesta sobre lo que estaba sucediendo; luego le colocó un algodón en la pieza dental, y en ese momento le entregó una receta para que se fuera pero ella no se fue manifestándole doctorcita tiene que ayudarme porque mi hijo está mal, pero la doctora le dijo que comprara aceite de glicerina y que le iba a pasar; en ese rato se trasladó de inmediato al hospital Docente de Ambato, en donde le estaban prestando ayuda a su hijo, lo cual ha sido imposible porque el día seis de febrero del 2005 a las veinte horas aproximadamente perdió la vida; d) Consta del expediente la partida de nacimiento de BRYAN ALEXIS CRIOLLO CHANGO así como también



recortes del periódico del HERALDO y la HORA de esta Ciudad de Ambato de fechas 7 y 8 de febrero del 2005, en la que destacan de manera relevante con el titular NEGLIGENCIA DE DOCTORA CAUSA LA MUERTE DE NIÑO DE CINCO AÑOS así como también consta la radiografía correspondiente a la muela extraída del niño fallecido Bryan Alexis Criollo Chango. Con estos antecedentes se determina la posible existencia de un hecho punible que encaja en la figura delictiva de MALA PRACTICA MEDICA, y existiendo fundamentos suficientes para imputar a la Doctora Alexandra Fiallos cuyos datos generales se desconocen por el momento conociendo únicamente que su consultorio se encuentra ubicado en las calles Cevallos No. 10-30 y Tomas Sevilla junto al Pollo Listo de esta Ciudad de Ambato, de haber participado en el hecho denunciado. RESUELVO DAR INICIO A LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN FISCAL”. Al respecto en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal se dispone notificar con el auto de instrucción y esta providencia a la ofendida en el casillero judicial No. 265; al doctor José Castillo Velasco, a quien se designa defensor de oficio pues aún no se ha instituido la Defensoría Pública Nacional. Respecto del pedido fiscal que se disponga la prisión preventiva de la doctora ALEXANDRA FIALLOS, se lo acepta y se ordena la medida cautelar personal en contra de la imputada, por considerar reunidos los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Penal en sus artículos 167 y 168; teniendo como indicios en su contra: La diligencia de levantamiento, Identificación, Reconocimiento Médico Legal externo y protocolo de autopsia del cadáver del menor que en vida se llamó BRYAN ALEXIS CRIOLLO CHANGO, en cuyas conclusiones el Médico Perito designado determina que la causa de muerte se debe a ASFIXIA por obstrucción de vías respiratorias como consecuencia de la presencia de un cuerpo extraño que le ha producido un Shock laríngeo; con la versión de la señora CARMEN AMELIA CHANGO SUPE , donde narra cómo sucedieron los hechos; Con la partida de nacimiento del menor Bryan Alexis Criollo Chango, de donde se desprende que nació el 29 de Mayo de 1.999, por lo que se libraré la correspondiente boleta de captura y una



vez que sea privada de libertad, se hará conocer a ésta Autoridad para que gire la respectiva boleta Constitucional de Encarcelamiento. Hágase conocer a la Fiscalía que el conocimiento de la causa ha correspondido a ésta Judicatura.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.

Quito, 03 de febrero de 2014; las 12h00.

VISTOS: Conocido y sustanciado por la ex — Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, se concluye con el trámite del recurso de revisión interpuesto por la sentenciada Marianela Alexandra Fiallos Rosales, quien considera que al dictar la sentencia condenatoria en su contra, en la que se le impone la pena de sesenta días de prisión correccional, el tribunal primero de lo penal de Tungurahua, comete errores de hecho justificables y comprobables mediante esta vía de impugnación; en consecuencia, estando el recurso con autos para resolver, para hacerlo, y siendo aplicable al presente caso el procedimiento anterior a las reformas de 2009, este Tribunal realiza las siguientes consideraciones: **PRIMERO.- JURISDICCIÓN, COMPETENCIA Y VALIDEZ DEL PRESENTE RECURSO:** 1.1.- La jurisdicción⁶¹, como la facultad de administrar justicia que mantiene el presente Tribunal de revisión, se encuentra justificada, en virtud de la investidura con esta facultad jurisdiccional, por parte del Consejo de la Judicatura a los nuevos Juezas y Jueces Nacionales, quienes posesionados el 26 de enero de 2012⁶², actuamos por disposición legal a

⁶¹ Artículo 16 Código de Procedimiento Penal.-"Sólo los jueces de garantías penales y tribunales de garantías penales establecidos de acuerdo con la Constitución y las demás leyes de la República ejercen jurisdicción en materia penal"

⁶² Artículo 150 del Código Orgánica de la Función Judicial: "La jurisdicción consiste en la potestad público de juzgar y hacer ejecutar la juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia."/ artículo 15 Ibídem: "La jurisdicción nace para el nombramiento efectuado conforme a la Constitución y la ley. El ejercicio de la jurisdicción empieza en el momento en que la jueza a el juez toman posesión de su función y entra o su servicio efectiva. Las funciones de la jueza o del juez continuarán hasta el día en que su sucesor entre a/ejercicio efectivo del cargo. "La Corte Nacional de Justica ejerce jurisdicción en todo el territorio nacional." (artículo 172 del Código Orgánico de la Función Judicial). El 26 de enero de 2012, el Consejo de la Judicatura de Transición posesionó a



partir de esta fecha.- 1.2.- De conformidad con el con lo previsto en el artículo 19 del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano “La competencia en materia penal nace la de la Ley” en consecuencia, estando este Tribunal ⁶³investido con la facultad jurisdiccional, la competencia ⁶⁴dada a este en razón de la materia sobre la cual versa la Litis, es en virtud de que los señores jueces nacionales, miembros de este Tribunal, forman parte de la competente Sala de la Corte Nacional de Justicia, esto es la Sala de lo Penal, Penal militar, Penal Policial y Tránsito; y, del sorteo de ley realizado, conforme dispone el artículo 7 de la Resolución N° 04-2013 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia (en concordancia con las normas generales previstas en el Código Orgánico de la Función Judicial). 1.3.- El procedimiento establecido para el conocimiento y resolución de los recursos de revisión que en materia penal sean propuestos, dispone que, con fundamento en las causales expresamente determinadas en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, “El recurso de revisión por una de las causas previstas en el artículo siguiente (360 Código de Procedimiento Penal), podrá proponerse en cualquier tiempo, después de ejecutoriada la sentencia condenatoria”, ⁶⁵por tanto, habiéndose aceptado al trámite el recurso presentado por Marianela Alexandra Fiallos Rosales, y remitido en la forma prevista a la oficialía Mayor de la Corte Nacional de Justicia, el mismo es válido y así se lo declara.

SEGUNDO: OBSERVACIONES OBTENIDAS DEL PROCESO DE INSTANCIA.- 2.1.- El hecho fáctico constante en la denuncia presentada en la Fiscalía por parte de Carmen Amelia Chango Supe, que luego sería materia del enjuiciamiento penal es el siguiente: La denunciante Carmen

los 21 nuevos Juezas y Jueces Nacionales, para un periodo de 9 años, según lo dispone el artículo 173 del Código Orgánico de la Función Judicial.

⁶³ Por el sorteo de causas realizado por la Presidencia de la Sala Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, el Tribunal para el conocimiento y resolución del presente recurso de revisión quedó conformado de la siguiente forma: doctor Wilson Merino Sánchez en calidad de Juez nacional ponente; doctor Jorge Blum Carcelén, Juez nacional y doctor Paúl Iñiguez Ríos, Juez Nacional, ambos en calidad de miembros del referido Tribunal de Revisión.

⁶⁴ Artículo 156 del Código Orgánico de la Función Judicial: “Competencia es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados.”

⁶⁵ Artículo 359 del Código de Procedimiento Penal.



Amelia Chango Supe acompañada de su hijo Bryan Alexis Criollo Chango (+), acudió el día jueves 3 de febrero de 2005, las 16:30 aproximadamente, al consultorio dental de la doctora Alexandra Fiallos (hoy recurrente), ubicado en la Av. Cevallos N° 1030 y Tomás Sevilla, en la ciudad de Ambato, con el fin de hacerle extraer una pieza dental, por cuanto el niño padecía de dolor en la misma; por lo que la doctora Alexandra Fiallos, luego de atender a Bryan Criollo, le ha recetado un jarabe desinflamatorio y lo envió a casa, indicando que acudiera el día 5 de febrero de 2005, para realizarle la extracción. El día señalado, regresa la denunciante en compañía del niño para que la doctora Alexandra Fiallos le realice la extracción agendada, llegando al consultorio a las 10:00 aproximadamente, procediendo la doctora Fiallos a realizar los preparativos para hacerlo (preparación de implementos necesarios, inyección de anestesia al paciente, entre otros) sin embargo al momento de la extracción, la pieza dental extraída cae dentro de la boca del niño Bryan Criollo, quien la ingiere accidentalmente. Ante lo cual, la doctora. Alexandra Fiallos no ha tomado las medidas necesarias, indicando que “el trabajo está hecho” y que se retiraran del lugar; sin embargo, el menor ha empezado a llorar y a sentirse mal, manifestando que le dolía la garganta; y, tras el reclamo de la madre del menor, la doctora. Alexandra Fiallos, en lugar de tomar las precauciones del caso y tratar de atender al menor, ha extendido una receta, en la cual prescribió la compra de aceite de glicerina para que ayudara al menor a tragar la pieza dental.- La madre del menor, por la gravedad de la situación de su hijo, traslado por su propia cuenta al niño, al Hospital “Regional Docente de Ambato”, a fin de que le brinden los primeros auxilios y cuidados necesarios, sin embargo el deceso del infante se confirmó a las 20:00 del mismo día, por obstrucción de vías respiratorias debido a cuerpo extraño.- 2.2.- Una vez realizada la acusación por parte de la Fiscalía en contra de la doctora Marianela Alexandra Fiallos Rosales y llevada a juicio la conducta descrita supra, el tribunal sentenciador consideró lo siguiente: QUINTO.- Que la prueba señalada en los considerandos anteriores, ha sido solicitada, ordenada, practicada e incorporada en la audiencia de juicio como manda el Art. 83



del Código de Procedimiento Penal, teniendo plena validez, la misma que valorada conforme a las reglas de la sana crítica, conforme lo establece el Art. 86 ibídem, esto es con absoluta observancia de los principios de la teoría del conocimiento, la lógica, la recta razón y la experiencia dan al Tribunal la certeza de que en la especie se ha comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción tipificada y sancionada en los Arts. 459 y 460 del Código Penal, así como demostrándose la responsabilidad de Mariela Alexandra Fiallos Rosales. No se han justificado circunstancias agravantes, constitutivas o modificatorias de la infracción, por el contrario se han presentado atenuantes que hacen relación con la conducta anterior y posterior al cometimiento de la infracción por parte de la acusada, conforme lo establecen los numerales 6 y 7 del Art. 29 del Código Penal y cuyas pruebas ya fueron analizadas en el considerando anterior; por lo dicho y de conformidad a lo establecido en el Art. 304-A del Código Procedimiento Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se dicta en contra de MARIANELA ALEXANDRA FIALLOS ROSALES, cuyo estado y condiciones obran del proceso SENTENCIA CONDENATORIA, como autora responsable del delito tipificado y sancionado en los Arts. 459 y 460 del Código Penal imponiéndole la pena modificada, en razón de las atenuantes presentadas, de SETENTA DÍAS DE PRISIÓN CORRECCIONAL, conforme lo establecido en el inciso cuarto del Art. 72 del Código Penal. **TERCERO: ARGUMENTOS PUESTOS AL ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE REVISIÓN.**- En la sustanciación del trámite que le corresponde al presente recurso de revisión, observamos que la recurrente en su interposición, lo hace con fundamento en la causal sexta del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, la misma que dispone que habrá lugar al recurso de revisión para ante la Corte Suprema ⁶⁶de Justicia, “Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia⁶⁷”; alegando

⁶⁶ De esa forma se encontraba redactado la articulada referido, antes de las reformas realizadas al Código de Procedimiento Penal el 24 de marzo de 2009, legislación aplicable al presente caso en obediencia al dispuesto en la segunda transitoria del referido cuerpo legal.

⁶⁷ Artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, anterior a las reformas del 24 de marzo de 2009.



que en la sentencia dictada por el tribunal primero de lo penal de Tungurahua, el 22 de agosto de 2008, se le condenó en forma errada, como autora del delito de homicidio inintencional tipificado y sancionado en los artículos 459 y 460 del Código Penal ecuatoriano; aduciendo que la muerte del menor Bryan Alexis Criollo Chango, se produjo por causa de un infarto, conforme consta en el protocolo de la autopsia realizada al cadáver por el perito doctor Félix Acosta, quien en el mismo señala que encontró en el corazón del menor fallecido “contenido de zona de infarto”;⁶⁸ y, no por asfixia por obstrucción de vías aéreas como (a decir de la defensa de la recurrente) erróneamente se la ha acusado. Enfatizando que la extracción de la pieza dental referida, ocurrió el día sábado 5 de febrero de 2005 y el fallecimiento del menor Bryan Alexis Criollo Chango se confirma el día domingo 6 o lunes 7 de febrero del mismo año; en consecuencia, es en el Hospital Docente Ambato, en donde presumiblemente no se le dio la atención debida, en relación con el INFARTO que sufrió el menor; intentando con este argumento desvirtuar su responsabilidad en la causa de la muerte del niño Bryan Alexis Criollo Chango. Así mismo ha solicitado (y ha sido atendido en la solicitud realizada), a fin de justificar la pertinencia en el caso, de lo argumentado por el recurrente, la práctica de prueba documental⁶⁹ constante en: a) calendario correspondiente al año 2005; y, b) Certificación conferida por la secretaria general del Comité Permanente “Fiesta de la Fruta y de las Flores”

CUARTO: CONSIDERACIONES SOBRE EL RECURSO EN CONCRETO, SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO, SOBRE EL HECHO, SOBRE LA SENTENCIA ENFRENTADA A LA LEY. 4.1.-

Claus Roxin, sostiene que: “La revisión del procedimiento sirve para la eliminación de errores judiciales frente a sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada. En la exposición sobre la cosa juzgada material [...] se ha mostrado que la paz jurídica solo puede ser mantenida, si los principios

⁶⁸ Tomado del escrito de interposición de/recurso de revisión.

⁶⁹ Petición que es atendida por el Juez Nacional que conoció la causa a pesar de que el recurso ha sido interpuesto parlo causal 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, la misma que no hace necesario la práctica de nueva prueba, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del referido artículo.



contrapuestos de seguridad jurídica y justicia son conducidos a una relación de equilibrio. El procedimiento de revisión representa el caso más importante de quebrantamiento de la cosa juzgada en interés de una decisión materialmente correcta. Su idea rectora reside en la renuncia a la cosa juzgada, cuando hechos conocidos posteriormente demuestren que la sentencia es manifiestamente incorrecta de manera insoportable para la idea de justicia⁷⁰. Concordantemente Giovanni Leone, manifiesta: “La revisión está previamente dispuesta a fin de eliminar el error judicial, un bien construido ordenamiento jurídico debe tender [...], a activar todos los mecanismos a fin de impedir el error judicial; y toda la evolución histórica del proceso penal revela esta preocupación [...]. La actuación de los mecanismos aún lo más perfectos, contra el error judicial, no impedirá nunca por maldad de las partes o de los sujetos de colaboración, o por imperfección del juez-, el error judicial; pero esta amarga comprobación no debe servir para alentar la angustiosa preocupación de la sociedad y de los jueces y hacer que se renuncie a la adopción de todos los medios apropiados para contener, por lo menos, el error judicial en la medida de un fenómeno excepcional y alarmante.” Agrega además que: “La revisión se dirige a la eliminación de la sentencia injusta sobre la base de elementos nuevos. La eliminación, por tanto, del error judicial no se hace por efecto de una valoración de las pruebas (en tal caso, la cosa juzgada quedaría totalmente desterrada), sino por efecto de la sobrevivencia (integral o integrante) de nuevas pruebas.”⁷¹. De lo dicho por estos autores y lo que establecido por el marco jurídico y jurisprudencial ecuatoriano, es de fácil comprensión, la naturaleza, objeto y fin del recurso de revisión, el cual, como se ha sostenido anteriormente, tiene que ver con el sacrificio de la sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada en virtud de la prevalencia de la justicia material. Dando a este recurso características como la de ser un recurso taxativo, rogado, limitado que procede por impulso de la parte interesada (sentenciado). La

⁷⁰ CLAUS ROXIN, “Derecho Procesal Penal”, pág. 492. Citada por Orlando Rodríguez CH., “casación y Revisión Penal; Evolución y Garantismo”; ed., TEMIS, Sogotó — Colombia., 2008; pág., 394.

⁷¹ GIOVANNI LEONE, “Óp. Cit., pág. 260”; Citado por Orlando Rodríguez CH., “casación y Revisión Penal; Evolución y Garantismo”; ed., TEMIS, Bogotá — Colombia., 2008; pág., 394.



legislación ecuatoriana, establece como causales para la interposición del recurso extraordinario revisión (considerado como una acción más que un recurso, por ir en contra de una sentencia declaratoria de culpabilidad en firme, en donde al sujeto pasivo de la acción penal ya no le beneficia ni la presunción de inocencia ni el principio del indubio pro reo), de conformidad con lo dispuesto por el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, las siguientes: 1. Si se comprueba la existencia de la persona que se creía muerta;

2. Si existen, simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre un mismo delito contra diversas personas, sentencias que, por ser contradictorias revelen que una de ellas está errada;

3. Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados;

4. Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó;

5. Cuando se haya promulgado una ley posterior más benigna; y,

6. Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia. (causal que es la invocada por la recurrente en la interposición de su recurso, por la cual, en virtud de a dispuesto en el inciso final del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, no hace necesaria la práctica de nueva prueba).

Al ser materia de análisis en la citada causal; esto es, la no comprobación conforme a derecho del delito al que se hace referencia en la sentencia, nada más lógico y acertado por parte del legislador, que la exoneración al recurrente de la práctica de la prueba nueva. En cuyo caso, la anulación de una sentencia por inexistencia de la materialidad de la infracción se declarará, del análisis que el Tribunal de Revisión realice de lo actuado en el juicio y la sentencia impugnada⁷². Lo que se debe, a que ésta causal ataca directamente a uno de los preceptos fundamentales que deben concurrir ante el juez sentenciador, para la imposición de la sentencia

⁷² En definitiva se debe estar claros en que la revisión cje. una sentencia por/a concurrencia de lo establecido en la causal sexta del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, se realiza en base al análisis del acervo probatorio constante en el proceso, o fin de verificar si se comprobó o no conforme a derecho la existencia material de la infracción a la que la sentencia se refiere.



condenatoria; esto es, por antítesis al texto de la causal, que se encuentre comprobada la existencia del delito (artículo 304-A Código de Procedimiento Penal). Lo que obliga al recurrente a atacar este precepto y no la adecuación típica de la conducta acusada o a la declaración de culpabilidad dictada en su contra.

4.2.- No cabe duda entonces, que el fondo la fundamentación del presente recurso de revisión presentado por la doctora Marianela Alexandra Fiallos Rosales, contiene alegato de impugnación hacia la declaratoria de culpabilidad que en su contra se realiza por parte del tribunal sentenciador; lo que este Tribunal considera en razón de que la afirmación de que la muerte del niño Bryan Criollo Chango, se habría producido por infarto y no por asfixia, y que “en el Hospital Docente Ambato, no se le dio la atención debida⁷³”, no compromete en nada la adecuación típica del hecho delictuoso (homicidio inintencional) cometido en contra de Bryan Criollo, sino que dicha afirmación pretende establecer la responsabilidad del hecho una persona diferente a la sentenciada en el presente caso. Con este mismo fin, la recurrente ha solicitado la práctica de nueva prueba, la misma que consta de la incorporación al expediente del calendario correspondiente al año 2005 con el cual manifiesta que ese año el feriado de carnaval coincidió con la fecha de atención al menor, tanto en su consultorio odontológico como su posterior atención en el Hospital Docente Ambato; y, la certificación por parte del Comité Permanente de Fiesta de la Fruta y de las Flores, en la que consta que año a año se celebran en Ambato y que el sábado 5 y domingo 6 de febrero de 2005 en esta ciudad se realizaron actos relacionados con esta festividad; lo que, si bien es cierto es concordante con lo manifestado por la recurrente, en nada tiene relación con lo que se ha juzgado en instancia, ni lo que se analiza actualmente. En cambio, si tiene relación la medida de cuidado que como profesional de la salud, la doctora Marianela Alexandra Fiallos Rosales, debió haber observado al realizar la extracción de la pieza dental a su paciente, sobre todo tomando en cuenta que era un niño de cinco años, en cuyo caso se debió haber tomado las

⁷³ Según consta como palabras de la recurrente, en el escrito de interposición del recurso.



previsiones de cautela necesarias. Entonces la recurrente debió tener muy en cuenta que, por la consta como palabras de la recurrente, en el escrito de interposición del recurso. Condición generacional del paciente, sus cuidados debían extremarse, tal como lo establece la Lex Artis, pues, al no hacerlo, bien podría hablarse de mala praxis.⁷⁴ Como consecuencia inmediata de lo dicho, se debe establecer que la fundamentación del recurrente no tiene relación con la causal invocada, esto, porque la causal versa sobre la comprobación conforme a derecho de la existencia material de la infracción acusada (lo cual implica un análisis sobre el hecho y su comprobación fáctica en el mundo real) y el fundamento realizado versa sobre la responsabilidad del sentenciado; que de la misma forma, la práctica de la prueba se muestra direccionada a la comprobación de lo dispuesto en la causal cuarta del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal que dice: “cuando no se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó” (causal que no ha sido invocada por la recurrente), y no a lo establecido en la causal sexta del referido artículo; por ello, la recurrente doctora Marianela Alexandra Fiallos Rosales, no ha cumplido con la premisa de comprobar a este Tribunal de Revisión, la necesidad de romper con la firmeza de la cosa juzgada, por haberse demostrado la injusticia de la sentencia condenatoria, sino que en su lugar, este Tribunal, luego del análisis de la sentencia atacada logra la convicción de que la misma es justa .

4.3- Es importante hacer notar sobre el hecho (delito de homicidio inintencional), que la perfección del injusto penal se da no por la

⁷⁴ Si la “lex artis” significa el modo de hacer las cosas bien, la malpraxis sería no cumplir adecuadamente, salvo justificación razonada, con las reglas y preceptos destinados a este fin. Es decir, malpraxis puede significar no seguir la lex artis. Para ser responsable de algo, es necesario tener atribuida la competencia, y, después, comportarse de forma contraria, es decir, con mala praxis. Lex artis o “ley del arte”, ley artesanal o regla de la regla de actuación de la que se trate, se viene empleando para referirla a cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse en cada caso. Martínez Calcerrada definió la “lex artis ad hoc” como el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico (sanitario) ejecutado por el profesional de la medicina (concepto genérico) que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida. La indicación responde al sí del tratamiento, a si debe aplicarse esta u otra medida; mientras que la lex artis se refiere al cómo del tratamiento, al procedimiento o método que se ha de seguir. La realización de una intervención se ajustará a la técnica correcta y será conforme, por tanto, a la lex artis cuando no sea contraria a la técnica establecida por la indicación ni al cuidado debido.



conurrencia del dolo específico (la intención de causar la muerte) como en la mayoría de los delitos, sino por la obtención del resultado originado en el acto negligente en la realización de un oficio o profesión; encontrándonos así frente a uno de los delitos llamados culposos. El profesor J. Jornet se expresa así: “Desde el punto de vista jurídico se entiende que ha existido negligencia profesional, y por tanto deben pedirse responsabilidades, cuando el acto médico ha sido realizado bajo el concepto de malpraxis. Este término se refiere a aquellas circunstancias en las que los resultados del tratamiento han originado un perjuicio al enfermo, siempre y cuando estos resultados- sean diferentes de los que hubieran conseguido la mayoría de profesionales en las mismas circunstancias... Entonces lo que interesa, para poder calificar una conducta como un delito culposo, es que la conducta haya inobservado una norma de cuidado, y que esta a su vez haya generado un riesgo jurídicamente desaprobado con aptitud de lesión al bien jurídico protegido”; teniendo entonces que luego de ocurrido el hecho en el consultorio de la doctora Fiallos Rosales (obstrucción de vías aéreas del menor); la profesional de la salud, no acude en auxilio del niño dándole las primeras atenciones, sino que en excusa de que ella no aprendió a darlos, lo envió junto a su madre al consultorio de otro médico que quedaba ubicado en la planta inferior del mismo edificio sin preocuparse que se le haya dado la atención que el niño requería; siendo esta conducta la que perfecciona el actuar negligente de la sentenciada Marianela Alexandra Fiallos Rosales. QUINTO: RESOLUCIÓN.- Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de Revisión, de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBRERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 367 del Código de Procedimiento Penal, declara IMPROCEDENTE el recurso de revisión presentado por Marianela Alexandra Fiallos Rosales, por no haberse comprobado la existencia de errores de hecho que demuestren que la sentencia es injusta, lo que



hubiere resultado de la comprobación de la casual 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal —causal en la que la recurrente fundamentó su recurso-. En consecuencia sentencia impugnada queda incólume. Devuélvase el expediente al juez de origen para los fines legales pertinentes.

3.4.1 Criterio Personal, caso Criollo Chango Bryan, Fiscalía, contra, Fiallos Rosales Marianela

En el Recurso de Revisión presentado por la procesada Dra. Marinela Alexandra Fiallos Rosales a la Corte Nacional De Justicia, Sala De Lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, y su fundamentación de la misma, opino lo siguiente:

1. El Tribunal Primero de Garantías Penales de Tungurahua, dicta sentencia condenatoria en contra de la Dra. Marinela Alexandra Fiallos Rosales , señalando de forma motivada que nos encontramos frente al delito tipificado y sancionado en los Artículos 459,460 del Código Penal, como autora del hecho delictivo, imponiéndole la pena modificada, en razón de las atenuantes presentadas, de SETENTA DÍAS DE PRISIÓN CORRECCIONAL, conforme lo establecido en el inciso cuarto del Art. 72 del Código Penal. La Corte Provincial de Tungurahua, reiteró de igual forma la sentencia de primera instancia, en todos sus puntos; confirmando la culpabilidad de la Dra. Alexandra Fiallos.
2. La Acción de Revisión, es un medio que permite excepcionalmente al legislador, remover una sentencia que ha hecho tránsito a una cosa juzgada, orientado a remediar una situación de injusticia. Lo que implica necesariamente se sujete a los parámetros formales, que de modo expreso, señalan las normas, como una sustentación lógica y propia de la taxativa, causales caracterizadas por su estructura y contenido interdependientes, por lo que al no inferir



dentro de ninguna de estas características por no haberse comprobado la existencia de errores de hecho que demuestren que la sentencia es injusta, lo que hubiere resultado de la comprobación de la causal 6 del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, causal en la que la recurrente, fundamentó su recurso.

3. Es importante determinar que el homicidio inintencional actualmente llamado Homicidio culposo por mala práctica médica es aquel en el cual se ha causado un mal por falta de previsión, o de precaución. Pero sin la intención de atentar contra la vida del otro, por lo que conforme a la doctrina, puede definirse como la muerte no intencional de una persona, causada por un acto involuntario, cuyo resultado homicida no fue previsto. Constituye un acto culposo, que no habrá caído bajo la sanción penal, a no ser un resultado mortal de uno de los participantes de dicha actividad ocasionada por negligencia, impericia o inobservancia de las normas.⁷⁵
4. En el caso en mención la Odontóloga no tomo en consideración las medidas de cuidado en el momento de la extracción de la pieza dentaria, ocasionando que el menor se tragare una parte, provocando la consecuente asfixia en horas posteriores. Otro error en la que incurre la doctora es que, al percatarse que el pedazo de diente incomodaba en la garganta, al menor, medicó aceite de glicerina, por lo que es evidente la imprudencia y negligencia profesional. De esta forma se cumple de manera total el tipo penal.
5. Considero adecuada la sentencia tanto de primera como segunda instancia, siendo a mi criterio, lesionado el deber objetivo de cuidado, acarreándole responsabilidad penal, a la procesada, por no haber tomado la debida precaución en el momento de la

⁷⁵ ZAVALA BAQUERIZO Jorge, Delitos contra las Personas, ob. Cit. pág. 93. Tomo III Edino.



extracción dental; así como del cuidado posterior, si consideramos que la procesada tenía conocimiento de su accionar sobre el menor.

3.5. Análisis crítico de varios Fallos trascendentes en esta materia y dictados por la Corte Nacional de Justicia.

N° DE CAUSA: 17721-2012-0827.

JUDICATURA: SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO

ACCIÓN/DELITO: HOMICIDIO ININTENCIONAL

ACTOR/OFENDIDO: CALDERON MORA MARIA ISABEL, FISCAL GENERAL DEL ESTADO

DEMANDADO/IMPUTADO: SANCHEZ AREVALO GUILLERMO LAUTARO, RIVAS CALLE MONICA CATALINA, GOMEZ PULLA ANDRES DAVID.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA PENAL.-

Quito, 01 de julio del 2013, a las 14h30.

VISTOS: La Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial del Azuay, en la sentencia de mayoría el 27 de junio de 2012, a las 10h27, confirma el fallo dictado por el Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay, que reconoce el estado de inocencia de los procesados **ANDRES GOMEZ PULLA Y MONICA RIVAS CALLE**, y la revoca en cuanto a **GUILLERMO SANCHEZ AREVALO**, en consideración a las atenuantes imponiéndole la pena de **TRES MESES** de prisión correccional. Inconforme con este pronunciamiento, la acusadora particular María Calderón Mora y el sentenciado Guillermo Sánchez Arévalo, interponen recurso de casación, que fueron aceptados a trámite y habiéndoles cumplido con la audiencia oral, publica y contradictoria que establece el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, a la que concurrieron los recurrentes, Guillermo Sánchez Arévalo representado por su defensor Dr. Miguel Sarmiento Mora; la acusadora



particular María Isabel Calderón Mora, representada por el Dr. Ítalo Palacios Álvarez y el Dr. José García Falconi, delegado del señor Fiscal General del Estado; además los procesados Andrés Gómez Pulla, con su defensa técnica Dr. Nelson Montesinos y Mónica Rivas Calle, con su abogado defensor Dr. Segundo Narváez, cumpliéndose con el trámite previsto para este recurso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 358 DEL Código del Procedimiento Penal y siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO JURISDICCION Y COMPETENCIA:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 172 y 184 numeral 1 de la Constitución de la Republica, en concordancia con el artículo 186 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial de la Corte Nacional de Justicia, ejerce jurisdicción en todo el territorio nacional; así mismo este tribunal de la sala especializada de lo Penal, conformado por la Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. Merck Benavides en calidad de Jueces nacionales y el Dr. Jorge M. Blum Carcelén, como Juez Nacional Ponente, integrados en Tribunal previo sorteo de ley, somos componentes para conocer y resolver el recurso de casación planteado.

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:

Examinando el trámite del presente recurso de casación, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera invalidar o acarrear su nulidad, por lo que este Tribunal, declara la validez de todo lo actuado.

TERCERO.- ANTECEDENTES:

Sobre los hechos.-

El día 11 de febrero del 2011, varios alumnos del Centro Educativo Espíritu de Sabiduría, de la ciudad de Cuenca, dirigidos por su profesor Guillermo Sánchez Arévalo, junto a cuatro padres, se trasladaron hasta el cantón Girón de la provincia del Azuay, visitando la Victoria del Portete y la casa de los Tratados, para luego concluir al paradero turístico denominado “El Chorro” , procediendo a visitar la primera cascada, luego



se dirigieron a la segunda cascada; el adolescente José Daniel Calderón, quien formaba parte del grupo de alumnos, se separó de sus compañeros, resbalándose cayó al precipicio produciéndose su muerte.

De las actuaciones procesales y de la sentencia recurrida.-

El Juez Décimo Segundo Multicompetente del Azuay, el 30 de septiembre de 2011, a las 18h00, aceptando el dictamen acusatorio de la fiscalía, dictó auto de llamamiento a juicio en contra de los procesados Guillermo Sánchez Arévalo y Mónica Catalina Rivas Calle, por existir presunciones graves y fundadas sobre existencia del delito de homicidio inintencional, establecido en el Art. 459 del Código Penal y sancionado por el art. 460 ibídem, en calidad de autores; y respecto al procesado Andrés Gómez Pulla , por no existir elementos suficientes para sustentar su participación en tal hecho delictivo, de conformidad con el art. 241 del Código de Procedimiento Penal, dictó auto de sobreseimiento provisional del procesado y a favor de dicho procesado.

El Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay, a quien por sorteo le correspondió conocer la causa, dentro de la audiencia de juzgamiento, han receptado varios medios de pruebas de cargo y de descargo, conscientes en prueba testimonial y documental constantes en el proceso, que permitieron a los procesados por cuanto el 07 de febrero del 2012 , a las 10h00, emite sentencia condenatoria en contra del procesado Guillermo Lautaro Sánchez Arévalo, como autor responsable del delito tipificado en el artículo 459 y sancionado por el artículo 460 ambos del Código Penal, imponiéndole la pena atenuada de seis meses de prisión y al pago por daños y perjuicios; y absolutoria para Mónica Catalina Rivas Calle y Andrés David Gómez Pulla, reconociéndoles su estado de inocencia.

De esta resolución la acusadora particular y el procesado Guillermo Sánchez Arévalo, interponen recurso de apelación, cuyo conocimiento por sorteo correspondió a la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial del Azuay; misma que el 27 de junio del 2012, a las 10h27, emite sentencia de mayoría, en la que desecha íntegramente los recursos interpuestos por el representante de la Fiscalía General del



Estado y de la acusadora particular, confirmado la sentencia absolutoria dictada a favor de Mónica Catalina Rivas Calle y Andrés David Gómez Pulla; respecto al recurso de apelación interpuesto por el sentenciado Guillermo Sánchez Arévalo, confirma la sentencia condenatoria dictada en su contra, reformándola en cuanto a la pena impuesta y en consideración a las atenuantes se la rebaja a tres meses de prisión.

CUARTO.- FUNDAMENTACIONES Y ALEGACIONES DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN:

a) De la acusadora particular María Isabel Calderón Mora.

El defensor de la acusadora particular, doctor Ítalo Palacios Álvarez, al fundamentar su recurso, ha manifestado una serie de alegaciones respecto a la interposición del recurso y a los antecedentes del caso; acto seguido realizó su fundamentación en relación a cada uno de los procesados con las siguientes puntualizaciones:

- **Respecto al procesado Guillermo Sánchez Arévalo.**

Que existe vulneración al derecho, en la punición y el establecimiento de la pena, porque el tribunal le impuso la pena de un año y atenuó a seis meses y la Sala, le impone una pena de seis meses y la atenúa a tres; que si bien la norma constitucional prevista en el artículo 77 numeral 14, dice que no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre, esta norma es aplicable solo cuando únicamente recurre el procesado, la cual no es el caso, vulnerándose el derecho y la aspiración jurídica de la acusación particular.

Por otro lado, la Sala de la Corte Provincial dispuso algo insólito, como es el pago de cinco mil doscientos dólares por concepto de indemnizaciones, vulnerándose lo previsto en el artículo 309.5 del Código de Procedimiento Penal, señalando que es en la sentencia donde se fijan las indemnizaciones, haya o no acusación particular, así como también. El artículo 78 de la Constitución de la República, donde se reconoce que la víctima de infracciones penales gozará de la protección especial.



En replica manifestó: Que el profesor Sánchez incurrió en la conducta prevista en el artículo 459 del Código Penal, que trata de la falta de previsión y precaución; Que el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, es de carácter netamente formalista, se refiere a la violación de la ley por contravenir a su texto por indebida aplicación o errónea interpretación; hay que existe una conducta culposa por falta de previsión y precaución por parte del profesor como lo señala la norma penal antes invocada. Y al respecto al tema de indemnización, se viola el artículo 309.5 del Código de Procedimiento Penal y no existe la aplicación del art. 78 de la Constitución de la Republica. Por lo que solicita que se case la sentencia.

- **Respecto a la procesada Mónica Catalina Rivas Calle.**

La procesada era la administradora y representante legal de la Compañía Allpacamac Tours, que fue declarada inocente por la Segunda Sala de la Corte Provincial, sin tomar en cuenta que en la sentencia impugnada, en el literal A-2 se detalla la prueba actuada.

Que el considerado sexto de la sentencia, la Sala de la Corte Provincial analiza dos tickets de ingreso al parador turístico “El Chorro”, afirmando que se tomaron las debidas precauciones, pese a que dichos tickets estaban alterados.

Que existe violación del art. 85 del Código de Procedimiento Penal, porque está justificada a plenitud la responsabilidad de dicha procesada; y, además no aplico lo previsto en el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere al nexo causal, ya que su conducta se adecua a lo previsto en el artículo 460 ibídem.

Que existe falta de aplicación del artículo 309.5 del Código de Procedimiento Penal y 78 de la Constitución de la Republica, por lo que solicita se case la sentencia y se declare la culpabilidad de Mónica Rivas Calle, conforme lo previsto en el artículo 304. A del Código de Procedimiento Penal, como autora y responsable del delito.

En replica manifestó: Que existe aplicación indebida del artículo 85 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto está probada la infracción y la responsabilidad de la señora Rivas, ya que si ella prohibía la entrada,



advirtiendo que era un lugar peligroso, no pasaba nada, su obligación era de prever y precautelar, debiendo aplicarse el artículo 14 del Código Penal, que se refiere a la imprudencia y negligencia, en este caso de la señora Rivas como dueña del local, quien infringió el artículo 41 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Por lo que solicita se case la sentencia declarando la culpabilidad por este hecho fatal para la familia Calderón Mora y se la indemnice, en la aplicación del artículo 309.5 del Código del Procedimiento Penal y 78 de la Constitución de la Republica.

- **En relación al procesado Andrés Gómez Pulla.**

La Sala de la Corte Provincial del Azuay, confirma su inocencia, acotando que se desempeña como guardián, limpia camas y el local, sin tomar en consideración que incurrió en el tipo penal que se acusa, porque de su propio testimonio se desprende que él era el encargado de vender los tickets de ingreso al paradero turístico El Chorro y que el día de los hechos estuvo en el sitio, vendió los tickets, no proporciono ninguna información, ni tomo las previsiones en ese sitio inhóspito, adecuando su conducta en la falta de previsión o precaución. Por lo que solicita que se case la sentencia, condenándolo como responsable del delito tipificado en el Art. 459 del Código Penal.

En replica manifiesto: Que existe violación en la sentencia por la falta de aplicación de los artículos 85 y 88 del Código de Procedimiento Penal, porque hay responsabilidad de Andrés Gómez, ya que no se trata del simple trabajador de El Chorro, pues él en su propio testimonio señalo que cuando estaba la señora Rivas, él proporcionaba dicha información, pero en este caso nunca lo hizo, violándose en la sentencia el artículo 304.A al declararse su inocencia, por lo que solicita se case y se declare la culpabilidad de dicho procesado, así como el pago de las indemnizaciones, en atención estricta a la norma de los artículos 309.5 del Código de Procedimiento Penal y 78 de la Constitución de la Republica.

- b) Del Recurrente Guillermo Sánchez Arévalo.**

El Dr. Miguel Sarmiento Mora, en representación del sentenciado, al fundamentar su recurso ha revelado un sin número de citas doctrinarias



respecto a la imputación objetiva, debido cuidado, riesgos permitidos entre otros, así como ha narrado los antecedentes del caso, para que de acuerdo a su alegación pueda este Tribunal comprender la actuación de su defendido, citado por ello a Hans Welzel sobre la Imputación Objetiva en su Obra “Derecho Penal Alemán, parte general”, edición Castellana pagina 193: dice. “...la producción del resultado ha de ser justamente la concretación de la lesión del cuidado, tal no es el caso cuando el resultado ciertamente ha sido causado por la acción contraria al cuidado (...) un niño repentinamente salta de la calzada frente a un conductor que manejaba descuidadamente, pero aun cuando el conductor hubiere conduciendo cuidadosamente la lesión se hubiera producido...” Indicando que lo señalado también se refiere a que el rol compete también a la víctima y, continua citando de la misma obra”... el ordenamiento jurídico no puede ordenar a nadie, más allá de la observación de cuidado requerido en el ámbito de la relación o si no tendría que velar por casi toda la acción en el ámbito social. Un deber ilimitado de omitir toda acción de la que pueden producir consecuencias perjudiciales previstas como posibles, condenaría a los hombres a una inactividad absoluta...” admitiendo que en efecto su defendido debió observar las normas de cuidado pero solamente aquellas que están dentro de su capacidad de previsibilidad y como dice Welzel no pueden ser aquellas normas de cuidado infinitas o ilimitadas porque caso contrario “el hecho de que exista una alfombra , que no está bien puesta por el conserje y se produce una caída” tendría que responder quien tenía el deber de poner esa alfombra adecuadamente. Por otro lado, respecto a la argumentación jurídica del recurso planteado ha realizado las siguientes puntuaciones:

Que la sala de jueces suplentes de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, equivocadamente ha emitido una sentencia condenatoria de mayoría, sin embargo en el voto salvado, se realiza un correcto análisis de la conducta del profesor Sánchez, donde se confirma la inocencia de su defendido, analizando la imputación objetiva de manera correcta.



Que el voto de mayoría es equivocado porque sostiene que el profesor Sánchez Arévalo en calidad de garante, es el responsable por la seguridad de sus pupilos el cual debió efectuar toda acción tendiente a protegerlos ya que dicho rol en efecto fue cumplido por su defendido, pues actuó con el deber de cuidado que le impone el sentido común y la lógica elemental, es decir, cumplió el rol de la previsibilidad.

Que en base a lo citado. La defensa establece que se debe analizar si el tipo penal por el cual se lo sanciona a tres meses de cárcel y se exige la indemnización de ciento ochenta mil dólares al profesor Guillermo Sánchez, era o no aplicable, al caso que nos ocupa; que la pena impuesta se ha hecho en base a una motivación absolutamente equivocada por el tribunal inferior.

Insiste la defensa que el deber objetivo de cuidado no es ilimitado, tiene límites pero que en la sentencia se pretende que todo riesgo, desde una simple caída o resbalón, ya deba imputarse como responsabilidad del profesor, siendo lo correcto saber si hubo un incremento de riesgo y si este fue la causa suficiente para el resultado muerte, ya que no hay elementos del tipo, insistiendo que existe una indebida y errónea aplicación de la disposición, por la cual se ha condenado a su detenido.

QUINTO: CONTRADICCIONES A LA FUNDAMENTACION DEL RECURSO PLANTEADO POR LA ACUSACION PARTICULAR;

A) Del recurrente Guillermo Sánchez Arévalo.

El Dr. Miguel Sarmiento, en representación del sentenciado, ha dado contestación a los argumentos expuestos por la acusadora particular, indicando lo siguiente: Que la acusadora particular ha solicitado que se case la sentencia recurrida, porque existía violación de la ley, contravención del texto de la ley o errónea interpretación en cuanto a la pena impuesta, solicitando que se la modifique, para lo cual la defensa indico que no se ha expuesto en la fundamentación de la acusación particular, ni se ha justificado con argumentación jurídica la violación de la



ley en la sentencia; ya que no existe motivación o alegación alguna que pueda encontrar elementos facticos, para que se modifique dicha sentencia.

Que la acusación particular sustenta su pedido en el aspecto económico, por ello solicita ciento ochenta mil dólares, recalcando la defensa que tampoco se ha justificado en forma jurídica que existía una contravención expresa de la ley, de tal manera que al no existir tal argumentación, en este recurso de casación que es extraordinario y que ataca la sentencia, no cabe que se acepte, de ninguna manera tal recurso.

B) La procesada Mónica Rivas Calle.

El Dr. Segundo Narváez Rivera, en representación de la procesada ha dado contestación a los argumentos expuestos por la acusadora particular, indicando lo siguiente: Que el doctor Ítalo Palacios ha fundamentado el recurso de casación, en base a los artículos 85 y 304 –A del Código de Procedimiento Penal, disposiciones que no hacen más que pedir a la Sala una revalorización de la prueba, lo que está vedado en este recurso excepcional y formalista.

De otro lado su defendida al momento del hecho era empleada, cuyas obligaciones, según el objeto del contrato, nada tienen que ver con el deber de cuidado; ya que las dos resoluciones esto es el voto salvado y el de la mayoría de la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en forma exactamente igual dicen: “Por otro lado el peligro corrido que aumento el riesgo fuera del permitido, no ocurre en la circunscripción del paradero turístico El Chorro, sino fuera de su administración....” Y el voto salvado del doctor Llerena, declara la no responsabilidad de su defendida.

Que además el doctor Ítalo Palacios A. presento el ticket, con el cual pretendía justificar la responsabilidad de la señora Rivas Calle en el ilícito, pero en la defensa para el conocimiento del tribunal ha presentado una certificación otorgada por el Director Administrativo Financiero de la



Municipalidad del cantón Girón, la que deslinda de cualquier responsabilidad a su defendida.

Finaliza indicando que la acusación presentada por la Sra. Madre del menor, carece de fundamentación legal, pues no hay delito alguno cometido por su defendida, por la cual solicita se confirme la sentencia recurrida, donde se le reconoce su estado de inocencia.

C) El procesado Andrés Gómez Pulla.

El Dr. Nelson Montesinos, en representación del procesado, ha dado contestación a los argumentos expuestos por la acusadora particular manifestando lo siguiente:

Que el procesado Andrés Gómez fue absuelto en dos instancias, porque en el proceso quedo probado plenamente que sus labores no tenían ninguna relación con dar seguridad a los turistas que visitan el lugar que la prueba documental, que consiste en el contrato laboral celebrado entre la empresa Allpacamac, administradora de la hostería y el señor Andrés Gómez, consta que él fue contratado como guardián nocturno y ayudante de servicios.

Que la acusadora particular al fundamentar su recurso se limitó a decir cuestiones de puro hecho, cuando el recurso de casación es sobre cuestiones de puro derecho de la violación de la ley en la sentencia y jamás la recurrente menciona una ley que se haya violado en la sentencia recurrida, por lo que solicita al Tribunal se declare improcedente el recurso interpuesto por la acusadora particular.

SEXTO: OPINION FISCAL RESPECTO A LA FUNDAMENTACION DEL PROCESADO.-

Al contestar la fundamentación del recurso realizado por el procesado Guillermo Sánchez Arévalo, el delegado de la Fiscalía General del Estado, doctor José García Falconi, hizo varias puntualizaciones:



Que el Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay, dictó sentencia condenatoria en contra del señor Guillermo Sánchez, señalando de manera motivada que se ha justificado la existencia del delito tipificado y sancionado en los artículos 459 y 460 del Código Penal, como autor del hecho delictivo, imponiéndole la pena de seis meses de prisión, la multa de correspondiente por concepto de daños y perjuicios, según el artículo 309.5 del Código de Procedimiento Penal, en la suma de cinco mil doscientos veinticinco con ochenta y cuatro centavos.

Que de esta sentencia la Fiscalía y la acusación particular interponen recurso de apelación; y la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia del Azuay desechando tales recursos, confirmando la inocencia de Mónica Rivas y Andrés Gómez, como dispuso el Primer Tribunal de Garantías Penales del Azuay confirmando la sentencia condenatoria en contra de Guillermo Sánchez, pero modifica la pena de seis a tres meses de prisión y multa e indemnización de daños y perjuicios; encontrándose inconforme con este pronunciamiento interpone recurso de casación la acusación particular, como el señor Guillermo Sánchez.

Que el recurso de Casación para ser aceptado por el órgano juzgador respectivo necesita cumplir con ciertos requisitos, ya que es un recurso extraordinario que busca corregir solo errores de derecho que se presentan en la sentencia impugnada ya que tiene como objetivo el enfrentamiento de la sentencia y la ley para establecer si el fallo se ha producido alguna de las circunstancias de artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

Que no se encuentra que se haya violado la ley en la sentencia dictada por la primera Sala de la Corte Provincial del Azuay en la relación a la confirmación de la inocencia de Mónica Rivas y Andrés Gómez e igualmente respecto al sentenciado Guillermo Sánchez tampoco se ha violado la ley en el sentido de que se encuentre justificado el delito de homicidio inintencional, tipificado en el Artículo 459 y 469 del Código Penal, sin embargo existe violación del artículo 78 de la Constitución de la Republica, toda vez que existen de los derechos fundamentales de los acusados y los derechos fundamentales de la víctima, siendo los de la



víctima en primer caso conocer la verdad procesal y la reparación integral, que significa, que la víctima tiene derecho a la reparación material e inmaterial ya que la material consiste en los daños y perjuicios que tienen dos parámetros el daño emergente y el lucre cesante, mientras que lo inmaterial contiene daño moral, por lo que al dictar la sentencia condenatoria los jueces violaron lo expresado en el artículo 78 de la Constitución de la Republica.

Por lo que considera se debe casar la sentencia en el rubro de daños y perjuicios, en vista de que los daños y perjuicios señalados por el Segundo Tribunal de Garantías Penales del Azuay en cinco mil doscientos veinticinco dólares con ochenta y cuatro centavos, ratificados por la Primera Sala Corte Provincial de Justicia de Azuay no contempla los parámetros del daño material e inmaterial de acuerdo al proyecto de vida que se ha calculado en 70 años de edad en otros casos.

En replica de lo expresado por el señor fiscal los procesados hicieron uso de su derecho de argumentación lo que sigue:

El sentenciado Guillermo Sánchez Arévalo a través de su defensor ha señalado:

Que la fiscalía sostiene en definitiva que no se han justificado los elementos para imponer un recurso de casación, solicitando se case la sentencia debió ser absolutoria, consecuentemente no cabe la indemnización de daños y perjuicios porque no hay responsabilidad del profesor, por lo que ante esa situación sostiene que debe declararse la inocencia del Profesos Sánchez pues no hay méritos para declararlo culpable.

La procesada Mónica Rivas a través de su defensor señalado : Que la sentencia es clara en cuanto a Mónica Rivas y Andrés Gómez ; que la Fiscalía ha manifestado que no existe violación de la sentencia por parte del Tribunal Segundo de Garantías Penales del Azuay y confirmada por la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, por lo que el pedido del señor fiscal es que, al q haber violación legal en la sentencia se debe declarar improcedente el recurso de casación interpuesto por la



acusadora particular, al carecer de fundamentación al no existir violación legal en la sentencia.

El procesado Andrés Gómez Pulla a través de su abogado defensor señalado: El señor fiscal con buen criterio jurídico ha expresado que no se ha violado la ley en la sentencia respecto a su defendido ya que en el proceso está probado que las indicaciones que daba Andrés Gómez eran simplemente las que estaban en los rótulos del lugar es decir que no se bañen en una fosa que existen en el sitio y que el puente era resbaloso; sobre la afirmación de que Andrés Gómez tomaba a cargo la responsabilidad, cuando no estaba la señora Rivas, cabe notar que ese día si estaba la señora Mónica Rivas presente en el lugar.

SEPTIMO: ANALISIS DEL TRIBUNAL:

La Constitución de la Republica, configura un Estado constitucional de derechos y justicia en el que su deber primordial es garantizar el goce de los derechos establecidos en la Constitución sin discrimen asegurando el cumplimiento de las garantías básicas al debido proceso que incluyen la facultad de impugnar las decisiones judiciales, a través de los recursos previstos por la ley.

El recurso de casación es un medio impugnatorio que tiene por objeto corregir los errores de derecho que pudieran incurrir el Tribunal Provincial en la sentencia constituyendo un recurso extraordinario de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia, como señala el artículo 10 inciso segundo del Código Orgánico de la Función Judicial, sin que esté permitido a los “ juzgadores de casación valorar la prueba actuada que dio lugar a la sentencia que se impugna debiendo limitarse a examinar la sentencia recurrida ha violado la ley: a) por contravenir expresamente su texto; b) por haberse realizado una falsa aplicación de ella y c) por haberla interpretado erróneamente. Ya que la primera circunstancia implica contrariar su contenido y hacerlo sería una violación directa. La segunda, la falsa aplicación, puede darse aplicándola en un caso que no le corresponde; y , la tercera, sobre la interpretación errónea,



podrá dar lugar a ir más allá del contenido de la norma contrariando su espíritu, su alcance, originándose un falso raciocinio.

Por ello el Tratadista Fabio Calderón Botero, en su obra Casación y Revisión en materia penal expresa que el Recurso de Casación....” Es un juicio técnico jurídico de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia, también conocido por la doctrina como error in iudicando...” que precisamente es el error de derecho en la sentencia, debiendo este tribunal establecer si la misma está debidamente motivada y se han aplicado las reglas de la sana crítica, que no es otra cosa que las reglas de la lógica del razonamiento de la experiencia y conocimiento jurídico ya que la garantía de motivación consiste por un lado en dejar al juez en libertad de apreciación, quedando en cambio, obligado a correlacionar lógicamente los argumentos esgrimidos en la sentencia.

Respecto de la normativa sustantiva penal, referente al tipo penal por el que se sigue esta causa, es el homicidio inintencional estableciendo en el art. 459 del Código Penal que dice “ comete homicidio inintencional aquel que ha causado mal por falta de previsión o de precaución pero sin la intención de atentar contra la vida de otro” es decir que conforme a la doctrina puede definirse como la muerte no inintencional de una persona por un acto involuntario cuyo resultado homicida no fue previsto, constituye un daño culposo que no habría caído bajo la sanción penal a no ser por negligencia, Imperia o inobservancia de las normas como lo refiere el tratadista Dr. Jorge Zavala Baquerizo en su obra delitos contra las personas, Tomo III, Edino. Pago. 93, donde se establece que el homicidio inintencional tiene como elemento subjetivo la culpa esto es la voluntad de actuar sin previsión , de manera negligente, imprudente, inexperta o inobservancia de las normas de cuidado, legales. Reglamentarias, ordenatorias o sociales que es causa de un resultado típico no querido por el agente pero previsible no previsto y el previsto confiando en que no se producirá.

Por lo tanto la culpa es el elemento subjetivo del homicidio inintencional ya que allí se hace manifiesto el acto u omisión que se ejecuta sin cumplir con el deber de cuidado que debe estar presente en la práctica de las



conductas tanto del agente pasivo como del activo que se realizan cotidianamente en la vida, ya que toda persona por el hecho de vivir en sociedad, tiene la obligación de evitar que su conducta lesione bienes jurídicos e intereses ajenos, los mismos que se encuentren jurídicamente protegidos,

Este Tribunal de Casación debe examinar la sentencia impugnada acorde con lo expresado por los sujetos procesales en la fundamentación de los recursos expuestos en la audiencia de casación, haciendo las siguientes puntualizaciones:

Con relación a la impugnación hecha por la acusación particular, este tribunal de Casación ha examinado la sentencia recurrida, estableciendo que el recurrente no ha justificado en su fundamentación ninguna de las causales establecidas en el Art. 349 del adjetivo penal, limitándose a solicitar el aumento del monto de los daños y perjuicios por lo que consideremos que tal solicitud no es procedente por reflexión jurídica que realizaremos responsabilidad del procesado Guillermo Sánchez Arévalo.

En lo referente al procesado y recurrente profesor Guillermo Sánchez, el juzgador de instancia en sus considerandos expositivo y declarativo de la resolución analiza todas las argumentaciones expuestas en la controversia sancionando al procesado Guillermo Sánchez, por el delito de homicidio inintencional tipificado en el 459 y sancionado en el Art 460 del Código Penal por este Tribunal discrepa con tal resolución ya que analizando que es la muerte del adolescente José Daniel Calderón, pero la conducta del procesado Guillermo Sánchez no se encuadra en el delito que se le imputa, que es homicidio inintencional ya que su actuar no fue culposo no está enmarcado en los elementos del tipo Penal pue el profesor Guillermo Sánchez actuó con precaución y con debido cuidado, al llevar a sus alumnos al sitio y haciéndoles conocer los cuidado que debían tener en el recorrido, haciendo que caminen uno tras otro en la conocida "fila india", por el sendero y no debían apartarse de él.

Establece día la existencia material del delito esto es la lamentable muerte del adolescente José Calderón, no puede atribuirse al profesor Guillermo Sánchez actuación negligente ya que no existe delito culposo ni



responsabilidad consciente y voluntaria en el cometimiento del hecho existiendo errónea aplicación del 459 del Código Penal, ya que la muerte es producto del infortunio de la fatalidad y del riesgo que asumió la víctima al salirse del camino señalado, desatendiendo los niveles de cuidado impartidos por el referido procesado; criterio que comparte este Tribunal ya que el desenlace del fallecimiento de José Calderón no fue provocado por la conducta descuidada, negligente o imperita ni objetivamente evitable que ejercía el profesor Guillermo Sánchez ya que el lugar es un sitio turístico visitado por muchas personas ya que acudir al sitio implica por sí mismo un riesgo permitido , por lo que la acción desplegada del acusado Guillermo Sánchez no incremento dicho riesgo si bien ese día el profesor Guillermo Sánchez llevo a sus alumnos a un travesía curricular denominado El Chorro fue para realizar un aprendizaje ecológico que no es un lugar inhóspito o que estuviera prohibida su visita por ello no infringió la ley ni tampoco desplego una acción típica y antijurídica relevante para el derecho penal

La “Teoría de la Imputación Objetiva “ señala que todas las actividades humanas implica riesgos denominados riesgos permitidos o aprobados , considerando esta teoría de la previsibilidad el deber de cuidado y hasta el deber de auto protección combinada con el riesgo permitido que asumió el adolescente víctima de un Infortunio, ya que estos riesgos no implican delitos culposos, porque en el caso concreto, la visita al sitio denominado El Chorro, está dentro de estos riesgos permitidos y el, profesor Guillermo Sánchez Arévalo, cumplió con el deber de cuidado, que lo compartió con varios padres de familia, que también lo acompañaban para el control y vigilancia de todos los alumnos, impartiendo las debidas indicaciones y señalando las precauciones que debían tomar todos los alumnos entre ellos José Daniel, quien no debía salirse del sendero señalado y que tenía que caminar uno tras otro, pero se debe considerar que este deber objetivo de cuidado , no es ni puede ser ilimitado, pues por otro lado está el deber de autoprotección de la víctima quien lastimosamente no cumplió, desatendiendo las instrucciones impartidas por el profesor, pues no se trataba de un niño pequeño, era un



jovencito de 12 años, que de acuerdo a su edad y educación impartida, está en capacidad de razonar sobre el peligro al que se enfrenta.

El tratadista “Welzel”, dice que siempre el objeto de la infracción al deber de cuidado, está constituido por una acción concreta, complementando “Maurach”, quien afirmaba que el objeto de la infracción del deber de cuidado, no es la actividad en su conjunto, porque si fuera así, hubieran caído todos al abismo, falleciendo todos los alumnos, el profesor Sánchez e incluso los padres de familia, siendo estos últimos en quienes también estaba distribuido los deberes de cuidado.

Por ello, la limitación de la responsabilidad no es deber de una sola persona, la que debía preocuparse por todo el resultado de su comportamiento, sino que algunos resultados caen en el campo de las tareas de terceras personas o de la propia víctima y en el presente caso, la víctima, tiene que soportar tales resultados como un infortunio, ya que de otro modo la libertad de comportamiento quedaría asfixiada, a favor de una sociedad exageradamente cuidadosa en todas partes, que limitaría inclusive ciertas actividades cotidianas que implican riesgos.

El Profesor Claus ROXIN expresa: “Aquí entra en consideración otro de los aspectos que se tienen en cuenta para llegar a la imputación objetiva que es el riesgo socialmente permitido y la determinación en el caso concreto, si el sujeto actuó dentro del riesgo que estaba socialmente permitido o se excedió del mismo. Son los casos en el que se debe aplicar la imputación objetiva.

Por ello recalcamos que el profesor Sánchez Arévalo actuó con la responsabilidad debida, y cumplió sus niveles de cuidado, incluso porque ya tenía experiencia al haberlo hecho en varias ocasiones, por lo que el procesado no incrementó el riesgo, para que se haya producido el resultado muerte, no pudo prever dicho resultado, a pesar de las instrucciones que impartió y que fueron cumplidas por la mayoría de los estudiantes, que llegaron con vida al final del paseo, pero que lamentablemente fueron inobservadas por la víctima, quien por propia voluntad y sin avisar al profesor, ni a los padres de familia, o sus



compañeros, se apartó de la columna y se salió del sendero, lamentablemente cayéndose y produciéndose su muerte.

La doctrina señala, que los elementos que deben concurrir al deber objetivo de cuidado, el riesgo permitido y el incremento de ese riesgo, como aconteció en este caso, cuando la víctima al salirse del sendero por su propia voluntad y en la búsqueda de nuevas y riesgosas experiencias se puso en peligro, es decir violentó su deber de autoprotección; al haberlo hecho sin avisar al profesor, a los padres de familia o a sus compañeros, personalmente incrementó su riesgo, quizás para ampliar intencionalmente su aventura, aumentando el peligro, desatendiendo sus propios y naturales deberes de cuidado y autoprotección, por ello que equivocadamente se busca responsabilizar a través de las concausas, lo que no es aplicable en delitos culposos, pues el desvalor de la acción se debe analizar respecto de la acción misma, la que produce el resultado y éste lamentablemente produjo la víctima.

También la doctrina señala que, el tipo objetivo del hecho punible culposo, incluye una acción descuidada referida al bien jurídico del perjudicado, si el resultado lesivo de un bien jurídica se ha producido de forma independiente de la conducta omisiva, ello no puede ser imputado objetivamente al sujeto que incurrió en tal omisión.

El Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, en su artículo sobre la imputación Objetiva considera que “Cuando la conducta del autor ha creado un peligro para el objeto de la acción no cubierto por el riesgo no permitido y ese peligro se ha realizado también en el resultado concreto”⁷⁶, resumiendo se puede decir, que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un riesgo creado por el autor, no cubierto por un riesgo permitido y que se encuentra dentro del radio de acción del tipo; aquí entra en consideración otro de los aspectos que se tienen en cuenta para llegar a la imputación objetiva que es el riesgo socialmente permitido y la determinación en el caso concreto, si el sujeto actuó dentro del riesgo que estaba socialmente permitido o se excedió del mismo, es el caso en el que se debe aplicarse la imputación objetiva. Analiza el, profesor

⁷⁶ Publicado en la página web “ [www.alfonsozambrano.com/doctrina penal](http://www.alfonsozambrano.com/doctrina%20penal)” pág. 1-2-3



Zambrano, “si en todo contacto social, todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. No se construiría ni se matricularía ningún automóvil, ni se produciría, no se serviría alcohol, etc., y ello hasta el extremo que a la hora de pagar sus deudas todo el mundo deberá prestar atención para que el acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión, la interacción social se vería afectada por funciones de supervisión y otras auxiliares”.

Estableciendo este tribunal, que el accionar de José Daniel Calderón fue independiente de la conducta del profesor Guillermo Sánchez, porque fue un riesgo creado y buscado por la misma víctima, quien por propia iniciativa se apartó del grupo, con el lamentable final, ya que de haber seguido en la columna de compañeros, que transitaban por el sendero, también al igual que sus compañeros hubiera culminado el paseo sin novedad, llegando a salvo a su destino, con lo que establece que el accionar imprudente del adolescente José Daniel Calderón rebasó los niveles de cuidado ejercidos por el profesor y procesado, aumentando por sí mismo, en forma deliberada, el riesgo permitido de la víctima, como lo han expresado las citas doctrinarias expuestas por el procesado Guillermo Sánchez Arévalo en la fundamentación del recurso.

OCTAVO: RESOLUCIÓN:

Por lo tanto, concluye este tribunal de casación, que la víctima infringió su deber de autoprotección, ya que como lo manifestamos en líneas procedentes, el procesado cumplió a cabalidad sus niveles de cuidado, que fueron superados por el riesgo asumido por el adolescente, quien incumplió las advertencias y por propia voluntad se apartó del camino y se internó aproximadamente 20 metros entre la maleza e infortunadamente cayó al abismo, provocando su propia victimización.

Por estos antecedentes, este Tribunal de la Sala Penal de la Nacional, acorte Nacional, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA**



CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA” de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad declara improcedente el recurso de casación planteado por la acusadora particular María Isabel Calderón Mora; y, respecto al recurso de casación propuesto por Guillermo Sánchez Arévalo, por las consideraciones analizadas se **CASA** la sentencia recurrida, por la indebida aplicación de los artículos 459 y 460 del Código Penal, y se declara el estado de inocencia de Guillermo Sánchez Arévalo, dejando sin efecto la sentencia impugnada, se levantan todas las medidas cautelares que pudieren existir en su contra. Se deja constancia que la acusación particular no es maliciosa ni temeraria. **Notifíquese, Cúmplase y devuélvase.**

3.5.1. Análisis crítico, caso Calderón Mora María Isabel, Fiscal General del Estado, contra Sánchez Arévalo Guillermo Lautaro, Rivas Calle Mónica Catalina, Gómez Pulla Andrés David.

1. La responsabilidad de la víctima sobre sus propios bienes jurídicos es un elemento que debe tenerse en cuenta a la hora de crear o interpretar los preceptos penales. El exceso de credulidad o falta de sentido de la víctima puede ser motivo para renunciar a seguir otorgándole protección penal.
2. La víctima infringió su deber de autoprotección, mismo que libera de responsabilidad Penal al docente, pues a pesar de las recomendaciones y los cuidados previos, dispuestos por el profesor Guillermo Sánchez con sus alumnos, el menor en forma intempestiva abandono el grupo, provocando así el infortunio que tuvo como resultado la muerte. El penalista Alfonso Zambrano establece: *“Si en todo contacto social, todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. No se construiría ni se matricularía ningún automóvil, ni se produciría, no se serviría alcohol, etc., y ello hasta el extremo que a la hora de pagar sus*



deudas todo el mundo deberá prestar atención para que el acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión, la interacción social se vería afectada por funciones de supervisión y otras auxiliares”; por lo que hay un riesgo permitido, pues siendo la visita al parador El Chorro un peligro para cualquier ciudadano, es el dueño del bien jurídico, el que debe actuar con el suficiente cuidado, evitando lesiones.

3. La producción del resultado ha de ser justamente la concretación de la lesión del cuidado, que no es el caso, cuando el resultado ciertamente ha sido causado por la acción contraria al cuidado. Pero también, se habría producido, si la acción se hubiera ejecutado conforme cuidado.⁷⁷

En resumen, el ordenamiento jurídico no puede ordenar a nadie, más allá de la observación del cuidado requerido en el ámbito de la relación, o sino, tendría que velar por casi toda acción en un ámbito social.

4. Los elementos que deben concurrir al deber objetivo de cuidado son: el riesgo permitido y el incremento de ese riesgo, como aconteció en este caso, donde la víctima abandono el sendero por su voluntad, violando su deber de autoprotección y personalmente aumentando el riesgo, lo que no sería aplicable a delitos culposos, pues el disvalor de la acción se debe analizar respecto a la acción misma la que produce el resultado y en este caso es producido por la víctima; así claramente el Art. 146 numeral 3 del COIP. establece: El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.

⁷⁷ WELZEL Hans, “Derecho Penal Alemán, parte general”. pág. 153.



5. En sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia del Azuay, establece como violatoria del deber objetivo de cuidado un resbalón o caída, sin considerar que el mismo, tiene límites y parámetros; por lo que es lo correcto analizar si hubo un incremento al riesgo y si éste fue causa suficiente para provocar la muerte del menor.

6. Comparto la decisión emitida por la Corte Nacional de Justicia al ser clara, tanto dogmática como jurídicamente, al declararse esta acción como atípica, atribuyendo la responsabilidad a la víctima; admitiendo que en efecto, se debió observar las normas de cuidado, pero solamente aquellas que están dentro de su capacidad de previsibilidad, sin que sean estas normas de cuidado ilimitadas o infinitas. En consecuencia, fundamento mi análisis en el hecho de que el deber de cuidado no es ilimitado y tiene su propio ámbito, como los señalados en el Art. 146 del COIP. inciso tercero. Por lo que, no todo riesgo debe imputarse como responsabilidad, siendo primordial, saber si hubo un incremento del riesgo y si este fue la causa suficiente para el resultado de la muerte.

7. Al ser la muerte del adolescente José Daniel Calderón, un producto del infortunio y del riesgo que asumió la víctima al salir de los caminos debidamente señalados en el paradero “El Chorro”, desatendiendo los niveles de cuidado impartidos de forma previa por el procesado; por lo que el resultado no fue provocado por la violación de deber de cuidado, ya que al llevar a un recorrido pedagógico no infringió la ley ni tampoco desplegó una acción típica y antijurídica relevante para el derecho penal.

EXPEDIENTE: 1127-2012

ACTOR: MARCIA LUCÍA ALBARRACÍN SANISACA, LA FISCALÍA.

PROCESADO: DR. FERNANDO ORBE.

HOMICIDIO ININTENCIONAL: ARTS. 459 Y 4660 C.P.



CONJUEZA PONENTE: DRA. AÍDA PALACIOS CORONEL.

JUDICATURA: CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO PENAL,
PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.

En la ciudad de San Francisco de Quito, 30 agosto de 2013, las 08:10.

VISTOS: El Consejo de la Judicatura de Transición posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales, el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 22 de julio de 2013, integró sus seis Salas Especializadas, conforme dispone el Art. 8 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013, que sustituye el Art. 183 del Código Orgánico de la Función Judicial. Mediante Resolución No. 3, de fecha 22 de julio de 2013, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, integró la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito; y, dispuso que se mantengan los

Tribunales de casación que se habían integrado con anterioridad a la expedición de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial.

La Sala especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito tiene competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión, conforme lo disponen los Arts. 184.1 y 76.7. K) de la Constitución de la República; Arts. 184 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, Art. 349 y Arts. 184 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, Art. 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal. La presente causa por sorteo ha correspondido al Dr. Wilson Merino Sánchez, como Juez Nacional Ponente, quien ha obtenido licencia por lo que actúa en su reemplaza la Dra. Aída Palacios Coronel, Con jueza Nacional; y, los Jueces Nacionales: Dra. Ximena Vintimilla Moscoso y Dr. Paúl Iñiguez Ríos.

Al estar la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:



1. COMPETENCIA

Este Tribunal de Sala Penal, es competente para conocer y resolver los recursos de casación y revisión conforme lo disponen los Arts. 184.1 y 76.7. K) de la Constitución de la República; Arts. 184 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, Art. 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

2. VALIDEZ PROCESAL.

El recurso de casación ha sido tramitado conforme las normas procesales de los Arts. 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal; y , el Art. 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que se declara la validez del proceso al no haberse verificado la existencia de violaciones de procedimiento que puedan afectar su eficacia.

3. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.

Por denuncia presentada por la señora Marcia Lucía Albarracín Sanisaca, la Fiscalía tuvo conocimiento que el día viernes 30 de julio de 2010, a eso de las 17:15, el niño Alán Sebastián Ziña Albarracín, ingresó a la Clínica Paucarbamba de la ciudad de Cuenca para someterse a una intervención quirúrgica menor, esto es para realizarse una circuncisión, a cargo de la intervención médica estuvieron el Dr. Felipe Palacios como cirujano y el Dr. Fernando Orbe como anestésista. El Dr. Felipe Palacios, les hizo pasar a la sala de recuperación, donde se encontraba el niño y les dijo que le ayuden a reaccionar. Los médicos ingresaron al quirófano para realizar otra intervención, dejando en manos de los padres al niño, luego de estar solos unos cinco minutos llegó la Dra. Karina Serpa, cuando ésta se encontraba atendiendo al niño fue llamada por alguna autoridad de la Clínica y ordenó se traslade a realizar un cardiograma a un paciente, la Dra. Serpa respondió que se encontraba atendiendo al niño , pero le



dijeron que era urgente que haga lo que se le estaba ordenando, por lo que manifestó que ya regresaba, luego de unos minutos la denunciante notó que el niño se estaba poniendo morado, pidió auxilio a una enfermera, la misma que se acercó a verlo y fue corriendo hacia el quirófano donde estaban los médicos, quienes salieron asustados y trataron de reanimarlo, dándole aire boca a boca y luego sin conseguir que el niño vuelva a su estado normal lo llevaron al quirófano, cuando salieron de la intervención dijeron que le había dado un paro cardiorrespiratorio y que no disponían del equipo necesario para reanimar, por lo que trasladaron al niño al Hospital Vicente Corral Moscoso a cuidados intensivos, hasta que el viernes 20 de agosto de 2010, en horas de la noche, el niño falleció debido presuntamente a una mala práctica médica, donde no se han observado métodos científicos en forma adecuada, encuadrando la denunciante, la conducta de los galenos denunciados Felipe Palacios y Fernando Orbe en el delito tipificado en el Art. 459 y sancionado por el Art. 460 del Código Penal, esto es por homicidio inintencional.

Con fecha 10 de marzo de 2011, las 09:09, la señora Fiscal, Dra. Patricia Novillo Rodas, dentro de la audiencia preparatoria de juicio pide que se llame a juicio al procesado Luis Fernando Orbe Vásquez en calidad de autor del delito de homicidio inintencional, tipificado en el Art. 459 del Código Penal.

El Abg. Jaime Vintimilla Bravo, juez de Garantías Penales de Cuenca, dicta auto de llamamiento a juicio en contra del procesado Luis Fernando Orbe Vásquez, presumiéndole autor del delito tipificado en el Art. 459 del Código Penal y sancionado en el Art. 460 ibídem.

El Tribunal Tercero de Garantías Penales del Azuay, luego de desarrollada la prueba presentada por los sujetos procesales, emite sentencia en fecha 23 de mayo de 2011, a las 08:30, confirmando la inocencia del acusado Dr. Luis Fernando Orbe Vásquez. La Fiscalía General del Estado interpone recurso de nulidad y apelación de dicha



sentencia; la acusadora particular señora Marcia Lucía Albarracín Sanisaca y el procesado Luis Fernando Orbe Vásquez, presentan recurso de apelación. La Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay acepta el recurso de nulidad interpuesto por la Fiscalía General del Estado “declara la nulidad de lo actuado a partir del 2 de mayo del dos mil once (sic), a costa del Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay”.

Radicada la competencia en el Tercer tribunal de Garantías Penales del Azuay, los señores jueces temporales: Dr. Favio Palacios Duran, Dr. Julio Vintimilla Murillo y Dr. Franklin Barahona Quizhpi emiten sentencia en fecha 27 de enero de 2011; las 09:00, declarando al ciudadano Luis Fernando Orbe Vásquez, autor y responsable del delito tipificado en el Art. 459 del Código Penal y sancionado en el Art. 460 ibídem, imponiéndole la pena modificada de ocho días de prisión correccional y multa de seis dólares de los Estados Unidos de Norte América; y, se le condena el pago de daños y perjuicios en la suma de 146.688,00 dólares de los Estados Unidos de Norte América.

El procesado, interpone recurso de apelación de dicha sentencia, correspondiendo el conocimiento de la causa a la Primera sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, órgano jurisdiccional pluripersonal, que con fecha 31 de julio de 2012, las 17:00, acepta el recurso de apelación, confirmando la inocencia de Luis Fernando Orbe Vásquez, y revoca en todas sus partes la sentencia condenatoria emitida por el Tribunal Tercero de Garantías Penales del Azuay.

El Dr. Juan Carlos López, Fiscal de lo Penal del Azuay, en ejercicio de su derecho constitucional a la impugnación, previsto en el Art. 76.7. m) de la Constitución de la República, interpone de conformidad con el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal y siguientes, recurso de casación en contra de la sentencia absolutoria dictada por la Sala Primera de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.



4. ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.

4.1 DE LA FICALÍA GENERAL DEL ESTADO (recurrente)

El doctor José García Falconí, delegado del señor Fiscal General de Estado, en audiencia oral, pública y contradictoria de fundamentación del recurso de casación, señala:

El tribunal Tercero de Garantías Penales del Azuay, en fecha 27 de enero de 2011, bajo los principios de concentración, inmediación, dispositivo y contradictorio, dicta una sentencia debidamente motivada, en la que señala que existe con certeza el delito tipificado y sancionado en los Arts. 459 y 460 del Código Penal; y, la responsabilidad del acusado Luis Orbe Vásquez, como autor de este ilícito, imponiéndole la pena de ocho días de prisión correccional y multa de seis dólares de los Estados Unidos de Norte América; conforme señala el Art. 78 de la Constitución dela República, garantizando la reparación integral a favor de la víctima niño de tres años de edad, que murió como consecuencia de la operación efectuada entre otras personas por Luis Orbe Vásquez, se le condena al pago de ciento cuarenta y seis mil seiscientos ochenta y ocho dólares, teniendo en cuenta la edad de la víctima, su expectativa de vida y el salario del trabajador. De esta sentencia interpone recurso de apelación el Dr. Luis Orbe Vásquez y la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, con fecha 31 de julio de 2012 dicta una sentencia en la que se dice que existe duda sobre la existencia del delito y sobre la responsabilidad del acusado, y revoca la sentencia antes mencionada, confirmando la inocencia del procesado. De esta sentencia dentro del término interpone recurso de casación el Dr. Juan Carlos López, Fiscal del Azuay.

El recurso de casación es un recurso eminentemente técnico y extraordinario, cuyo fundamento lo tenemos en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal; es un enfrentamiento jurídico entre la sentencia, en este caso dictada por la Sala Primera de Garantías Penales de la Corte



Provincial de Justicia del Azuay y la ley. A fin examinar si la sentencia se violó la ley ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación, se debe analizar la sentencia dictada por la Sala de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, que en la parte resolutive y dispositiva dice: “que hay duda de la existencia de la infracción y hay duda de la responsabilidad del acusado”, así en la parte final, se lee: “ de la prueba que se ha aportado, la misma que esta Sala ha examinado exhaustivamente como ha quedado verificado en el considerando anterior y considera (sic) en su conjunto las reglas de la sana crítica, regulado en el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal y a la luz de la lógica jurídica, podemos concluir que de la prueba documental los informes, peritajes y testimonios que han hecho mención no se ha comprobado la existencia material de la infracción ni la responsabilidad del procesado Luis Fernando Orbe Vásquez, existiendo para la Sala una seria duda razonable sobre dicha responsabilidad...”.

El Art. 304-A del Código de Procedimiento Penal, exige la certeza de la existencia del delito y la certeza de la responsabilidad del acusado para condenar, pero la certeza dice la jurisprudencia es más allá de la duda razonable, no se observa en la sentencia que exista la duda razonable que antes señaló la Sala Primera de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.

En el capítulo quinto de la sentencia se dice: el día treinta de julio de 2010, el niño Alán Sebastián Zhiña Albarracín, de tres años de edad, en compañía de sus padres acuden hasta la Clínica Paucarbamba, previa cita con el Dr. Felipe Palacios Guerrero y acuerdan efectuar una cirugía ambulatoria de circuncisión en el niño, por presentar un prepucio redundante y testículos retractiles, es así que ese día a eso de las 07:00, ingresa el niño al quirófano, este es el primer elemento de prueba. Sin que haya realizado previamente los exámenes de hemograma ni de hemostasis no examen neurológico, segundo elemento de prueba. Tampoco se contó con el consentimiento escrito y firmado por los padres,



ingresando a la sala de cirugía el anestesista Dr. Luis Orbe Vásquez. Teniendo dicha intervención una duración aproximada de treinta minutos, para luego ser trasladado por la enfermera Lourdes Chimbo a la sala de recuperación, solicitándoles a los padres que ingresen con la médico residente Dra., Karina Serpa donde estaba el niño, esta doctora deja solos a los padres ya que tenía otra cirugía y a los cinco o seis minutos los padres comunican que el niño no tenía signos vitales normales, encontrándose cianótico y con los labios morados, llegando apresuradamente el procesado Dr. Luis Orbe Vásquez a darle reanimación mediante respiración boca a boca, pidiendo ayuda a otros profesionales. El niño es trasladado al Hospital Regional Vicente Corral Moscoso, en donde es tratado por el Dr. Arturo Quizhpi, quien manifiesta a los padres que había fallecido, a los veinte días de realizada la cirugía. Hay un nuevo elemento de prueba, la Dra. Serpa, le tomó el pulso y le deja con una mascarilla, para después de cinco minutos dejarle solo, los padres se asustaron al ver a su hijo con los labios morados y el Dr. Orbe sale de otra operación para matar, así dice el testimonio de los padres, pues le aprieta fuertemente los pulmones y los destroza, le da respiración boca a boca no había aparatos de reanimación dentro de la sala de recuperación, diciéndoles que el niño había tenido una reacción alérgica a la anestesia, cuando estuvieron en el hospital el Dr. Arias dijo que el niño había sufrido algo al cerebro y que iba a morir.

La historia clínica es fundamental para establecer la responsabilidad por mala práctica médica, eso dice todos los tratados y todas las doctrinas y todas las jurisprudencias que se han leído. El Dr. Gabriel Tenorio Salazar, médico legista, señala que ha revisado en la historia clínica del niño Alán, no encontró el consentimiento firmado por los padres, así como visita pre anestésica, que efectivamente el niño luego de la operación no fue llevado en camilla, sino en brazos de la enfermera, dejando al niño abandonado al cuidado del personal de la Clínica y a cargo de sus padres; en la sala de recuperación no existen los aparatos necesarios



para dar respiración asistida y por eso el médico anestesista se vio obligado a dar respiración de boca a boca.

El Art. 54 de la Constitución de la República, señala en su inciso segundo que las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas. Una de las principales características del Estado constitucional de derechos y justicia, es la responsabilidad, todos los profesionales, más aún los médicos, las personas que están a cargo de la vida de la persona.

El Tribunal de Garantías Penales dice que el Dr. Luis Orbe es autor del delito de homicidio inintencional. Obviamente hubo falta de previsión por parte del Dr. Orbe, o de precaución, pero sin intención de atentar contra otro. Y el Art. 460 ibídem castiga el homicidio inintencional con prisión de tres meses a seis años, y es justamente la pena que se impuso por parte del Tribunal de Garantías Penales del Azuay, luego por las atenuantes se rebajó la pena por ocho días y multa de treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Es fundamental dentro de un Estado constitucional de derechos y de justicia no dejar en la impunidad esta clase de delitos, la Fiscalía General del Estado está siendo muy observadora en estos casos, se está consciente que existe dentro de la responsabilidad médica la “lex artis”, concepto jurídico que se relaciona con la obligación del médico de atender a sus pacientes de acuerdo con las reglas de “lex artis” y con la correcta indicación médica; el médico tiene la protección del Estado sin duda alguna, en el ejercicio de su profesión como una actividad lícita, siempre que se ajuste a la “lex artis”, a la indicación médica que cumpla con el deber objetivo de cuidado t que no exponga a su paciente a riesgos injustificados.

En el presente caso, La Fiscalía General del Estado considera que el Dr. Luis Orbe Vásquez, omitió el deber de cuidado que tenía con el niño de



tres años, cuyo resultado fue la muerte y la relación de causalidad entre la falta de cuidado que no observó el Dr. Luis Orbe Vásquez en relación al niño; se considera que se cometió el delito tipificado y sancionado en los Arts. 459 y 460 del Código Penal ; y la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, realizó una indebida aplicación de los artículos 304-A y 86 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que la sana crítica, las reglas de la experiencia y todos los elementos de prueba que ya se manifestaron dieron como resultado, sin la mayor duda y más allá de la duda razonable de que se cometió el delito tipificado y sancionado en los artículos 459 y 460 del Código Penal.

Solicita se case la sentencia y se condene al señor Dr. Luis Orbe Vásquez como autor del delito tipificado en el Art. 459 y sancionado en el Art. 460 ibídem, imponiéndole la pena correspondiente, tal como lo hizo el Tribunal de Garantías Penales del Azuay, en su sentencia dictada el 27 de enero de 2011.

En la réplica el delegado del señor Fiscal General del Estado, se refiere nuevamente al contenido del Art. 54 de la Constitución de la República y a que en la mala práctica médica es fundamental analizar la historia clínica; que se encuentran justificados los tres requisitos fundamentales para la existan los delitos de imprudencia: Violación del derecho objetivo de cuidado, que no lo tuvo el Dr. Luis Orbe Vásquez. 2. El resultado lesivo, la muerte del niño Alán Zhiña. 3. Relación de causalidad, entre la falta de deber de cuidado y la muerte del niño de tres años. La sociedad ecuatoriana está alarmada con la mala práctica médica, no se debe dejar en la impunidad esta clase de delitos, no se debe olvidar que el examen anterior a una operación es fundamental y esto sabe muy bien el Dr. Luis Orbe Vásquez.



4.2. DEL PROCESADO LUIS FERNANDO ORBE VÁSQUEZ (no recurrente).

El Dr. Luis Fernando Orbe Vásquez, con el patrocinio técnico del Dr. Ítalo Palacios, en lo principal, manifiesta:

El Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, es sumamente claro, explícito y contundente, al señalar los términos del recurso de casación y en la forma cómo se debe realizar, y el inciso segundo prohíbe taxativamente analizar las pruebas.

El 30 de julio de 2010, previa citas anteriores los padres del niño Alán Zhiña Albarracín, visitaron a un médico cirujano pediatra de la ciudad de Cuenca, el Dr. Palacios Guerrero, después de dos o tres citas previo exámenes considera que el niño tenía un prepucio redundante y testículos retractiles, y resuelve practicarle una cirugía ambulatoria, que consistía en realizarle una circuncisión al niño, en esta circunstancias quien domina y dirige el hecho es el Dr. Felipe Palacios Guerrero, que resuelve y arma el equipo de cirugía, el anestesiólogo es el Dr. Orbe Vásquez, la Dra. Paola Vera coadyuva con el médico cirujano como instrumentista y la Lcda. Lourdes Chimbo como auxiliar asistente es este equipo. Se requiere para una cirugía ambulatoria, simplemente un examen de hemostasia en ayunas y cuatro horas antes, eso decía el Dr. Gabriel Tenorio, y así consta en la sentencia. Se utiliza el anestésico denominado Sevorol, que es el mejor anestésico a nivel mundial y estadísticamente así se la determinado porque luego de una cirugía de tres o cuatro minutos se despierta una persona, se termina la cirugía consta en la historia clínica, se despierta el niño.

Es obvio que a un niño no se lo pone en una camilla, se lo lleva en brazos con una frazada como lo señala el Ministerio de Salud Pública, ahora se practica mucho el método canguro, porque es esencial palpar a los niños. Alán Zhiña, es llevado a la sala de recuperación (así se dice en



sentencia que se analiza) y es auscultado por la médico residente Karina Serpa, quien dice que el niño está con signos vitales normales junto con sus padres, por orden de algún director de la clínica la Dra. Serpa abandona al niño por cinco o seis minutos, para tomar un electrocardiograma en la sala de recuperación, y regresa, por tanto el abandono no se realiza por el Dr. Orbe, regresa el doctor y observa al niño sin la máscara de oxígeno con “Apples” colocados en sus oídos, oyendo música y cianótico. En la sentencia se establece que la madre sacó al niño la máscara de oxígeno y su padre le puso el “Apple” para que escuche música.

En sentencia, la Sala ha dicho, que es importante analizar a luz de la sana crítica y de la realidad procesal el testimonio del Dr. Gabriel Tenorio Salazar, quien dice algo esencial y que se encuentra en el punto B3 de la sentencia, que la hipertermia maligna que motivó la causa de muerte del niño puede ser causada por la anestesia, a veces sucede el fallecimiento por fallas del cuerpo humano y no de quien lo administra y que el acto anestésico propiamente dicho estaba correcto; y, dice que la complicación se presentó en el post-operatorio, unos cuarenta y cinco minutos después de la cirugía y que el médico residente está capacitado para cuidar un recién operado. La sentencia en el punto B4 se refiere al testimonio de la médica residente, quien indica que el niño estaba despierto, que auscultó y estaba con los signos vitales, que abandona al niño por cinco o seis minutos; entonces la Dra., Serpa tenía el dominio del niño, de quien nada dijo la Fiscal. No es como dice el padre del niño, que el Dr. Orbe salió a darle respiración boca a boca y le rompió los pulmones, no hay un protocolo de autopsia que diga eso, quizás el dolor, la pasión de esa familia, les hizo decir eso, de esto no hay ni qué opinar, porque no existe dentro de este proceso, pues se dijo que la causa de la muerte es: paro cardo-respiratorio, por hipertermia maligna.

En la audiencia del juicio se decía que el único medicamento para prevenir una hipertermia maligna o una reacción al anestésico se llama



“Dantrolene”, que no existe en el Ecuador. Todo ser humano que recibe anestesia puede tener estas consecuencias, nada en medicina es matemático, siempre existe riesgo, el riesgo permitido que maneja la doctrina.

Una indebida aplicación del Art. 304-A del Código Penal no existe, porque en la sentencia la Sala Primera de la Corte Provincial de Justicia del Azuay para llegar objetivamente a la conclusión, analiza la impericia y la negligencia por falta de previsión y precaución, que quien tenía la responsabilidad del hecho de la recuperación es Karina Serpa. Existe dudas razonable de por qué fue retirara la máscara de oxígeno por parte de la madre, por qué manipularon al niño poniéndole música en los oídos.

La Fiscalía General del Estado, habla de imprudencia, negligencia, impericia, pero está frente a un médico anesthesiólogo especializado en el extranjero, frente a un profesional que tomó todas las previsiones, precauciones y por eso fue un éxito la cirugía, por eso el niño salió vivo y estuvo vivo.

No se ha fundamentado conforme a derecho el recurso de casación, por lo que solicita se rechace el recurso de casación confirmando la inocencia del procesado.

En uso del derecho a ser escuchado el Dr. Luis Fernando Orbe Vásquez, al dirigirse al Tribunal de Casación, indica: “... vengo practicando la anestesia durante veinte años en Cuenca... mi especialidad lo hice en Argentina y gracias a Dios he tenido la satisfacción de ayudar a muchísima gente. En este caso, en contradicción con lo que dice el señor Fiscal, lo hice como se dice vulgarmente con los cinco sentidos, porque al paciente se lo tratado como ser humano y eso se ha hecho en un record operatorio de unas dieciocho mil anestесias, nunca he tenido absolutamente nada y no creo tenerlo es este caso,... se hizo los exámenes, hubo visitas por dos o tres ocasiones al niño, se da las



indicaciones, porque es un niño pequeño de tres años, viene con la mamá, ella es quien nos entrega en el quirófano, porque los niños lloran, no son como los adultos que se les hace canalizar y se les baja por camilla. El niño viene por ser cirugía ambulatoria, ingresa al quirófano en brazos y nos entregan, que más consentimiento informado que pedirle a la señora madre y decirle ¿si el niño no tiene una alergia? ¿El niño está en ayuno? ¿Si en cuatro horas no ingerido nada? ¿No ha padecido alguna enfermedad? ¿No ha sido operado antes?, esto es una visita pre anestésico que se hace al niño porque es una cirugía ambulatoria. El procedimiento anestésico y quirúrgico-anestésico fue de lo más regular, normal, al salir terminado la anestesia, normalmente nosotros tenemos la precaución, todo paciente excepto en ciertas circunstancias que están con mucho riesgo, se despiertan y salen despiertos del quirófano, eso lo hacemos desde hace muchos años y con las técnicas que he aprendido no solo aquí sino en el extranjero me ha ido muy bien. Los niños salen llorando y como le decía a la enfermera, cuando el niño llora hay recuperación. Dicen que el niño no iba en camilla, a un niño chiquito indudablemente es mejor llevarle en mano, envuelto en la manta, porque la hipotermia después de un proceso anestésico es grave, por eso, se lleva en brazos al niño, no por falta de camillas, no por falta de instrumentos, sino porque es mejor; los niños toman a veces reacciones y se caen de las camillas, esto es dar un cuidado que se merecen, no tratarle a una persona mal. Al llevarle a la sala de recuperación, la médico residente viene y sigue el procedimiento, porque hasta ahí está mi procedimiento, si en caso que no existiera médico residente o un médico que se quede a cargo de cualquier paciente no solo del niño, tendría que yo estar ahí. En este caso, el médico residente viene, se hace cargo, la ausculta y manifiesta en la historia clínica que el paciente, el niño, está despierto, con signos normales, estables, con una coloración rosácea, normal, como consta en la historia clínica, obviamente al dejar en manos del médico residente, al cuidado post-operatorio, paciente despierto, yo no sé qué es lo que le pongan después un Apple en los oídos, que le saquen la mascarilla, eso está fuera de mi alcance, yo cumplí con mi



deber, de cuidado de precaución y sobre todo con los anestésicos que se utilizan en el mundo, no solo en Cuenca, porque gracias a Dios me he preparado para eso y utilizamos lo mejor, lo que se utiliza en el mundo. Ahora indudablemente como se dice la hipertermia maligna es una entidad que es impredecible, no podemos realizar estudios para los anestésicos, no existen en el mundo, lo que prácticamente se hace es el diagnóstico por descarte, no hay procedimiento alguno en el mundo que pueda predecir que por el anestésico se pueda tener una reacción como es la hipertermia maligna, esto en cualquier parte del universo, lo que se hace es justamente utilizar lo que mejor tenemos y así se lo ha hecho, indudablemente que los acasos y las personas no respondemos de la misma manera y cada persona es mundo, cada persona reacciona de diferente manera y eso tampoco está en mis manos, por más médico que sea, por más preparado que sea, por más actualizado que sea. Quiero decir al Tribunal que yo he hecho toda mi vida anestesia, lo hecho en muchos casos, tengo un record operatorio amplio en la ciudad mía, reconocen de la responsabilidad que tengo para todos mis pacientes, en este caso no creo tener yo responsabilidad”.

5. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL.

5.1. CONCEPCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

El recurso de casación tiene el carácter de especial, se limita únicamente al examen de la sentencia para determinar los errores de derecho, que no pueden ser otros que los dispuestos en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, sin que sea pertinente realizar una nueva valoración de la prueba. Mediante este recurso vertical, los sujetos procesales pueden impugnar las sentencias de los tribunales de instancia, para que la Corte Nacional de Justicia, mediante sus diferentes Salas, enmiende los errores de derecho que los juzgadores hubieren cometido en ellas, al momento de aplicar las normas jurídicas, al caso concreto.



“La casación es un recurso limitado. Permite únicamente el control in iure. Eso significa que la situación de hecho fijada en las sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión material o formal...” Su contenido principal supone que la impugnación va dirigida a revisar la aplicación de la ley a unos hechos que el Tribunal de Instancia ha declarado probados y que el recurrente no intenta modificar sino discutir respecto de la aplicación que de la ley ha ejecutado el juzgador.

Este recurso se encuentra garantizado en el Art. 76.7 m) de la Constitución de la República, Arts. 2.3.a), 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Art. 8.2h) de la Convención Americana de Derechos Humanos y está regulado en los Arts. 349 a 358 del Código de Procedimiento Penal.

5.2. DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO Y LAS VULNERACIONES DE DERECHO INVOCADAS POR LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

La Fiscalía General del estado reproduce las diligencias practicadas en la audiencia del juicio, alegación que se orienta a una revaloración del acervo probatorio practicado ante el Tribunal de Garantías Penales. En este recurso ya no se discuten los hechos, toda vez que la esencia de la casación es identificar los errores de derecho en la sentencia impugnada, esto es evidenciar el yerro del juzgador expresado en la sentencia impugnada. La valoración de la prueba, es una de las actividades que realiza el juzgador de Instancia, el Tribunal de Casación, no puede realizar una nueva valoración de la prueba que se practicó en la audiencia de juicio ante el juzgador de Instancia, puesto que a éste le correspondió ésta función por haber aplicado los principios de inmediación y contradicción; por lo tanto no se puede aportar prueba, ni valorar la prueba que ya fue presentada en la audiencia del juicio ante el tribunal de instancia, resultando esta fundamentación impertinente en casación y no cumple con el fin de enervar el valor de la sentencia impugnada.



Como se ha precisado ut supra, la casación, como recurso extraordinario procede únicamente por las causales que se encuentran taxativamente previstas en el Art. 439 del Código de Procedimiento Penal: "..., cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por erróneas interpretación", siendo deber del impugnante plantear una fundamentación lógica y jurídica que lleve al Tribunal de casación a la certeza de que la sentencia recurrida pueda estar afectada de una de las causales de casación.

El recurrente, se refiere al inciso segundo del Art. 54 de la Constitución de la República³, al respecto es necesario indicar que la casación es un recurso orientado a establecer el error de derecho en la sentencia, lo que significa que el recurrente no solo debe enumerar las reglas constitucionales, sustantivas o adjetivas penales que presuntamente el juzgador de instancia ha violentado en la sentencia; de conformidad con el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal debe precisarse la forma en que se ha violentado la ley en sentencia. Exigencia que en la especie no ha sido cumplida por la Fiscalía general del Estado, que se ha limitado a enumerar uno de los derechos de las personas usuarias y consumidoras, cuestión que si bien es importante no se ha explicado su pertinencia en el caso, puesto que no ha sido inobservada por el juzgador.

En casación no se trata de discutir la ratio decidendi de la sentencia recurrida, sino que se demuestre un error atribuible a los juzgadores de instancia que tengan aptitud para casar una sentencia y debe evitar enfrentar su propio y particular criterio interpretativo con el criterio del organismo judicial de instancia, que profirió la sentencia objeto de la censura de casación\$. En este caso, el recurrente lee gran parte del Considerando noveno de la sentencia impugnada, sin definir un error de derecho atribuible a los juzgadores de instancia, conforme lo dispone el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, tomándose la alegación incongruente, pues no basta el señalamiento del segmento de la



sentencia que se impugna, sino el error cometido por el juez en el mismo, elemento que inexistente para sostener el recurso de casación.

Precisamente del segmento de la sentencia citado por la Fiscalía General del Estado: “ de la prueba que se ha aportado, la misma que esta Sala ha examinado exhaustivamente como ha quedado verificado en el considerando anterior y considera (sic) en su conjunto las reglas de la sana crítica, regulado en el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal y a la luz de la lógica jurídica, podemos concluir que de la prueba documental los informes, peritajes y testimonios que han hecho mención no se ha comprobado la existencia material de la infracción ni la responsabilidad del procesado Luis Fernando Orbe Vásquez, existiendo para la Sala una seria duda razonable sobre dicha responsabilidad...”, se establece que no se ha comprobado la existencia del delito, y por tanto no puede existir duda razonable. Si bien la conclusión a la que llega el tribunal de instancia, se convierte en una falacia, esto no afecta la integridad del proceso, toda vez que al no existir delito sería innecesario discutir respecto a la responsabilidad penal del procesado sobre un hecho que no reviste carácter de ilicitud, aunque de manera errónea se argumente una presunta duda razonable, que en la especie no existe; consecuentemente el estado de inocencia del ciudadano Luis Fernando Orbe Vásquez, se mantuvo incólume al no existir el elemento objetivo, esto es la comprobación conforme a derecho de la existencia del delito.

Se indica que, según el testimonio de los padres, el procesado aprieta fuertemente los pulmones del niño y los destroza, le da respiración boca a boca porque no había aparatos de reanimación dentro de la sala de recuperación. El principio de objetividad obliga a la Fiscalía a obtener pruebas de cargo y de descargo, si la Fiscalía pretende sostener una acusación por el delito de homicidio, los Arts. 99 Y 100 del Código de Procedimiento Penal 5, establecen el procedimiento para la práctica de actos de investigación que luego pueden ser utilizados como prueba material documental, testimonial, que permitan sostener la existencia del delito y la participación del procesado, requisitos que han sido soslayados



por la Fiscal actuante en la investigación y que podían haber perjudicado en la averiguación de la verdad.

Tratándose de delitos de acción pública corresponde a la Fiscalía General del estado en cumplimiento de lo que mandan los Arts. 195 y 76.2 de la Constitución de la República enervar el principio de inocencia previsto en el Art.76.2 de la Constitución de la República y Art. 11.1 de La Declaración Universal de Derechos Humanos, a través de la actividad probatoria del titular de la acción penal pública, observándose una indebida actuación de la Fiscal del Azuay, en vista que no realizó una investigación idónea que permita asegurar medios probatorios para sustentar una acusación adecuada y eficaz, en un Estado constitucional de derechos y justicia que está regido por, las reglas del debido proceso en que se configuran los derechos del procesado y de la pretensa víctima.

También señala el recurrente que la Primera Sala de lo Penal de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia del Azuay realizó una indebida aplicación de los Arts. 304-A y 86 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que la sana crítica, las reglas de la experiencia y todos los elementos de prueba dieron como resultado, sin la menor duda y más allá de la duda razonable, de que se cometió el delito tipificado en los Arts. 459 y 460 del Código Penal, centrándose la fundamentación para acreditar estas violaciones en que el Art. 21 del Código Orgánico de la Función Judicial, señala de manera textual que el objetivo de las sentencias que dicta el nuevo ordenamiento jurídico en el país es buscar la paz social y no dejar en la impunidad estos delitos. Con esta alegación no se acredita en qué sentido se produce la indebida aplicación de las normas que han sido invocadas como violadas, lo que constituye una mera enunciación.

La valoración de la prueba, realizada por el tribunal de apelación es racional, lógico, en virtud de que existe coherencia entre los hechos y el derecho aplicado, siendo por tanto, la conclusión a la que llega el tribunal, respecto a la inexistencia del delito, suficiente para que no se analice la



responsabilidad sobre un hecho que no tiene caracteres de ilicitud, sin que sea por tanto atribuible a persona alguna.

En la especie, no se define un error de derecho imputable a los juzgadores de instancia que afecte los resultados de la sentencia.

6. RESOLUCIÓN.

Por lo expuesto, este Tribunal de Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, al tenor de lo establecido en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad, se declara improcedente el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía General del estado. Devuélvase el proceso al Tribunal que dictó el fallo recurrido, para los fines de ley. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

3.5.2. Análisis Crítico, caso Albarracín Sanisaca Marcia Lucía, Fiscalía, contra Orbe Fernando.

En el proceso penal por el delito de Homicidio Inintencional, que se siguió en contra de Luis Fernando Orbe, realizo el siguiente análisis:

- De la prueba aportada se desprende la omisión de análisis básicos para una intervención quirúrgica como son: el hemograma y hemostasia y examen neurológico; así como no se contó con el consentimiento escrito de los padres, siendo este documento primordial en cualquier centro de la salud para la realización de una cirugía. Desde ese momento se da la inobservancia a las leyes, reglamentos y protocolos que exige la ley, con el fin de salvaguardar el bien jurídico del menor, que en este caso es la vida.



- La Doctora Karina Serpa, sale con el menor en abrazos, luego de la operación, siendo según higiene médica, que el menor salga en una camilla, pues esta se considera esterilizada apropiada para una correcta recuperación.
- Se remite al menor al Hospital Vicente Corral Moscoso, pues la Clínica Paucarbamba no contaba con los equipos médicos necesarios para contrarrestar el paro respiratorio, mismo que al ser ingresado, no contaba con ficha médica remita por la Clínica; omitiendo nuevamente el debido cuidado para con el menor.
- Los resultados de esta mala práctica médica condujo a declararlo culpable al Doctor Fernando Orbe, mediante sentencia de fecha 27 de enero del 2011, por el Tribunal III de Garantías Penales del Azuay, por el delito tipificado en el Art. 459 y sancionado en base del 460 del Código Penal, así como a la reparación integral a favor de la madre del menor Marcia Lucia Albarracín Sanisaca.
- El tipo objetivo de los delitos culposos, exige la presencia de dos elementos: a) La violación al deber objetivo de cuidado, plasmado en normas jurídicas, de experiencia, arte, ciencia y profesión, destinadas a orientar diligentemente el comportamiento de cada individuo; b) La producción del resultado típico imputable objetivamente al autor por haber incrementado un riesgo jurídicamente relevante que se ha materializado en el resultado del lesivo del bien jurídico. Concepto que se aplica directamente al Dr. Orbe encajando su conducta en el tipo penal de Homicidio Inintencional.
- El Dr. Orbe no utiliza los medios necesarios con el objetivo de evitar la realización típica, provocando con su actuar negligente e imprudente, la muerte del menor.



- Nuestro Estado Constitucional, otorga protección al ejercicio profesional lícito, pero también establece reglas, leyes, manuales, ordenamientos a los cuales se debe regir de acuerdo a cada rama profesional. En este caso el médico omite protocolos y las denominadas “lex artis”, descuidando la obligación de atender a su paciente y otorgarle la correcta indicación médica posquirúrgica con el fin de no provocarle riesgos injustificados, mismos que no suceden en este caso y provocan la muerte del menor, cometiendo así el delito tipificado en el Art. 459 y 460 del Código Penal.
- El Art. 54 de la Constitución de la República, señala en el inciso segundo que las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas. Una de las principales características del Estado constitucional de derechos y justicia, es la responsabilidad de todos los profesionales; más aún los médicos, por ser ellos que tienen bajo su cargo de la vida de las personas.
- A mi criterio personal, no se debió dar paso al Recurso de Casación, presentado por el Dr. Orbe, pues como es de conocimiento público, el Recurso de Casación se lo plantea contra una decisión, en última instancia elevado ante la Corte Nacional de Justicia y fundado en la violación de la ley, en el exceso de poder, en la incompetencia, en la inobservancia de las formas, en la falta de fundamentación legal, en la contrariedad de fallos o en la falta de fundamento jurídico. Por lo que, una vez establecida la sentencia del Tribunal Penal y el fallo emitido por la Corte Provincial del Azuay, en ningún momento se ha dado la violación de leyes. Por el contrario, se ha demostrado la negligencia, imprudencia, falta de debido cuidado con la que opera el Dr. Orbe, cuyo resultado fue la muerte del menor, debido a la falta de



cuidado que no la observó, esclareciéndose de esta manera, el delito tipificado y sancionado en los Arts. 459 y 460 del anterior Código Penal, mismo que guarda relación con el actual Código Orgánico Integral Penal, que establece en su Art. 146: *“La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.”*, viabilizándose esta violación que deberá incurrir en requisitos fundamentales para que se configure este delito y que son:

1. Violación del derecho objetivo de cuidado, que no tuvo el Dr. Luis Orbe.
2. El resultado lesivo, la muerte del niño Alan Zhiña.
3. Relación de causalidad, entre la falta de deber de cuidado y la muerte del menor.

Por lo que el doctor Orbe, incurre en todos los requisitos antes mencionados lo que ocasionó la muerte, por infracción, al deber de cuidado.



CONCLUSIONES

La presente investigación realizada, ha permitido el surgimiento de argumentos e inquietudes, que en lo personal me han clarificado el justo y acertado rol que cumple, dentro del sistema legal, “**El Deber Objetivo de Cuidado**”, motivo del presente trabajo. Tema que demanda permanentes innovaciones, si consideramos el obvio e ineludible adelanto que rige el espíritu de la sociedad. En este concierto son las actividades que demandan mayores riesgos las que, de un modo u otro, afectan y lesionan bienes jurídicos protegidos por el Estado y concomitantemente la necesidad de aplicar acertadamente el Deber de Cuidado.

Bajo esta consideración, apéndice de lo estudiado, me permito plantear las siguientes conclusiones:

1. Precisa entender que, en la mayoría de casos hay una pretensión por crear una relación subsidiaria entre el dolo y la culpa, al establecer resultados lesivos de un bien jurídico que a falta de dolo será culposo. Creo haber establecido claramente aspectos por los que estamos frente a un delito culposo, contraponiéndolo radicalmente al dolo, que obviamente denotan ser dos elementos de la culpabilidad, totalmente diferentes.

En la actualidad, pese a estudiarse la culpa como parte de la acción típica o delito culposo, la doctrina considera que no es necesario llegar a un juicio de culpabilidad para concluir si un delito es culposo o no.

Centrada ya en esta idea, considero que en el caso de dolo no se aprecia la culpa, pues opera una subsunción del hecho con la norma, en tanto que, si falta dolo puede darse el caso de hallarnos frente a la culpa; pero, siempre y cuando cumpla con los requisitos necesarios de admisión de la misma, cuya aplicación, cuando se produce la acción, infringe la norma de cuidado.



No se pueden soslayar los inmanentes e inminentes riesgos intrínsecos al convivir social, que han provocado el imperativo de un mayor cuidado, la exigencia social del deber objetivo de cuidado, los factores de prevención, como también la seguridad a emplearse en proporcionalidad: a mayor riesgo, mayores exigencias.

2. Como bien se conoce: el Deber de Cuidado, es un conjunto de reglas a ser observadas por el agente, mientras desarrolla una actividad concreta a título de profesión, ocupación o industria, elemental y ostensible en cada caso, indicador de pericia, destreza o prudencia. Por lo tanto toda acción contraria a este deber de diligencia produciría una lesión o infracción al deber objetivo de cuidado. Lo que pretendo con esta investigación es determinar si objetivamente el autor observó todas estas medidas de cuidado necesario, caso en el que, la acción sería atípica.
3. Si se incumple el mandato objetivo de cuidado habrá de considerar para efectos de reproche. En caso concreto el autor podía evitar el daño, pues hay que considerar que existe un deber jurídico de evitar la lesión de bienes que nuestro ordenamiento jurídico protege y, que ese deber es una consecuencia de vivir en sociedad; sociedad que impone determinadas restricciones y la observancia de cuidado debido en las diferentes actividades.
4. La delimitación de este deber jurídico y la indiscutible certeza de que existen riesgos socialmente permitidos que tornan atípica la conducta porque no se puede considerar como disvaliosa una acción socialmente adecuada, por lo que es preciso configurar una estructura para determinar el deber objetivo de cuidado; pues a mayor nivel intelectual y de conocimientos, mayor será la exigencia. El riesgo permitido, determina la sociedad que es la que juzga si el cumplimiento de dichas acciones peligrosas son



permitidas con el objetivo de bienestar y progreso. Ejemplo: el tránsito vehicular, el manejo de tóxicos para la energía nuclear, entre otros.

5. Cuando se infringe el deber objetivo de cuidado se incumple exigencias sociales de diligencia adecuada y no bastará que el acto produzca un resultado, sino que esta acción se encuentre como infracción en el ordenamiento jurídico,
6. La Legislación internacional nos permite conocer cuan adelantado se encuentra el campo jurídico con respecto de la infracción del deber objetivo de cuidado, la manera de su regulación y el planteamiento de parámetros concretos para su sanción, tomando en consideración la responsabilidad del autor, así como el daño que produjo al bien jurídico protegido.
7. Finalmente, los Fallos emitidos, analizados por la Corte Nacional de Justicia, contienen lagunas por la falta de fundamentación en sus motivaciones; así como la consideración de las resoluciones dictadas en primera y segunda instancia, donde se hace constar la falta de conocimiento y la desactualización en los temas que aborda la lesión al deber de cuidado, impulsando enfáticamente Doctrinas y Jurisprudencia nacional que nos permita determinar cuándo nos encontramos frente a una infracción del deber de cuidado.



RECOMENDACIONES.

Al finalizar la presente monografía , en reflexión personal, considero necesario realizar algunas recomendaciones que anhelo sean consideradas de manera especial por operadores y auxiliares de Justicia, como también por el público en general, de forma que puedan contar con elementos de juicio suficientes, claros y pertinentes, para establecer cuando una lesión al deber objetivo de cuidado debe acarrear responsabilidad penal, así como la imposición de una sanción proporcional al autor del delito culposo, de acuerdo con nuestra normativa penal.

1. Considero la existencia de ciertas actividades complejas de gran responsabilidad, como es el campo médico.

La infracción al deber objetivo de cuidado, en este campo y actividad profesional, en relación al riesgo no permitido, creo personalmente que a más de la reglamentación determinadas en el COIP, las leyes especiales y reglamentos propios de su rama, se deberá previamente contar con el dictamen o pericia forense especializada acorde a la materia; con el auxilio de peritos de reconocido prestigio, altamente capacitados con conocimientos y probidad, adicionados al criterio de Jueces de Garantías Penales conocedores de las diferencias y estructuras de la culpa, dotados de un criterio consciente de lo que debemos entender por deber de cuidado, que declaren la inocencia del autor, cuando el resultado lesivo del bien jurídico protegido, se deba a la autorresponsabilidad de la víctima.

2. Claro es que el Arts. 27 y 146 del COIP., proporcionan parámetros a los que debemos regirnos, para saber cuándo una acción se convierte en un delito culposo por la infracción del deber objetivo de cuidado, pero no nos remite ni nos otorga una definición precisa



de lo que por el tema entendemos, dando paso a vacíos legales y a una explicación errónea, en especial del inciso tercero del Art. 143 que establece : “La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión”, por parte de abogados.

Estimo que debería determinarse qué acciones están consideradas dentro de “lex artis” en función de las distintas ramas profesionales, así también, la inobservancia de reglamentos y protocolos, siempre y cuando ésta busque salvar o proteger un bien jurídico, determinando la responsabilidad penal del autor.

3. En referencia a los Fallos emitidos por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, se debería tener en cuenta, la doctrina de la “Imputación Objetiva de la Víctima”, pues actualmente se menoscaba el derecho que tiene el presunto autor de un delito culposo, a obtener un criterio a su favor, al ser tomado el resultado sin analizar la responsabilidad que tuvo la víctima, para que se lesione su bien protegido y puesto a consideración únicamente por parte de los Jueces, que les está dado actuar con prudencia y sin que ocasione en sí, responsabilidad penal.
4. Finalmente, es mi aspiración y desearía que la normativa en cuando al Deber Objetivo de Cuidado y su infracción sea ampliamente conocida por profesionales del derecho a fin de que puedan actuar en función de las leyes, reglamentos, protocolos, lex artis y no incurran en un delito culposo al hallarse sancionado por el mismo; se analice la participación que tuvo y obtenga una sentencia favorable, en caso de que ese resultado lesivo, sea como consecuencia de una responsabilidad de la víctima o de un tercero.



BIBLIOGRAFÍA.

Libros.

- **ÁLVAREZ QUICENO, Fernando** “Valoración Judicial de las Pruebas, (Compilación y extractos)”. Editora Jurídica de Colombia. 2008.
- **BUSTOS RAMIREZ Juan**, Manual de Derecho Penal, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1991.
- **CARRARA, Francisco**, "Derecho Penal", Editorial Harla. Primera edición México, 1997
- **CABANELLAS, Guillermo:** "Diccionario Jurídico Elemental". Editorial Heliasta de Caracas. Edición de 1.998.
- **CLAUS, Roxin** “Derecho Procesal Penal”, Editoriales del Puerto, 2000.
- **CLAUS ROXIN, GUNTHER ARTZ Y CLAUS TIEDEMAN**, en “INTRODUCCION AL DERECHO PENAL Y AL DERECHO PENAL PROCESAL”, Versión española, notas y comentarios de los profesores: Luis Arroyo Zapatero y Juan Luis Gómez Colomer, colección: ARIAL DERECHO, Editorial ARIEL S.A., páginas 121 y 122, Barcelona, 1989.
- **MANUEL CANCIO Meliá**, “Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal”, Editorial. José M. Bosch, 1998.



- **CAÑAR Lojano, Lui**, Comentario al “Código Penal de la República del Ecuador” Imprenta Rocafuerte, 2005.
- **COELLAR Espinoza, Max.** “Derecho de Personas”. Universidad de Cuenca. Cuenca – Ecuador. 1992.
- **CORCOY BIDASOLO,** “El Delito Imprudente”. Criterios de imputación del resultado. Edit. PPU. Barcelona. 1989.
- **DONNA, Alberto Edgardo,** “Derecho Penal”. Rubinzal – Culzoni, 2009.
- **GÜNTHER, JAKOBS.** La imputación objetiva en el Derecho Penal. Traducción de Manuel Cancio Melía. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de investigación en Filosofía y Derecho, 1998, pág. 30.
- **INSTITUTO PERUANO DE CIENCIAS PENALES,** Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penal N° 1, editorial Grijley, Lima, 2000.
- **JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis,** “Principios de Derecho Penal”. La Ley y el Delito, Editorial. Sudamericana, Buenos Aires, 1990.
- **JIMENEZ DE ASÚA, Luis** “Crónicas del Derecho Penal en Hispanoamérica”, Estudios Clásicos del Derecho Penal, 2001.
- **LARREA Holguín, Juan.** “Código Civil con Jurisprudencia, Legislación Conexa”, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 2002.



- **ROMERO CASABONA Carlos María**, “El médico ante el Derecho, Ministerio de Sanidad y Consumo”, Madrid, 1990.
- **ROMERO FLORES, Beatriz**, “La Imputación Objetiva de Delitos Imprudentes”, Murcia, España, 2001.
- **TERRAGNI, Marco Antonio**, “El Delito Culposo en la Praxis Médica” Rubinzal –Culzoni, 2009.
- **TOBÍAS, Jorge**. “Fin de la Existencia de las Personas Físicas”. Editorial Astrea. Buenos Aires- Argentina. 1.998.
- **WELZEL Hans**, “Derecho Penal Alemán”, Parte General. Edición, 11. Editor, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- **YÁVAR Núñez, Fernando**. “Orientaciones del COIP”. Producciones Jurídicas FERYANÚ. 2013.
- **ZAMBRANO PASQUEL Alfonso**, Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal, Quito, 2014.

Normativa Jurídica.

- Constitución de la República del Ecuador
- Código Orgánico Integral Penal.
- Código Penal Ecuatoriano (anterior).
- Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Transito y Seguridad Vial (anterior).
- RESOLUCIÓN No. 01-2014, Suplemento del Registro Oficial No. 246 de 15 de mayo de 2014
- Código Penal Español.
- Código Penal Peruano.
- Código Penal Chileno.



- Código Civil Ecuatoriano.

Páginas Web.

www.usergioarboleda.edu.co/...penal/...penal.../28124.