

**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS  
FACULTAD DE DERECHO Y CS. POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**



*Acreditada por Res. CEUB 1126/02*

**MONOGRAFÍA  
TRABAJO DIRIGIDO**

**PARA OBTENER EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO**

**“LA NECESIDAD TRASCENDENTAL Y EMINENTE DE UN TIPO PENAL BAJO EL NOMEN JURIS DE NEGLIGENCIA MÉDICA EN LA LEY Nº 1768, TÍTULO VIII DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD CORPORAL, CAPÍTULO I HOMICIDIO, QUE SANCIONE Y EVITE LA IMPUNIDAD EN LA CUAL RECAEN LOS GALENOS POR LA MALA PRAXIS DE LA MEDICINA”**

**INSTITUCIÓN:            CONSEJO DE LA JUDICATURA**

**POSTULANTE:           RUBEN FELIX CALLE MENDOZA.**

**LA PAZ – BOLIVIA**

**GESTIÓN 2013**

## **AGRADECIMIENTOS**

*A Dios, supremo creador y guía permanente de mi vida.*

*A la carrera de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés, alma mater de mi formación Académica.*

*Al consejo de la Judicatura, Institución que me acogió durante la realización del Trabajo Dirigido.*

*A mis amigos y compañeros del consejo y de la Universidad por brindarme una colaboración, también a mis Tutores que fueron mi guía en todo momento.*



## **DEDICATORIA**

*A mi Padre Félix Calle, a mi madre Eugenia Mendoza y a mis hermanos Lourdes, Daniel, Álvaro y Gabriela con mucho cariño y respeto. Quienes me supieron brindar su apoyo incondicional en los momentos que más lo necesitaba.*

## INDICE

PRÓLOGO.....	i
INTRODUCCIÓN.....	ii
TÍTULO PRIMERO	
DESARROLLO DE LA MONOGRAFÍA JURÍDICA	
CAPÍTULO I	
EVALUACIÓN Y DIAGNÓSTICO DEL TEMA.....	1
1.- MARCO INSTITUCIONAL .....	1
2.- MARCO TEÓRICO.....	2
3.- MARCO HISTÓRICO.....	3
4.- MARCO CONCEPTUAL.....	4
5.- MARCO JURÍDICO POSITIVO.....	6
TÍTULO SEGUNDO	
PRONÓSTICO DEL TEMA	
CAPÍTULO II	
ANALIZAR QUE ES EL DELITO Y SUS CARACTERÍSTICAS	
FUNDAMENTALES.....	7
1.- EL DELITO.....	7
1.1. CONCEPTO.....	7
1.2. EL DELITO COMO ENTE JURÍDICO.....	9
1.3. ELEMENTOS Y ESTRUCTURA.....	9
1.4. OBJETO DEL DELITO.....	11
2.- CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DEL DELITO.....	12
2.1. ACCIÓN.....	12
2.2. TIPICIDAD.....	20
2.3. ANTIJURIDICIDAD.....	31
2.4. CULPABILIDAD.....	36

### **CAPÍTULO III**

<b>IDENTIFICAR LAS DEFICIENCIAS QUE PRESENTA EL TIPO PENAL DE HOMICIDIO CULPOSO ANTE LA NEGLIGENCIA MÉDICA.....</b>	<b>38</b>
<b>1.- EL DERECHO A LA VIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE BOLIVIA.....</b>	<b>38</b>
<b>2.- HOMICIDIO CULPOSO EN EL CÓDIGO PENAL.....</b>	<b>38</b>
<b>3.- NEGLIGENCIA MÉDICA EN BOLIVIA.....</b>	<b>40</b>
<b>4.- TIPOS DE CULPA POR NEGLIGENCIA MÉDICA.....</b>	<b>43</b>
<b>4.1. CULPA INCONSCIENTE.....</b>	<b>43</b>
<b>4.2. CULPA CONSCIENTE.....</b>	<b>44</b>
<b>4.3. CULPA PROFESIONAL.....</b>	<b>44</b>
<b>4.4. CULPA MÉDICA.....</b>	<b>44</b>
<b>1.- DEFICIENCIAS QUE PRESENTA EL TIPO PENAL DE HOMICIDIO CULPOSO SEGÚN SU DESCOMPOSICIÓN DEL TIPO PENAL.....</b>	<b>44</b>
<b>2.- LA HISTORIA CLÍNICA COMO DOCUMENTO FUNDAMENTAL PARA LA AVERIGUACIÓN DE LA NEGLIGENCIA MÉDICA.....</b>	<b>46</b>

### **CAPÍTULO IV**

<b>EXPLICAR LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO POR LA MALA PRAXIS DE LA MEDICINA Y LAS FORMAS DE APARICIÓN DE LA CULPA.....</b>	<b>48</b>
<b>1.- RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO Y MALA PRAXIS DE LA MEDICINA.....</b>	<b>48</b>
<b>2.- TIPOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA.....</b>	<b>48</b>
<b>3.- LAS REGLAS DE CONDUCTA EN LA ACTIVIDAD MÉDICA.....</b>	<b>50</b>
<b>4.- LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.....</b>	<b>51</b>
<b>5.- LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA DOCTRINA.....</b>	<b>57</b>
<b>6.- LA MODERNA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.....</b>	<b>60</b>

<b>7.- CRITERIOS PARA FORMULAR LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO.....</b>	<b>62</b>
<b>8.- FORMAS DE APARICIÓN DE LA CULPA.....</b>	<b>63</b>
<b>8.1. IMPRUDENCIA.....</b>	<b>63</b>
<b>8.2. NEGLIGENCIA.....</b>	<b>64</b>
<b>8.3. IMPERICIA.....</b>	<b>64</b>

## **CAPÍTULO V**

<b>PROPONER LA INCLUSIÓN DE UN TIPO PENAL BAJO EL NOMEN JURIS DE NEGLIGENCIA MÉDICA, QUE SANCIONE Y EVITE LA IMPUNIDAD EN LA CUAL RECAEN LOS GALENOS POR LA MALA PRAXIS DE LA MEDICINA.....</b>	<b>65</b>
<b>1.- CONSIDERACIONES DE PROCEDENCIA.....</b>	<b>65</b>
<b>2.- PROYECTO DE INCLUSIÓN DEL TIPO PENAL.....</b>	<b>66</b>

## **CAPÍTULO VI**

<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	<b>67</b>
<b>1.- CONCLUSIONES CRÍTICAS.....</b>	<b>67</b>
<b>2.- RECOMENDACIONES Y SUGERENCIAS.....</b>	<b>68</b>
<b>3.- BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>70</b>
<b>4.- ANEXOS.....</b>	<b>72</b>

La Abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia, ser leal con tu cliente al que no debes abandonar hasta que comprendas que es indigno de ti.

Leal para con tu adversario aun cuando él sea desleal contigo, leal para con el juez, que ignorara los hechos y debe confiar en lo que tú dices, y que en cuanto al derecho alguna otra vez debes confiar en el que tú invocas.

Tolera la verdad ajena en la misma medida en que quieras que sea tolerada la tuya.

En el derecho, el tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración.

Ten fe en el derecho como el destino normal del derecho, en la paz como sustituta bondadosa de la justicia y sobre todo ten fe en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz.

La abogacía es una lucha de pasiones, si en cada batalla vas cargando tu alma de rencor, llegara un día en que la vida será imposible para ti. Concluido el combate olvida tan pronto, tu victoria como tu derrota. Trata de considerar la abogacía de tal manera que el día en que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor proponerle que se haga abogado.

Reflexiones que si puedes transmite a tu generación para que evalúen los conceptos de la profesión en ese sentido debemos tomar muy en cuenta que la finalidad suprema del DERECHO es alcanzar la JUSTICIA.

El presente tema que es la NEGLIGENCIA MÉDICA es una realidad latente en la sociedad, el cual necesita una solución de manera urgente, es por eso que para poder proteger de una manera más eficaz la vida humana, es necesaria la proposición del Tipo Penal NEGLIGENCIA MÉDICA. Para de esta manera dar una solución coherente y eficaz a esta problemática latente en la sociedad actual.

*Luis Erick Torrejón Condori*  
**ABOGADO UMSA**  
MAT. 4907608LETC-A

La presente monografía de Trabajo Dirigido es resultado de la OBSERVACIÓN de la REALIDAD en el ámbito Jurídico Penal de la sociedad tomando como base fundamental el DERECHO PENAL y la TEORÍA GENERAL DEL DELITO como la esencia del presente tema.

El presente tema trata del pilar fundamental sobre la que se basa el derecho que es la VIDA, el cual es un bien jurídico tutelado por la Constitución Política del Estado en su Art. 15 al señalar que toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual. Nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles inhumanos, degradantes o humillantes. No existe la pena de muerte; por el Código Civil en su Art. 6 (protección a la vida) La protección a la vida y a la integridad física de las personas se ejerce conforme a las normas establecidas en el código presente y las demás leyes pertinentes y respectivamente el Código Penal en su Título VIII Delitos contra la vida y la integridad corporal en sus Arts. 251 al Art. 277 bis. Pero pese a toda esta protección de la vida por parte de derecho sustantivo existen acciones humanas que escapan a la regulación o normativa positiva generando vacíos jurídicos.

Lamentablemente el problema se agudiza más cuando en la legislación Boliviana el tema de NEGLIGENCIA MÉDICA se la incorpora en el Art. 260 del Código Penal Bajo el Nomen Juris de Homicidio Culposo que en su segunda parte establece “si la muerte se produce como consecuencia de una grave violación culpable de los deberes inherentes a una profesión, oficio o cargo la sanción será de reclusión de uno a cinco años”.

Es en base a este Artículo interpretado de la siguiente manera por los abogados: que el profesional, la persona que está encargada produjera la muerte a raíz de su negligencia, imprudencia o falta de previsión comete el Delito de Homicidio Culposo, inician una QUERRELLA para tratar de encontrar una sanción para el profesional médico que habría supuestamente incurrido en este Delito. Sin embargo este tipo penal de Homicidio Culposo es AMBIGUO, con respecto a la negligencia médica que

sumado al vacío jurídico existente respecto a este tema se da el cansancio de la parte afectada a causa de los tiempos o plazos largos que existen en las QUERELLAS se transformara en una especie de protección para el profesional médico quedando su accionar generalmente en la Impunidad lo que provoca que la población este indefensa ante cierto tipo de actuar de los galenos.

Para el presente Trabajo Dirigido se utilizo la siguiente estrategia metodológica como ser el Método Inductivo, Método Lógico Jurídico, Método Sistemático y el Método Teleológico entre los más importantes y sobresalientes.

El principal objetivo que se pretende lograr mediante este tema Monográfico que es LA NEGLIGENCIA MÉDICA; tomando muy en cuenta que los Abogados que patrocinan este tipo de situaciones subsumen el hecho en el Delito de Homicidio Culposo para iniciar la Querella ante el Ministerio Público en representación de las víctimas es por eso que en base al Derecho Fundamental que es la VIDA se trata de hallar una solución a esta situación controvertida antes mencionada; en si proteger este bien jurídico de incalculable valor a través de un TIPO PENAL que SANCIONE de manera ESPECÍFICA la NEGLIGENCIA MÉDICA en la cual incurren los galenos por la MALA PRAXIS DE LA MEDICINA, de esta manera dotando a los profesionales Abogados de un Tipo Penal muy importante y significativo con lo cual podremos proteger de una manera más eficiente la VIDA HUMANA evitando que los infractores de este delito queden en la IMPUNIDAD.

**TÍTULO PRIMERO**  
**DESARROLLO DE LA MONOGRAFÍA JURÍDICA**  
**CAPÍTULO I**  
**EVALUACIÓN Y DIAGNÓSTICO DEL TEMA**

**1.- MARCO INSTITUCIONAL**

El presente Trabajo Dirigido es realizado mediante Convocatoria N° 045/10 de acuerdo al artículo 66 y 71 del Reglamento de Régimen Estudiantil de la Universidad Boliviana y el convenio firmado entre el Consejo de la Judicatura y la Universidad Mayor de San Andrés como Modalidad de Graduación – Trabajo Dirigido de la Carrera de Derecho N° 1039/2010 de fecha 14 de Junio de 2010 debidamente Homologado por Resolución del Honorable Consejo Facultativo N° 1771/2010 de fecha 15 de Junio de 2010.

Como consecuencia el CONSEJO DE LA JUDICATURA mediante MEMORANDO U.R.H. N° 053-A/10 de fecha 2 de agosto de 2010 me designa a la UNIDAD DE ASESORIA LEGAL para realizar mi Trabajo Dirigido como modalidad de Graduación y la obtención del título de Licenciado en Derecho.

El Consejo de la Judicatura creada en la Ley de reformas a la Constitución Política del Estado N° 1585 del 6 de febrero de 1995, con sede en la ciudad de Sucre, es el órgano administrativo y disciplinario del Poder Judicial que tiene como cabeza el pleno, conformado por cuatro miembros denominados consejeros de la judicatura presidido por el Presidente de la Corte suprema de Justicia, denominados Máxima Autoridad Ejecutiva del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial, cuya organización, funciones y atribuciones se regulan por la Ley del Consejo de la Judicatura N° 1817 Promulgada el 22 de Diciembre de 1997.

Opera mediante Gerencias: General, Administrativa y Financiera, de Servicios Judiciales, de Recursos Humanos, de Derechos Reales. En los demás Distritos se encuentran las Representaciones Distritales a la cabeza del Representante Distrital; en el distrito de La Paz, además está el Representante Administrativo Financiero, La Representación del Régimen Disciplinario y las Unidades : de Asesoría Legal,

Financiera, Administrativa, Recursos Humanos, Informática, Servicios Judiciales, Auditoría Interna e Infraestructura y servicios Básicos, las que funcionalmente están sujetas a las políticas asumidas por las Direcciones Nacionales o Gerencias ya mencionadas.

## **2.- MARCO TEÓRICO**

La base teórica en la cual se fundamenta el presente tema monográfico corresponde al ÁMBITO DEL DERECHO PENAL específicamente en la Ley 1768 Código Penal, para demostrar que el Tipo de Homicidio Culposo no responde a las expectativas de precautelar la vida por parte de los galenos ya que se hace necesario la incorporación de un nuevo Tipo Penal bajo el Nomen Juris de NEGLIGENCIA MÉDICA; para ello se tomara muy en cuenta las siguientes perspectivas.

### **2.1.- Dogmática Jurídica**

Es fundamental por que examina y analiza las normas jurídicas vigentes en un territorio y en un tiempo dado e investiga los factores que las han originado con el propósito de Interpretarlas, ordenarlas y sistematizarlas para alcanzar la recta aplicación de dichas normas,<sup>1</sup> subdividiéndose en dos aspectos importantes:

- Sistemática Jurídica (teórica)
- Técnica Jurídica (práctica)

*-Sistemática Jurídica .-* Tiene por objeto el estudio de las Reglas de Derecho para precisar su sentido y sus alcances, ordenarlas e integrarlas dentro de conceptos más generales donde se tiene el objetivo fundamental la investigación de las normas de sus relaciones mutuas, de su ordenamiento y de su integración dentro de un sistema parcial o total.<sup>2</sup>

*- Técnica Jurídica.-* Se ocupa de todos los problemas concernientes a la formulación y a la aplicación de las normas de derecho, ya que en el primer caso se denomina técnica de elaboración y en el segundo técnica de aplicación; este proceso de

---

<sup>1</sup>Wilhelm, Sover. Filosofía Jurídica y Social. Ed. Labor S.A., 1933. Pág. 110.

<sup>2</sup> García, Eduardo. Introducción al Derecho. Ed. Porrúa S.A. 1944. Pág. 100.

formulación del Derecho obedece a reglas de técnica jurídica del mismo modo que el de su aplicación a los casos concretos.<sup>3</sup>

## **2.2.- Positismo Jurídico**

Es un estudio del Derecho como una pluralidad de normas que constituyen una unidad, pero también se las puede definir como un conjunto de normas que impuestas por la sociedad a través de un procedimiento Legislativo válido y que deben ser de cumplimiento obligatorio para mantener el orden y la disciplina al cual cada persona debe adecuar su conducta al interior del Estado.

Los objetivos del presente trabajo se fundan de la necesidad de elaborar una Norma Jurídico Penal, el cual es el objeto de estudio que REGULE y SANCIONE la Mala Praxis Médica para que de esta manera se pueda lograr una mejor correspondencia con la Norma Principal del Estado que es la Constitución Política del Estado, para tutelar de una forma más eficiente el Derecho Fundamental que es la vida.<sup>4</sup>

## **3.- MARCO HISTÓRICO**

Lamentablemente en Bolivia desde hace algún tiempo la sociedad ha expresado su reclamo en contra de la MALA PRAXIS MÉDICA que comúnmente ha tenido como consecuencia pérdida de vidas humanas.

La Negligencia Médica es un problema que se ha tornado constante en nuestra sociedad, este problema puede llegar a causar un daño permanente en las personas que dejan su salud y hasta su vida en manos de los médicos.

También de acuerdo a la información proporcionada por la Abogada Teresa Montaña conocedora de varios casos que atendió sobre la mala Praxis Médica en al menos 17 años, de mil casos solamente tres o cuatro profesionales Médicos son sentenciados con pena privativa de libertad, información emitida por el medio de comunicación escrita " EL DIARIO" .<sup>5</sup>

Esta problemática sobre la Negligencia Médica no es reciente, es por eso que la sociedad necesita que se proteja su derecho fundamental a la vida, porque no es

---

<sup>3</sup> Georges, Kalinowski. Introducción al Derecho. Ed. L.G.D.J. 1969. Pág. 152.

<sup>4</sup> Hernández, Gil. Sociología del Derecho. Ed. Rosario. 1945. Pág. 68.

<sup>5</sup> El Diario, Sociedad y Economía. 2010. Pág. 3-A.

suficiente con la protección de la Constitución Política del Estado, el Código Civil y del mismo Código Penal en su Art. 260 (Homicidio Culposo) que de manera ambigua regula este aspecto que en la mayoría de los casos queda en la impunidad.<sup>6</sup>

Además si existe un vacío Jurídico tan importante como el que acabamos de señalar, la administración de justicia se hace Ineficaz con respecto a la protección de este bien jurídico que es la vida es de esta manera que es imprescindible la regulación de los aspectos antes mencionados.

#### **4.- MARCO CONCEPTUAL**

##### **4.1.-Delito**

El Delito es un concepto bastante amplio pero para una mejor definición podemos desprenderla en dos conceptos que son:

- Concepto Formal
- Concepto Material

*Concepto Formal*, el Delito es entendido como una violación a normas jurídicas que transgreden, violan bienes jurídicos tutelados y que aparejan a dicha violación o trasgresión una pena una sanción como su natural consecuencia, este concepto no se puede agotar solo en lo formal debemos abordar una problemática material, no solo establecer una violación de una norma.

*Concepto Material*, Es aquel que contiene o establece los elementos constitutivos del delito, como lo menciona Edmundo Mezger “El delito es la acción, típica, Antijurídica y culpable”<sup>7</sup> del cual se desprenden cuatro elementos:

**Acción.** Es aquella manifestación de la voluntad final que produce un resultado objetivo en la realidad, de los cuales los elementos que anulan la acción son tres: - actos reflejos, estados de inconsciencia, fuerza física irresistible.<sup>8</sup>

**Tipicidad.** Es la adecuación de la conducta del individuo o sujeto al tipo penal, el tipo penal es la descripción de una conducta en una ley penal, a través del tipo describimos las conductas que constituyen delito. Simultáneamente el tipo se subdivide en:

---

<sup>6</sup> Código Penal. Ley 1768 de 18 de Marzo de 1997. Art. 260.

<sup>7</sup> Muñoz, Francisco. Derecho Penal (Parte General). Ed. Tirant lo Blanch.1993.Pág. 187.

<sup>8</sup> Muñoz, Francisco. Teoría General del Delito. Ed. Temis.1983.Pág. 11.

-*Tipo Penal Objetivo* → este contiene tres supuestos como ser el Sujeto, Objeto y Relación de Causalidad.

-*Tipo Penal Subjetivo* → en esta se estudia el Dolo y la Culpa.

Los elementos que anulan la Tipicidad son: el Error de Tipo Vencible y el Error de Prohibición Invencible.

**Antijuridicidad.** Lo antijurídico es lo contrario al Derecho es una violación a un bien jurídico tutelado, Bir Baum es el autor clásico Alemán que nos introduce al bien jurídico protegido el cual también se anula por las Causas de justificación que son las siguientes:

Legítima defensa; ejercicio de un derecho oficio o cargo y el estado de necesidad.

**Culpabilidad.** Es culpable quien actúa contra el Derecho, pese a que podía haber obrado de otra manera, la imputabilidad es la base de la culpabilidad, la posibilidad de imputabilidad está relacionado a un problema psicológico el cual es la capacidad de discernimiento, actualmente según nuestra normativa penal una persona es imputable a partir de los 16 años.<sup>9</sup>

#### 4.2.- Homicidio Culposo

Es la forma genérica del delito de homicidio entendida en el sentido de que la ley no selecciona medios de comisión ni toma en cuenta relaciones, circunstancias o calidades personales, el problema de la relación causal adquiere aquí especial importancia en especial por el erróneo concepto que lleva a valorar la prueba de una infracción a las leyes, reglamentos, ordenes o resoluciones en el autor material del delito de homicidio culposo como prueba de que el mismo es autor responsable de este delito, cuando la imprudencia de la víctima por si sola es causa determinante de su muerte, de modo que la misma se habría producido aunque hubiera habido culpa de este, el resultado típico no puede serle atribuido, pues se trata de un problema causal.

Este delito es de resultado y se consuma con la muerte de la víctima, no es posible admitir la tentativa porque esto denotaría dolo lo que excluye la culpa, tampoco es

---

<sup>9</sup> Miguel, Benjamín. Derecho Penal T. I (Parte General). Ed. Urquizo S.A. 2003. Pág. 259 y ss.

posible la participación por la misma razón, pero para que este delito se consume tienen que concurrir lo siguiente:

Es indiferente que sea omisivo o comisivo; es inicialmente lícito; debe existir relación de causalidad entre el acto lícito y la muerte; no debe haber malicia en ninguna de sus formas.<sup>10</sup>

#### **4.3.- Mala praxis Médica**

Existirá mala praxis en el área de la Medicina, cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencias de un accionar profesional con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo con apartamiento de la normativa legal aplicable.

En **primer lugar** debe existir un daño constatable en el cuerpo, entendido como organismo, o en la salud, extendiéndose el concepto tanto a la salud física como a la mental, siendo ésta comprensiva de todas las afecciones y trastornos de orden psiquiátrico, psicológico, laborales, individuales y de relación, con incidencia en las demás personas. La amplitud del concepto, abarca no solo el daño directo al individuo, sino que por extensión, se proyecta inclusive sobre prácticamente la totalidad de las actividades del afectado.

En **segundo lugar**, el daño causado debe necesariamente originarse en un acto imprudente o negligente o fruto de la impericia o por el apartamiento de las normas y deberes a cargo del causante del daño o apartamiento de la normativa vigente aplicable.<sup>11</sup>

#### **5.- MARCO JURÍDICO POSITIVO**

La base Jurídica sobre el cual se fundamenta el presente tema es el siguiente:

- **Constitución Política del Estado**

En su Título II Derechos Fundamentales y Garantías en su Capítulo II en su Art. 15 Parágrafo Primero y el Art. 18 Parágrafo Primero.

---

<sup>10</sup> Miguel, Benjamín. Derecho Penal T. II (Parte Especial). Ed. Juventud. 2002. Pág. 179.

<sup>11</sup> Bustamante, Carlos. Ética, Medicina y Sociedad. Ed. Diseño Gráfico Integral. 1985. Pág. 353.

Título IV Garantías Jurisdiccionales y Acciones de Defensa en su Capítulo I Garantías Jurisdiccionales Art. 115.

- **Código Civil**

En su Libro Primero De Las Personas Título I, De Las Personas Individuales, Capítulo III de los Derechos de la Personalidad art. 6 (Protección a la vida) La protección a la vida y a la integridad física de las personas se ejerce conforme a las normas establecidas en el código presente y las demás leyes pertinentes.

- **Código Penal**

En su libro Segundo Parte Especial, Título VIII Delitos Contra La Vida y la Integridad Corporal, en su Capítulo I Homicidio Art. 260 (Homicidio Culposo).

- **Código de Procedimiento Penal**

Los siguientes Artículos son base jurídica del presente tema monográfico:

Artículos. **16** (Acción Penal Pública), **70** (Funciones del Ministerio Público), **76** (Víctima), **78** (Querellante), **79** (Derechos y Facultades del Querellante), **171** (Libertad Probatoria), **284**

## **TÍTULO SEGUNDO**

### **PRONÓSTICO DEL TEMA**

#### **CAPÍTULO II**

#### **ANALIZAR QUE ES EL DELITO Y SUS CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES**

##### **1.- EL DELITO**

##### **1.1.- CONCEPTO**

La Teoría General del Delito se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito, sea este en el caso concreto una estafa, un homicidio o una malversación de caudales públicos. Hay características que son comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos delictivos unos de otros; un asesinato por ejemplo es otra cosa que una estafa o un hurto; cada uno de estos delitos presenta peculiaridades distintas y tiene asignadas, en principio, penas de distinta gravedad. Sin embargo, tanto el asesinato, como el hurto o la estafa tienen unas características que son comunes a todos los delitos y que

constituyen la esencia del concepto general de delito. El estudio de estas características comunes corresponde a la Teoría General del Delito, es decir a la parte general del Derecho Penal; el estudio de las concretas figuras delictivas, de las particularidades específicas del hurto, de la violación, de la estafa corresponde a la parte especial del derecho Penal.<sup>12</sup>

La primera tarea es la de dar un concepto de DELITO ya que es esencial la definición de este término tan importante en el área del Derecho Penal, el cual además debe contener todas las características comunes que debe tener un hecho para ser considerado como Delito y ser sancionado, en consecuencia con una pena, para ello es imprescindible partir del DERECHO POSITIVO, en este sentido desde el punto de vista Jurídico DELITO ES TODA CONDUCTA QUE EL LEGISLADOR SANCIONA CON UNA PENA, esto es una consecuencia del principio NULLUM CRIMEN SINE LEGE que rige el moderno derecho penal.

El concepto de delito como conducta castigada por la ley con una pena es, sin embargo, un concepto puramente formal que nada dice sobre los elementos que debe tener esa conducta para ser castigada por la ley con una pena.

En la definición mencionada ut supra se trata de destacar aquellos caracteres que le han parecido más relevantes en orden a la consideración de un hecho como delito: que debe tratarse de una acción u omisión, que estas deben ser voluntarias o dolosas o culposas y que deben ser penadas por la ley. Pero estas características son solo una parte de las características comunes a todos los delitos. Corresponde de manera genérica a los juristas, a la ciencia del derecho penal, elaborar ese concepto del delito en el que estén presentes todas las características generales comunes a todos los delitos en particular. Para ello hay que partir de lo que el derecho penal positivo considera como delito; no solo de la definición general de delito sino la contenida en los diferentes preceptos legales que se refieren al delito, deduciendo las características generales comunes a todo delito. Esto es lo que ha hecho la ciencia del derecho penal, sobre todo la Alemana y por su influencia también la Latinoamericana.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Muñoz, Francisco. Teoría General del Delito. Ed. Temis.1983. Pág. 1.

<sup>13</sup> Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal. Ed. Abeledo Perrot. 1970. Pág. 202.

## 1.2. EL DELITO COMO ENTE JURÍDICO

El contenido conceptual de ente jurídico únicamente surge al ser construida la doctrina del derecho liberal y sometido la autoridad del Estado en una Ley anterior. El delito como ente jurídico solo es, pues incriminable en cuanto una ley anteriormente dictada la define y sanciona, Jiménez de Asúa, refiere que se ha vinculado la doctrina del delito ente jurídico.<sup>14</sup>

Este es la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre el cual puede ser positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso.<sup>15</sup>

## 1.3. ELEMENTOS Y ESTRUCTURA

Tras un minucioso análisis del Derecho Penal Positivo, la ciencia del derecho penal a llegado a la conclusión de que el concepto del delito, sus características comunes, responden a una doble perspectiva que, simplificando un poco se presenta como **un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano y como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho.** Al primer juicio de desvalor se le llama **Injusto** o **Antijuridicidad**, al segundo culpabilidad. Injusto o antijuridicidad, es pues la desaprobación del acto; **culpabilidad** la atribución de dicho acto a su autor.

En estas dos grandes categorías, Antijuridicidad y Culpabilidad, se han ido distribuyendo luego los diversos componentes del delito. En la primera se concluye la acción u omisión, los medios y formas en que se realiza, sus objetos y sujetos, la relación causal y psicológica entre ellas y el resultado.

En la culpabilidad, las facultades psíquicas del autor (la llamada imputabilidad o capacidad de culpabilidad), el conocimiento por parte del autor del carácter antijurídico del acto y la exigibilidad al autor de un comportamiento distinto. Ambas categorías tienen también una vertiente negativa; así por ejemplo, la existencia de una fuerza irresistible excluye la acción; la absoluta imprevisibilidad, la relación

---

<sup>14</sup> Castellanos, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Ed. Porrúa. 1998. Pág. 125.

<sup>15</sup> Jiménez de Asúa, Luis. Lecciones de Derecho Penal. Ed. Harla. 1997. Pág. 130.

psicológica con el resultado; las causas de justificación como ser la legítima defensa, autorizan la comisión del hecho prohibido; la falta de facultades psíquicas en el autor (por ej. Enfermedad mental) excluye la imputabilidad.

Esta distinción sistemática tiene también un valor práctico, para imponer por ejemplo una medida de seguridad o de corrección (internar a un enfermo mental que ha cometido un delito en el manicomio) es suficiente con la comisión del hecho prohibido, antijurídico, aunque su autor no sea culpable; para imponer una pena es, sin embargo, necesario que exista culpabilidad, además de que el hecho sea antijurídico. No hay culpabilidad sin antijuridicidad, aunque si hay antijuridicidad sin culpabilidad. Normalmente la presencia de un acto antijurídico es el límite mínimo de cualquier reacción jurídico penal. Así por ejemplo la Legítima defensa supone una agresión antijurídica, aunque el autor de la acción no sea culpable. Frente a un acto lícito no antijurídico, no cabe legítima defensa. Igualmente la participación a título de inductor o de cómplice en el hecho cometido por otro, solo es punible cuando este hecho es por lo menos antijurídico, aunque su autor no sea culpable, por ejemplo un enfermo mental.

Pero no todo hecho antijurídico realizado por un autor culpable es delito. De toda la gama de acciones antijurídicas que se cometen, el legislador ha seleccionado una parte de ellas, normalmente las más graves e intolerables, y las ha conminado con una pena por medio de su descripción en la Ley Penal.

A este proceso de selección en la ley de las acciones que el legislador quiere sancionar penalmente se llama tipicidad. La tipicidad es, pues, la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley. La Tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad, ya que solo por medio de la descripción de las conductas prohibidas en tipos penales se cumple el principio *nullum crimen sine lege*.

Normalmente son la *tipicidad*, la *antijuridicidad* y la *culpabilidad*, las características comunes a todo delito. El punto de partida es siempre la tipicidad, pues solo el hecho típico, es decir, el descrito en el tipo legal puede servir de base a posteriores valoraciones. Sigue después la indagación sobre la antijuridicidad, es decir, la comprobación de si el hecho típico cometido es o no conforme a derecho. Un hecho

típico, por ejemplo A mata a B, puede no ser antijurídico, si existe una causa de justificación que lo permita, por ejemplo A mata a B en legítima defensa. Una vez comprobado que el hecho es típico y antijurídico hay que ver si el autor de ese hecho es o no culpable, es decir si posee las condiciones mínimas indispensables para atribuirle ese hecho, por ejemplo si está sano mentalmente o conoce la antijuridicidad del hecho.

Con la constatación positiva de estos elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, se puede decir que existe delito y su autor puede ser castigado con la pena que se asigne en cada caso concreto al delito en la ley. En algunos casos se exige, sin embargo, para poder calificar un hecho como delito la presencia de algunos elementos adicionales que no pertenecen ni a la tipicidad ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad. Así por ejemplo se exige para castigar la quiebra punible la previa declaración de insolvencia según el código de comercio, o la presentación de querrela en los delitos de calumnia e injuria, se habla en estos casos de penalidad y se considera que esta categoría es también un elemento perteneciente a la teoría general del delito.

En síntesis podemos definir al delito como LA ACCIÓN U OMISIÓN TÍPICA, ANTIJURÍDICA, CULPABLE Y PUNIBLE.<sup>16</sup>

#### **1.4. OBJETO DEL DELITO**

Del objeto del delito aparecen dos conceptos completamente diferentes, el de objeto material y el de objeto jurídico del delito, que solo coinciden cuando la ofensa de un bien jurídicamente tutelado o protegido por el derecho penal consiste en la modificación de aquello sobre el cual precisamente se verifica el resultado.

Por lo que el objeto material, la formulación que antecede afirma que lo es la descripción legal respectiva, tiene por tal de donde se infiere que no constituyen objeto material en sentido jurídico las cosas materiales con que se cometió el delito o constituyen su producido o son huellas de su perpetración pues ellas conciernen al episodio delictivo concreto y no a su abstracta previsión legal.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Muñoz, Francisco. Teoría General del Delito. Ed. Temis. 1983. Pág. 3 y ss.

<sup>17</sup> Caballero, Gea. La Responsabilidad Penal. Ed. Pamplona. 1984. 123.

Objeto material del delito puede ser tanto una persona como una cosa. Si es una persona, una persona física, esta deviene con ello sujeto pasivo de la acción delictuosa según acontece en incontables tipos de delito: portación de arma de fuego, lesiones, homicidio, si una cosa puede ser acción delictiva consistir en crearla o alterarla como en la falsificación de moneda y de documentos en destruirla como en el delito de daño en propiedad ajena cabe recalcar de que el objeto del delito es en la cual recae la conducta del sujeto activo.

El objeto material reviste importancia en materia de tipicidad. Una misma clase de acción puede encuadrar en diversas figuras de delito según el objeto material sobre la que recae.

El bien jurídico es un instrumento valioso de interpretación del alcance y límites de cada tipo al extremo de que ha llegado a tenersele como norma directriz y ese dominio para la labor de interpretación de la ley.<sup>18</sup>

## **2.- CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DEL DELITO**

### **2.1. ACCIÓN**

La norma jurídico penal pretende la regulación de conductas humanas y tiene por base la conducta humana que pretende regular. Para ello tiene que partir de la conducta humana tal como aparece en la realidad. De toda la gama de comportamientos humanos que se dan en la realidad, la norma selecciona una parte que valora negativamente y conmina con una pena. Es, pues, la conducta humana el punto de partida de toda reacción jurídico-penal y el objeto al que se agregan determinados predicados (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), que convierten esa conducta humana en delito. De manera actual y moderna el derecho penal es un derecho penal de acto y no de autor.

Debemos tomar muy en cuenta que en algunos tipos delictivos se construyen con base en determinadas actitudes o comportamientos habituales de un autor, el derecho penal es un derecho penal de acto: solo la conducta humana traducida en actos externos puede ser calificada de delito y motivar una reacción penal.

---

<sup>18</sup> Rodríguez, Devesa. Derecho Penal Español. Ed. Madrid. 1981. Pág. 59.

La distinción entre derecho penal de acto y derecho penal de autor no solo es una cuestión sistemática, sino también, y fundamentalmente, política e ideológica. Solo el derecho penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente.

El derecho penal de autor se basa en determinadas cualidades de la persona de la que esta, la mayoría de las veces, no es responsable en absoluto y que, en todo caso no puede precisarse y formularse con toda nitidez en los tipos penales. Así por ejemplo es muy fácil describir en un tipo penal los actos constitutivos de un homicidio o de un hurto pero es imposible determinar con la misma precisión las cualidades de un homicida o de un ladrón.

Por eso, el derecho penal de autor no permite limitar el poder punitivo del Estado y favorece una concepción totalitaria del mismo.

De la concepción del derecho penal como derecho penal de acto se deduce que no pueden constituir nunca delito ni el pensamiento, ni las ideas, ni siquiera la resolución de delinquir en tanto no se traduzca en actos externos.

Tampoco pueden constituir delitos los actos de los animales, ni los sucesos puramente causales, como los fenómenos de la naturaleza, por más que puedan producir resultados lesivos (la muerte de una persona o la destrucción de una cosecha).<sup>19</sup>

### **2.1.1.- Formas de comportamiento humano penalmente relevantes.**

La conducta humana, base de toda reacción jurídico-penal, se manifiesta en el mundo externo tanto en actos positivos como en omisiones. Ambas formas de comportamiento son relevantes para el derecho penal.

La ACCIÓN y la OMISIÓN cumplen, por tanto, la función de elementos básicos de la teoría del delito.

Algunas veces se emplea el término "ACCIÓN" incluyendo también en él la "OMISIÓN" (acción criminal, acción punible), pero esta no es más que una forma imprecisa de lenguaje sin mayor trascendencia científica. Igualmente se emplean términos como "hecho", "acto", "comportamiento" que incluyen tanto a la acción en

---

<sup>19</sup> Muñoz, Francisco. Teoría General del Delito. Ed. Temis, 1983. Pág. 9.

sentido estricto es la forma de comportamiento humano más importante en derecho penal sirviendo al mismo tiempo, de referencia a la omisión.<sup>20</sup>

### **2.1.2.- La acción en sentido estricto.**

Se llama acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana, solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin. La acción es el ejercicio de la actividad final.<sup>21</sup>

La dirección final de la acción se realiza en dos fases: una EXTERNA y una INTERNA.

**1) Fase Interna.** El cual sucede en la esfera del pensamiento del autor, este se propone anticipadamente la realización de un fin. Por ejemplo realizar un viaje, para llevar a cabo este fin selecciona los medios necesarios los más idóneos (viajar en coche, tren, avión). Esta selección solo puede hacerse a partir del fin. Es decir, solo cuando el autor está seguro de que es lo *que quiere* puede plantearse el problema de *cómo lo quiere*. En esta fase interna tiene también que considerar los efectos concomitantes que van unidos a los medios elegidos y a la consecución del fin que se propone.

La consideración de los efectos concomitantes puede hacer que el autor vuelva a plantearse la realización del fin y rechace algunos de los medios seleccionados para su realización del fin y rechace algunos de los medios seleccionados para su realización. Pero una vez que los admita, como de segura o probable producción, también esos efectos concomitantes pertenecen a la acción.

**2) Fase Externa.** Una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización

---

<sup>20</sup> Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. 1955. Pág. 13.

<sup>21</sup> Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán (parte general). Ed. Santiago. 1976. Pág. 53 y ss.

en el mundo externo; pone en marcha, conforme a un plan, el proceso causal, dominado por la finalidad, y procura alcanzar la meta propuesta.

La valoración penal puede recaer sobre cualquiera de estas fases de la acción, una vez que esta se ha realizado en el mundo externo. Puede suceder que el fin principal sea irrelevante desde el punto de vista penal y no lo sean los efectos concomitantes, o los medios seleccionados para realizarlo, por ejemplo cuando el autor conduce un coche a más velocidad de la permitida, puede pretender una finalidad absolutamente loable (llegar a tiempo a su fuente de trabajo), pero los medios empleados para ello (conducir imprudentemente un coche) o los efectos concomitantes (la muerte de un peatón atropellado ) son desvalorados por la ley penal. Cuando se dice que la acción final es la base del derecho penal, no se quiere decir que solo sea el fin de esa acción lo único que interesa al derecho penal, pues este puede estar igualmente interesado en los medios elegidos para conseguir el fin, o en los efectos concomitantes a la realización de ese fin.<sup>22</sup>

### **2.1.3.- La polémica sobre el concepto de acción.**

El concepto de acción moderno es el de la *Teoría Final de la acción*, formulada por el Alemán HANS WELZEL, a principios de los años 30 y sobre la que se ha construido en años posteriores todo un sistema de la teoría general del delito.

La teoría final de la acción surgió para superar la teoría causal de la acción, dominante en la ciencia alemana del derecho penal desde principios de siglo y que encontró su más acabada expresión en los tratados de Franz Von Liszt y Edmundo Mezger.<sup>23</sup>

Para esta teoría la acción es también conducta humana voluntaria, pero, a diferencia de la teoría final, la teoría causal prescinde del contenido de la voluntad, es decir, del fin.

Según esta teoría lo importante para establecer el concepto de la acción es que el sujeto haya actuado voluntariamente.

---

<sup>22</sup> Roxin, Klaus. Política Criminal y Sistema de Derecho Penal, Traducción, Introducción y Notas de Muñoz Conde. Barcelona. 1972.

<sup>23</sup> Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Traducción y Notas de Rodríguez Muñoz T. I. 1955.

Lo que este sujeto haya querido (es decir, el contenido de su voluntad) es, sin embargo, irrelevante y solo interesa al marco de la culpabilidad. La teoría causal reduce, pues el concepto de acción a un proceso causal prescindiendo, por completo, de la variante de la finalidad. Con ello desconoce la realidad de las acciones humanas, que no son simples procesos causales (pues en este caso no se podrían diferenciar de los simples fenómenos de la naturaleza), sino procesos causales dirigidos a un fin. Es, pues, lógico que ese fin sea también tenido en cuenta ya en el momento de establecer el concepto de acción.<sup>24</sup>

En realidad, esta conclusión no es tampoco ignorada por el causalismo. Pero para este la finalidad debe ser objeto de valoración en el ámbito de la culpabilidad, dejando a las otras categorías, tipicidad y antijuridicidad, la valoración del aspecto puramente causal del comportamiento. Pero el legislador cuando describe una conducta en un tipo penal, no describe un simple proceso causal, sino un proceso causal en la medida que se deriva de la realización de una acción final humana. Por ello también la finalidad, los medios necesarios para su realización y los efectos concomitantes deben ser tenidos en cuenta ya en el primer estadio de la teoría del delito, la tipicidad, y subsiguientemente en los demás.<sup>25</sup> Luego se irán añadiendo y valorando otros datos que caracterizan a la acción en el caso concreto o que determinan la culpabilidad. Pero a partir de la acción final que sirve de presupuesto a toda valoración y reacción jurídico-penal, lo que importa es, por lo tanto, que el legislador cuando describe o tipifica las acciones prohibidas lo hace pensando en la acción no como un simple proceso causal, sino como un proceso causal regido por la voluntad dirigida a un fin (sea este relevante o lo sean los medios elegidos para su realización o los efectos concomitantes). De ello se derivan importantes consecuencias sistemáticas y prácticas que serán expuestas en su lugar.

En este sentido podemos decir de que la teoría final de la acción, es de trascendental importancia porque lo que al penalista, al juez, al intérprete interesa sobre todo es la ACCIÓN TÍPICA y esta como se desprende del articulado de las leyes donde se definen los delitos, no es otra que una acción final. Sin recurrir a la finalidad, al

---

<sup>24</sup> Antón, Oneca. Derecho Penal T. I. Ed. Madrid. 1949. Pág. 310.

<sup>25</sup> Cuello. Calón. Derecho Penal, revisado y puesto al día por Camargo Hernández. Ed. Barcelona. 1980.

contenido de la voluntad no se puede distinguir en efecto, la acción humana de matar a otro de la muerte producida por un rayo. Pero también para distinguir las acciones humanas unas de otras hay que recurrir a la finalidad: un disparo puede ser una tentativa de homicidio o un simple acto de caza; solo la finalidad de su autor puede dar sentido a ese proceso puramente causal. Igualmente hay que recurrir desde el principio, es decir, desde el primer momento, para tipificar la acción, a determinados elementos subjetivos que exige la ley.

Para superar la polémica entre **teoría final** y **teoría causal** hay una tercera que es la **teoría social de la acción**, que llama la atención sobre la relevancia social del comportamiento humano.

Esta teoría puede ser aceptada en la medida en que solo atendiendo al contenido de la voluntad del autor se puede determinar el sentido social de la acción. Pero este concepto de relevancia social es excesivamente ambigua y en última instancia, solo es un dato pre-jurídico que no interesa directamente al jurista, lo que a este le interesa es definitivamente la RELEVANCIA TÍPICA.<sup>26</sup>

#### **2.1.4.- Sujeto de la acción.**

De esta manera solo la persona humana, individualmente considerada, puede ser sujeto de una acción penalmente relevante. Ni los animales, ni las cosas pueden ser sujetos de acción, por más que en épocas pretéritas existieran procesos contra cosas que habían producido resultados dañosos, o animales que provocaron epidemias, muerte de personas etc.

Tampoco pueden ser sujetos de acción penalmente relevante, aunque si puedan serlo en otras ramas del ordenamiento jurídico, las personas jurídicas (*societas delinquere non potest*).

Desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de culpabilidad y de pena exige la presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual, que no existe en la persona jurídica, mero ente ficticio al que el derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales. Esto no quiere decir que el

---

<sup>26</sup> Maurach, Tratado de Derecho Penal, traducción y notas de J. Córdova Rada. 2 volúmenes Ed. Baecelona. 1962. Actualizada y traducida por Muñoz Conde en su obra, Teoría General del Delito. Ed. Temis. 1983. Pág. 13 y ss.

derecho penal deba permanecer impasible ante los abusos que, especialmente en el ámbito económico, se producen a través de la persona jurídica, sobre todo sociedades anónimas. Pero en este caso procede castigar a las personas físicas individuales que cometen realmente tales abusos, sin perjuicio de las medidas civiles o administrativas que proceda aplicar a la persona jurídica como tal.

En algunos casos no es posible, sin embargo, castigar a las personas físicas que actúan en nombre de las personas jurídicas, porque solo algunos tipos de delitos exigen determinadas cualidades personales, que no se dan en tales personas físicas, sino en las jurídicas en cuyo nombre actúan. Para evitar estas indeseables lagunas de punibilidad, el legislador puede optar por una doble vía: o sancionar expresamente en los tipos delictivos donde más se den estos casos, a las personas físicas que actúan en nombre de las personas físicas que actúan en nombre de las jurídicas; o crear un precepto general que permita esta sanción en todos los casos donde ocurran problemas de este tipo.<sup>27</sup>

#### **2.1.5.- Ausencia de acción.**

Puesto que el derecho penal solo se ocupa de acciones voluntarias, no habrá acción penalmente relevante cuando falte la VOLUNTAD, sucede esto en tres grupos de casos:

**a) Fuerza Física Irresistible.** La fuerza irresistible es un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente.

Desde el punto de vista cuantitativo, la fuerza ha de ser absoluta de tal forma que no deje ninguna opción al que la sufre (*vis absoluta*). Si la fuerza no es absoluta, el que la sufre puede resistirla o por lo menos tiene esta posibilidad, no cabe apreciar esta eximente. No es lo mismo amarrar fuertemente a una persona a un árbol mientras duerme para impedir que cumpla con su deber, que amenazarle con una pistola con la misma finalidad.

En el primer caso falta la acción, al no poder el sujeto ni siquiera manifestar su voluntad.

---

<sup>27</sup> Muñoz, Francisco. La Responsabilidad Penal de los Órganos de las Personas Jurídicas en el Ámbito de Insolvencias Punibles. Ed. Madrid. 1977. Pág. 170 y ss.

En el segundo caso, la voluntad existe pero está viciada en sus motivaciones.

El primer caso constituye un supuesto de fuerza irresistible que excluye la acción; el segundo es un supuesto de vis compulsiva que no excluye la acción, al no anular totalmente la voluntad, sino la antijuridicidad o la culpabilidad según se estime exista aquí estado de necesidad o miedo insuperable.

La fuerza ha de provenir del exterior, es decir, de una tercera persona incluso, mas dudosamente, de fuerzas naturales, tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que los impulsos irresistibles de origen interno no pueden servir de base a esta eximente, porque se trata de actos en los que no está ausente totalmente la voluntad, aunque esto no excluye que puedan servir de base a la apreciación de otras eximentes, como la de trastorno mental transitorio que excluyen o disminuyen la imputabilidad o capacidad de culpabilidad.

En la práctica la fuerza irresistible carece de importancia, salvo raras hipótesis, en los delitos de acción, pero es importante en los delitos de omisión (atar al guardagujas para que no pueda accionar el cambio de vías). La consecuencia principal de la apreciación de esta eximente es que el que violenta, empleando fuerza irresistible contra tercero, responde como autor directo del delito cometido, y el que actué violentado por la fuerza irresistible no solo no responde, sino que su actuación es irrelevante penalmente, siendo un mero instrumento en manos de otro.

**b) Movimientos Reflejos.** Los movimientos reflejos tales como las convulsiones epilépticas o los movimientos instintivos de defensa, no constituyen acción, ya que el movimiento no está en estos casos controlado por la voluntad. El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que lo transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores.

Desde el punto de vista penal no actúa quien en una convulsión epiléptica deja caer un valioso jarrón que tenía en ese momento en la mano, o quien aparta la mano de una placa al rojo vivo rompiendo con ello un valioso objeto de cristal.

Distintos a los movimientos reflejos son los actos en "corto circuito", las reacciones impulsivas o explosivas, en los que la voluntad participa, así sea fugazmente, y que por lo tanto no excluyen la acción.

**c) Estados de inconsciencia.** También falta la acción en los estados de inconsciencia tales como el sueño, el sonambulismo, la embriaguez letárgica. En estos casos los actos que se realizan no dependen de la voluntad y, por consiguiente, no pueden considerarse acciones penalmente relevantes. Se discute si la hipnosis puede dar lugar a uno de estos estados. La opinión dominante se inclina por la negativa, aunque teóricamente no está excluida la posibilidad de que el hipnotizador llegue a dominar totalmente al hipnotizado, si este es de constitución débil, surgiendo en este caso una situación muy próxima a la fuerza irresistible.

Aunque en los estados de inconsciencia falta la acción, pueden ser penalmente relevantes, si el sujeto se ha colocado voluntariamente en dicho estado para delinquir (el guardagujas se emborracha hasta quedar dormido para provocar intencionalmente un choque de trenes) o llega a ese estado por negligencia (el guardagujas se queda dormido y no cambia a tiempo las vías, provocando el choque de trenes). En estos casos se la denomina con la figura ACTIO LIBERA IN CAUSA, lo relevante penalmente es el actuar precedentemente. El problema de las *actio libera in causa* es, sin embargo, muy complejo.<sup>28</sup>

## **2.2.- TIPICIDAD**

De modo general se puede decir que toda acción u omisión es delito si infringe el ordenamiento jurídico (antijuridicidad) en la forma prevista por los tipos penales (tipicidad) y puede ser atribuida a su autor (culpabilidad).

### **2.2.1.- Tipicidad y Tipo.**

De estas tres categorías, la primera y más relevante jurídico-penalmente es la tipicidad.

La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Por imperativo del principio de legalidad en su vertiente del *nullum crimen sine lege* solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tal.

---

<sup>28</sup> Muñoz, Francisco. Teoría General del Delito. Ed. Temis. 1983. Pág. 16 y ss.

Ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría de delito si al mismo tiempo no es típico, es decir, no corresponde a la descripción contenida en una forma penal.

De la amplia gama de comportamientos antijurídicos que se dan en la realidad, el legislador selecciona, conforme al principio de intervención mínima, aquellos más intolerables y más lesivos para los bienes jurídicos más importantes y los amenaza con una pena, describiéndolos en el supuesto de hecho de una norma penal, cumpliendo así, además, las exigencias del principio de legalidad o de intervención legalizada.

Esto no quiere decir que el legislador tenga que describir con toda exactitud y hasta en sus más mínimos detalles los comportamientos que estime deban ser castigados como delito. Ello supondría una exasperación del principio de legalidad que, llevado hasta sus últimas consecuencias, desembocaría en un casuismo abrumador que de todos modos, siempre dejaría algún supuesto de hecho fuera de la descripción legal. La diversidad de formas de aparición que adoptan los comportamientos delictivos impone la búsqueda de una imagen conceptual lo suficientemente abstracta como para poder englobar en ella todos aquellos comportamientos que tengan unas características esenciales comunes. Esta figura puramente conceptual es el TIPO, tipo es por tanto la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal. Tipicidad es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal.

El tipo tiene en derecho penal una triple función:

- a) una función SELECCIONADORA de los comportamientos humanos penalmente relevantes.
- b) una función de GARANTIA, en la medida que solo los comportamientos subsumibles en el pueden ser sancionados penalmente.
- c) Una función MOTIVADORA GENERAL, por cuanto con la descripción de los comportamientos en el tipo penal el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que con la conminación penal

contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida ya que consecuentemente acarrea una determinada sanción.

### **2.2.2.- Tipo y antijuridicidad: tipo de injusto.**

La antijuridicidad es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico.

La antijuridicidad es un concepto unitario válido para todo el ordenamiento jurídico, de tal forma que lo que es antijurídico es una rama del derecho, lo es también para las restantes ramas del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, no todo comportamiento antijurídico es penalmente relevante. Por imperativo del principio de legalidad y de la idea de seguridad y certeza jurídicas solo los comportamientos antijurídicos que, además, son típicos pueden dar lugar a una reacción jurídico-penal.

La tipicidad de un comportamiento no implica, sin embargo la antijuridicidad del mismo, sino más bien es un **indicio** de que el comportamiento puede ser antijurídico (función indiciaria del tipo).

Del hecho de que A haya matado a B o haya dañado una cosa mueble de C no se desprende, sin más, que el comportamiento de A sea antijurídico. Ciertamente A puede haber realizado un tipo de homicidio o de daños, pero su hecho puede estar justificado, es decir, no ser antijurídico, por la concurrencia de alguna causa de justificación: legítima defensa, estado de necesidad.

De lo dicho se desprende que tipo, y antijuridicidad son dos categorías distintas de la teoría general del delito. El tipo puede desempeñar una función indiciaria de la antijuridicidad (*ratio cognoscendi*), pero no se puede identificar con ella.

La identificación entre tipo y antijuridicidad conduce a la teoría de los elementos negativos del tipo. Según esta teoría, las causas de justificación excluyentes de la antijuridicidad (legítima defensa, estado de necesidad) deben ser consideradas como elementos negativos del tipo, de tal forma, por ejemplo el que matare en legítima defensa, ni siquiera realizaría el tipo penal de homicidio, sino un nada jurídico-penal o, como dice WELZEL, su acción sería, desde el punto de vista del derecho penal,

tan irrelevante como si hubiera matado una mosca. En verdad, difícilmente se puede equiparar una conducta atípica (matar a una mosca) con una conducta típica pero amparada en una causa de justificación (matar a otra persona en legítima defensa). Por otra parte, la indagación sobre la antijuridicidad solo tiene sentido, si previamente se ha establecido la tipicidad del comportamiento.

Aunque en la práctica ambas cualidades de la acción se suelen comprobar conjuntamente, nada impide que puedan y deban ser separadas conceptualmente; del mismo modo que en el análisis de un cuadro distinguimos perfectamente sus distintos elementos negativos del tipo se reflejan sobre todo en materia de error, pues al considerar las causas de justificación como elementos negativos del tipo, no hay más remedio que tratar unitariamente el error sobre los elementos del tipo y el error sobre los presupuestos de las causas de justificación .

La relación entre tipo y antijuridicidad puede ser más o menos estrecha. Generalmente, en el tipo se incluyen todas las características de la acción prohibida que fundamentan positivamente su antijuridicidad. Sin embargo, no siempre se pueden deducir directamente del tipo estas características. Hay tipos en los cuales la ley solo describe una parte de estas características, dejando al juez o al intérprete la tarea de buscar las características que faltan. Sucede esto sobre todo en los delitos imprudentes en los que la acción prohibida tiene que ser establecida por el juez con ayuda del criterio de la "diligencia debida". O en los delitos de comisión por omisión en los que el ámbito de la autoría tiene que ser completado con el criterio de la "posición de garante".

Ello se debe a la dificultad de plasmar legalmente tales características en el tipo legal. Pero una vez halladas, pertenecen al tipo igual que las demás. Otra cosa sucede con algunos tipos en los que para saber cuál es la conducta prohibida hay que acudir a determinadas características de la antijuridicidad o características normativas (tipos abiertos). La materia de prohibición solo se puede saber si se tienen en cuenta estos elementos que directamente afectan la antijuridicidad.

Lo que aquí se plantea es que esos elementos pertenecen a la tipicidad y que, por consiguiente, si no se dan, excluyen tanto la tipicidad como la antijuridicidad. La cuestión tiene trascendencia en el ámbito del error, ya que, según se estimen

elementos del tipo o de la antijuridicidad, deberá tratarse el error sobre ellos, como error de tipo o error de prohibición.

En principio, debe considerarse que tales características que afectan directamente a la antijuridicidad no son elementos del tipo y que, por consiguiente, el error sobre ellas es error de prohibición. Así por ejemplo, quien se cree erróneamente legitimado para detener u obligar a otro a hacer algo, actúa típicamente en el sentido de un delito de coacciones, aunque puede no ser culpable o su culpabilidad ser disminuida por encontrarse un error sobre la antijuridicidad.

Con ello se demuestra que la relación entre el tipo y las restantes categorías del delito es muy estrecha, así por ejemplo se habla también de tipo de culpabilidad, para designar aquellos elementos que fundamentan el juicio de culpabilidad. También se habla de tipo de delito como el conjunto de presupuestos que deben darse para imponer una pena. Sin embargo, el nombre de tipo debe preservarse para aquella imagen conceptual que sirve para describir la conducta prohibida en el supuesto de hecho de una norma penal y que después va a ser objeto del juicio de antijuridicidad, es decir, va a ser analizada desde el prisma de las causas de justificación. Se habla así de tipo de injusto y en este sentido va ser utilizado aquí mientras no se diga lo contrario.<sup>29</sup>

### **2.2.3.- Tipo y adecuación social.**

Aunque el tipo a diferencia de lo que pensaba su creador Ernesto Beling, no es una categoría neutra valorativamente, sino que implica ya una selección de comportamientos y, por lo tanto, una valoración (lo típico es ya lo relevante penalmente), no es menos cierto, sin embargo, que ciertas acciones en si típicas carecen de relevancia al ser corrientes en el ámbito social. Por ejemplo la entrega de regalos de poco monto a un funcionario o el invitarlo a una copa, literalmente hablando puede constituir un tipo de cohecho; la ponderación excesiva de las cualidades de una mercancía en la propaganda comercial, un tipo de estafa; los golpes en el boxeo, un tipo de lesiones, no obstante se estima, que por ser

---

<sup>29</sup> Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán, Parte General, Traducción de Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Ramírez, Santiago de Chile. 1976.

comportamientos adecuados socialmente, no deben considerarse típicos y mucho menos antijurídicos.

Sin embargo se confunden con esta teoría de la adecuación social dos planos distintos y con distinta trascendencia: el social y el jurídico. Ciertamente lo que es adecuado socialmente, es decir los comportamientos habituales en la sociedad, aceptados y practicados por la mayoría, no deberían ser generalmente típicos, es decir penalmente relevantes. Pero sucede muchas veces que existe un desfase entre lo que las normas penales prohíben y lo que socialmente se considera adecuado. Este desfase puede llevar inclusive a la derogación de hecho de la norma jurídica y a proponer su derogación formal, pero, en tanto este último no suceda, no puede permitirse que la adecuación social sea una causa de exclusión de la tipicidad: lo que la adecuación puede ser es un criterio que permita, en algunos casos, una interpretación restrictiva de los tipos penales que, redactados con excesiva amplitud, extienden en demasía el ámbito de prohibición.

Pero esta es una consideración fáctica que no puede pretender validez general, dada sobre todo su relatividad e inseguridad. Por ello debe rechazarse el criterio de la adecuación social como causa de exclusión del tipo.

#### **2.2.4.- Estructura y composición del tipo.**

La imagen conceptual, que es el tipo, se formula en expresiones lingüísticas que, con mayor o menor acierto, intentan describir, con las debidas notas de abstracción y generalidad la conducta prohibida.

Para cumplir su función de garantía, el tipo tiene que estar redactado de tal modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta prohibida. Para ello hay que utilizar un lenguaje claro y preciso asequible al nivel cultural medio. Se debe ser parco en la utilización de elementos normativos (acreedor, insolvencia, amenidad etc.), que implican siempre una valoración y, por eso, un cierto grado de subjetivismo y emplear sobre todo **elementos lingüísticos descriptivos** que cualquiera puede apreciar o conocer en su significado sin mayor esfuerzo: matar, daños, lesiones, aunque realmente es imposible desterrar los elementos normativos e incluso los

puramente descriptivos, como el de “morada” en el allanamiento de morada, están necesitados de valoración para ser aplicados en la práctica.

Igualmente debe evitarse en lo posible el **Casuismo** en la descripción de las conductas prohibidas. Es imposible llegar a describir exhaustivamente todas las formas de aparición de un delito y es preferible utilizar **clausulas generales** definiciones y descripciones genéricas que reúnan los caracteres comunes esenciales a cada grupo de delitos por ejemplo las definiciones del robo y del hurto son tipos penales diferentes.

En todo caso deben evitarse los **conceptos indeterminados** por el peligro que representan para la seguridad jurídica de los ciudadanos, al dejar sin precisar claramente la conducta prohibida.

Algunas veces es imposible comprender en un solo tipo las diversas formas de aparición de un mismo delito. Sucede esto cuando el delito aparece acompañado de algunas circunstancias objetivas o personales que atenúan o agravan la antijuridicidad o la culpabilidad y el legislador ha creído conveniente tener en cuenta expresamente estas circunstancias para crear otros **tipos derivados del tipo básico**.

Otras veces las circunstancias atenúan la pena. Por ejemplo, en el hurto el hecho de que el valor de la cosa hurtada no exceda de una determinada cuantía. En este caso se dan los llamados **tipos privilegiados**. Tanto los tipos cualificados como los privilegiados son simples derivaciones del tipo básico, por lo que las reglas aplicables a estos también son aplicables a aquellos. Distinto es el caso, cuando el tipo derivado se le añaden tales características y peculiaridades que lo distinguen hasta tal punto del tipo básico que lo convierten en un tipo autónomo distinto.

Sucede esto, por ejemplo, en los delitos contra la vida independiente. El tipo básico en ellos es el homicidio previsto en el Art. 251; el asesinato, el parricidio, o el infanticidio, el homicidio culposo son simples derivaciones del tipo básico, pero ofrecen tales peculiaridades que a nivel técnico-jurídico, deben considerarse como delitos autónomos e independientes del tipo básico.

Para saber cuando estamos ante un tipo cualificado o privilegiado y cuando ante uno autónomo es necesario acudir a la interpretación, partiendo de la regulación legal

concreta. Los tipos cualificados o privilegiados añaden circunstancias agravantes o atenuantes, pero no modifican los elementos fundamentales del tipo básico.

El delito autónomo constituye, por el contrario, una estructura jurídica unitaria, con un contenido y ámbito de aplicación propios, con un marco penal autónomo.

De lo dicho se desprende que en la composición de los tipos penales entran una serie de elementos de distinta procedencia y distinta significación. Es imposible delimitar *a priori* todas las peculiaridades que presentan los distintos tipos delictivos. Esta es una tarea que corresponde a la parte especial, que precisamente se ocupa del estudio de cada uno de los distintos tipos delictivos.

Los intentos de elaborar una parte general de la parte especial en la que se incluyan todas las características generales comunes a los distintos tipos delictivos son inútiles y de antemano destinados al fracaso. Es imposible reducir a un denominador común las diversas características de los tipos delictivos.

En este momento, lo más que se puede hacer es indicar algunas cuestiones generales que plantean a aquellos elementos que, de un modo constante, están siempre presentes en la composición de todos los tipos: sujeto activo, acción y bien jurídico.

#### **a) sujeto activo.**

El delito como obra humana siempre tiene un autor, aquel que precisamente realiza la acción prohibida.

Normalmente en el tipo se alude a dicho sujeto con expresiones impersonales como “**el que**” o “**quien**”. En estos casos sujeto activo del delito puede ser cualquier persona (delitos comunes), al margen de que después pueda o no ser responsable del delito en cuestión, si tiene las facultades psíquicas mínimas necesarias para la culpabilidad.

En algunos tipos delictivos se plantean, sin embargo, algunas cuestiones en relación con el sujeto activo.

En primer lugar tenemos los **delitos plurisubjetivos**, en los que el tipo exige la concurrencia de varias personas, bien concurriendo uniformemente para la consecución del mismo objeto (delitos de convergencia: rebelión asociación ilícita), bien autónomamente como partes de una misma relación delictiva (delitos

de encuentro: el cohecho, en el que interviene el funcionario y la persona que soborna).

De estos delitos deben distinguirse los casos de participación necesaria en los que intervienen también varios sujetos en la realización de la acción, pero uno de ellos permanece impune por ser precisamente el titular del bien jurídico protegido en el tipo (la mujer en el estupro).

En algunos casos la ley exige determinadas cualidades para ser sujeto activo de un delito. Nos encontramos entonces con los llamados **delitos especiales**.

Sujeto activo de estos delitos solo puede serlo aquella persona que, además de realizar la acción típica, tenga las cualidades exigidas en el tipo penal (deudor en el alzamiento de bienes, “funcionario público” en la malversación de caudales públicos).

Los delitos especiales se dividen en delitos especiales en sentido estricto y delitos especiales en sentido amplio.

Los **delitos especiales en sentido estricto** son aquellos que no tienen correspondencia con uno común (por ejemplo, el alzamiento de bienes o falencia civil): **los delitos especiales en sentido amplio** tienen correspondencia con uno común, pero la realización por determinadas personas del delito común hace que este se convierta en tipo autónomo distinto, con punición también distinta, por ejemplo el parricidio respecto al homicidio). Estos delitos plantean especiales dificultades en relación con el tratamiento que debe darse a aquellos partícipes que intervienen en la realización del delito especial, sin tener las cualidades personales exigidas en el tipo.

Distintos a los delitos especiales son los **delitos de propia mano**. En ellos el tipo exige la realización de una acción determinada y solo se encuentre en posición de ejecutar inmediata y corporalmente, por si mismo, la acción puede ser sujeto activo (“yacimiento” en la violación).

#### **b) Acción.**

En todo delito hay una acción, entendida como comportamiento humano (acción u omisión) que constituye el núcleo del tipo penal es su elemento más importante. La acción viene descrita generalmente por un verbo típico (matar, maltratar, etc.)

que puede indicar una acción positiva o una omisión. Cuando el tipo solo exige la realización sin más, estamos ante los **delitos de mera actividad** (injuria, falso testimonio).

En otros casos se exige, junto a la realización de la acción, la producción de un resultado material (delitos de resultado). La distinción puede llevar a confusiones, ya que todo delito consumado tiene un resultado constituido por la realización del tipo. Cuando aquí se habla de resultado se alude al resultado como modificación producida en el mundo exterior, distinto idealmente de la acción misma. En algunos delitos se exige para la consumación del tipo esta modificación separada de la acción y en ese sentido se habla de delitos de resultado (lesiones, homicidios, daños, incendios).

En algunos tipos la acción se delimita por la exigencia del empleo de algunos **medios legalmente determinados** por el lugar.

Según que el tipo comprenda una o varias acciones se habla de delitos simples y delitos compuestos. Los últimos se dividen en complejos y mixtos.

Los delitos complejos se caracterizan por la concurrencia de dos o más acciones, cada una constitutiva de un delito autónomo, pero de cuya unión nace un complejo delictivo autónomo distinto. En los delitos mixtos el tipo contiene, bajo la misma conminación penal, diversas modalidades de conducta, bastando que se realice una de ellas para que se constituya el tipo.

### **c) bien jurídico.**

La norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos. Para cumplir esta función protectora eleva a la categoría de delitos, por medio de su tipificación legal, aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. El bien jurídico es, por tanto la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento.

Todo tipo de delito está orientado hacia la puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico este no es otra cosa que el VALOR al que la ley quiere proteger de las acciones que puedan dañarlo. Este valor es una cualidad positiva que el legislador atribuye a determinados intereses. La cualidad de bien jurídico es, por lo tanto, algo que crea la ley y no algo preexistente en ella misma. Lógicamente

se espera que de acuerdo con el principio de intervención mínima, el legislador solo utilice el derecho penal para proteger bienes jurídicos verdaderamente importantes y tipifique aquellos comportamientos verdaderamente lesivos o peligrosos para esos bienes jurídicos. Pero esto es un desiderátum que no siempre se cumple. De ahí la necesidad de tener presente siempre una actitud crítica tanto frente a los bienes jurídicos protegidos como a la forma de protegerlos penalmente.

El concepto de bien jurídico se utiliza en derecho penal como criterio de clasificación, aglutinando los distintos tipos delictivos en función del bien jurídico protegido en ellos (delitos contra la vida, contra el honor, contra la propiedad). Según este criterio de clasificación, se distingue entre bienes jurídicos individuales (vida, honor, libertad) y comunitarios (salud pública, seguridad del Estado, orden publico). Esta distinción no tiene, sin embargo, un valor absoluto, ya que es tan importante para el individuo que se respeten los bienes jurídicos que le afecten directamente, como los que afectan al orden social en el que el individuo tiene que vivir y realizarse.

Distinto del bien jurídico es el **objeto de la acción**, que es aquella cosa del mundo exterior sobre la que recae directamente la acción típica (la cosa mueble ajena en el hurto). En algunas ocasiones pueden coincidir ambos conceptos sobre un mismo objeto (por ejemplo en el homicidio), pero inclusive en este caso se puede distinguir entre el objeto como objeto material físico sobre el que recae la acción y el objeto jurídico como bien o valor ideal al que la ley reconoce su protección.

Titular del bien jurídico es el **sujeto pasivo**. No siempre coincide el titular del bien jurídico protegido en el tipo legal con el sujeto pasivo de la acción típica. Así, en la autolesión para eximirse del servicio militar, sujeto pasivo de la acción es quien se lesiona a sí mismo y titular del bien jurídico protegido es la administración militar. La distinción tiene importancia en algunos casos para saber quien está legitimado para consentir y disponer del bien jurídico. En la mayoría de los delitos de carácter comunitario el sujeto pasivo aparece de un modo borroso y vago, por lo que se habla de *delitos vagos o difusos* ya que en otros casos, se discute la

cualidad del sujeto pasivo a las personas jurídicas respecto a determinados bienes jurídicos (por ejemplo el honor), y en otros se habla de un sujeto pasivo genérico presente en todo delito que es el Estado. En realidad, el concepto de sujeto pasivo es poco preciso y solo tienes interés para saber quién es el titular del bien jurídico protegido en el tipo penal, en aquellos casos en que quepa disponer libremente de él (por ejemplo la propiedad).<sup>30</sup>

### **2.3. ANTIJURIDICIDAD**

Una vez subsumido (tipificado) el caso de la realidad en el supuesto de hecho de una norma penal, el siguiente paso en orden a la averiguación de si ese caso puede engendrar responsabilidad penal, es la determinación de la **antijuridicidad**, es decir la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito.

El termino antijuridicidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuridicidad no es un concepto específico del derecho penal sino en un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo.

El derecho penal no crea la antijuridicidad sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos antijurídicos, generalmente los más graves, conminándolos con una pena. Normalmente la realización de un hecho típico genera la sospecha de que ese hecho es también antijurídico (función indiciaria de la tipicidad); pero esta presunción puede ser desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuridicidad. Si no concurre ninguna de estas causas, se afirma la antijuridicidad y el siguiente paso es entonces la constatación de la culpabilidad del autor de ese hecho típico y antijurídico.

De aquí se deduce que, en la práctica, la función del juicio de antijuridicidad se reduce a una constatación negativa de la misma, es decir, a la determinación de si concurre o no alguna causa de justificación.

---

<sup>30</sup> Muñoz, Francisco. Teoría General del Delito. Ed. Temis. 1983. Pág. 43 y ss.

Cfr. Bustos. Política criminal e Injusto en Bases Críticas de un nuevo Derecho Penal. Bogotá. Ed. Temis. 1983.

Esto no quiere decir que la antijuridicidad no plantee una problemática propia ya que corresponde a la ciencia del derecho penal ocuparse de lo que significa la antijuridicidad como tal y de su significación para la teoría del delito.<sup>31</sup>

### **2.3.1.- Antijuridicidad e injusto.**

En la dogmática jurídico-penal se emplea tanto el término antijuridicidad como el de injusto, como equivalentes. Sin embargo, ambos términos deben diferenciarse.

La *ANTI JURIDICIDAD* es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico. El o lo injusto es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica; lo injusto, es una cualidad de la acción común a todas las ramas del ordenamiento jurídico, el injusto (a veces también llamado ilícito) es una acción antijurídica determinada; la acción antijurídica de hurto, de homicidio, de incumplimiento contractual, de infracción administrativa.

Por eso se habla de injusto penal, injusto civil o injusto administrativo aunque la antijuridicidad sea unitaria para todo el ordenamiento jurídico.

En derecho penal se emplea la expresión **tipo de injusto** para calificar aquellas acciones antijurídicas subsumibles como típicas en el supuesto de hecho de una norma penal y también para delimitar el comportamiento típicamente relevante sobre el que ha de recaer el juicio de antijuridicidad.<sup>32</sup>

### **2.3.2.- Antijuridicidad formal y antijuridicidad material.**

A la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico se le llama **antijuridicidad formal**. La antijuridicidad no se agota, sin embargo, en esta relación de oposición entre acción y norma, sino que tiene un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger. Se habla en este caso de **antijuridicidad material**. Antijuridicidad formal y material no son sino aspectos del mismo fenómeno.

---

<sup>31</sup> Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal- La Ley y el Delito. Ed. Abeledo Perrót. 1970. Pág. 268.

<sup>32</sup> Muñoz, Francisco. Teoría General del Delito. Ed. Temis. 1983. Pág. 284.

Una contradicción puramente formal entre la acción y la norma no puede ser calificada de antijuridicidad como tal la lesión de un bien que no esté protegido jurídicamente. La esencia de la antijuridicidad es, por consiguiente la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción. En la medida en que no se de esa ofensa al bien jurídico no podrá hablarse de antijuridicidad, por más que aparente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción. La falsificación de la firma de un personaje famoso por puro pasatiempo o la confección de una letra de cambio con fines didácticos.

No constituye una acción antijurídica de falsedad documental, ya que el bien jurídico protegido en el tipo penal antes señalado es la seguridad en el tráfico fiduciario, ya que la misma no se ve afectada por estos hechos.<sup>33</sup>

### **2.3.3.- Los conceptos de lesión y peligro**

La ofensa al bien jurídico, que constituye la esencia del juicio de antijuridicidad, puede consistir en una lesión o en una puesta en peligro de dicho bien jurídico.

La lesión del bien jurídico es un concepto normativo. Por tal no solo debe entenderse la destrucción o daño de un objeto material, sino también las ofensas inferidas a bienes jurídicos de tipo ideal que no tienen sustrato material. Tal lesión es la destrucción de la vida o de una cosa ajena en los delitos de homicidio y de daños, como la ofensa al honor en el delito de injurias. Normalmente, la forma consumada de los tipos delictivos contiene una lesión del bien jurídico protegido en dicho tipo.

Junto a la lesión, en el derecho penal se castiga también la puesta en peligro de bienes jurídicos.

El peligro es un concepto también normativo en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad de que determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca. El juicio de peligro es, pues un juicio ex ante, que se emite situándose el juzgador en el momento en que se realizó la acción.

---

<sup>33</sup> Cuello, Eugenio. Derecho Penal Tomo I. Ed. Bosch. Barcelona. 1934.

Para establecer si la acción realizada era peligrosa para un bien jurídico, es decir, era probable que produjera su lesión, es preciso que el juzgador conozca la situación de hecho en la que se realiza la acción que está enjuiciando (conocimiento ontológico) y sepa además las leyes de la naturaleza y las reglas de experiencia por las que se puede deducir que esa acción, realizada en esa forma y circunstancias, pueda producir generalmente la lesión de un bien jurídico (conocimiento nomológico). Para saber, por ejemplo si A conducía peligrosamente su automóvil es necesario, primero, saber a qué velocidad lo conducía, porque tipo de carreteras viajaba, que clase de coche era etc. Y segundo, deducir si, conforme a las reglas de la experiencia, era probable que, por esa forma de conducir y dadas las circunstancias, se produjera un accidente que provocara la muerte o la lesión de alguien.

Si una vez hechas estas comprobaciones se deduce que no hubo tal peligro, el hecho dejara de ser antijurídico, porque la antijuridicidad material exige por lo menos la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos en la norma penal.<sup>34</sup>

#### **2.3.4.- Desvalor de acción y desvalor de resultado.**

El contenido material de la antijuridicidad no se agota, sin embargo, en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. No toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor de resultado) es antijurídica, sino solo aquella que se deriva de una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico (desvalor de acción).

El derecho penal, por imperativo del principio de intervención mínima, no sanciona toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, solo aquellas que son consecuencias de acciones especialmente intolerables es decir se imputan resultados cuando han sido producidos dolosa o imprudentemente; se castigan más gravemente algunos hechos ya delictivos cuando se realizan de una forma especialmente intolerable, como el asesinato.<sup>35</sup>

Ambos conceptos, desvalor de acción y desvalor de resultado, son igualmente importantes en la configuración de la antijuridicidad, ya que están perfectamente

---

<sup>34</sup> Griva, Gregori. La Puesta en Peligro de Bienes Jurídicos. Ed. Barcelona. 1979. Pág. 85 y ss.

<sup>35</sup> Rodríguez, Mourullo. Derecho Penal- Parte General vol. I. Ed. Madrid. 1977.

entrelazados y son inimaginables separados. El valor o desvalor de una conducta supone siempre el valor o desvalor de un resultado. Así por ejemplo, la prohibición de matar es una consecuencia de la protección a la vida; la prohibición de robar una consecuencia de la protección a la propiedad. Lógicamente los mandatos “no matar”, “no robar” solo tienen sentido si previamente se reconocen los valores que los fundamentan: vida, propiedad. Etc. Pero igualmente la protección a esos valores, por medio de la norma penal, solo puede conseguirse sancionando o prohibiendo las acciones humanas que puedan lesionarlos.

Por eso parece superflúa la polémica sobre la prioridad entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado. No existe una jerarquía lógica o valorativa entre ellos, ya que ambos contribuyen, al mismo nivel, a constituir la antijuricidad de un comportamiento.

Lo que sucede es que, por razones político-criminales, el legislador a la hora de configurar los tipos delictivos puede destacar o hacer recaer más el acento en uno u otro tipo de desvalor.

En el derecho penal tradicional, por influencia de la idea de la responsabilidad por el resultado, se hacía recaer el centro de gravedad en el desvalor del resultado, especialmente en la lesión del bien jurídico protegido, castigando más gravemente el delito consumado que la tentativa, admitiendo los delitos cualificados por el resultado.

Actualmente se pretende destacar el desvalor de la acción, castigando con la misma pena la tentativa y el delito consumado, adelantando la consumación del delito a simples puestas en peligro del bien jurídico o incluso, lo que es recusable, sancionando la simple desobediencia a la norma sin ofensa al bien jurídico protegido.

Para evitar estos excesos debe tenerse en cuenta siempre el principio de intervención mínima y la idea de antijuricidad material, según la cual solo la lesión o la puesta en peligro efectivo de un bien jurídico puede ser sancionada con una pena.

## **2.4.- CULPABILIDAD**

Existen dos vertientes o teorías fundamentales que tratan de explicar la culpabilidad como elemento del delito; la primera una teoría normativa, y la segunda una teoría psicológica.

### **2.4.1.- La teoría normativa.**

Concibe la culpabilidad como un hecho psicológico valuado con arreglo a una norma, mediante un juicio tendiente a decidir si ese comportamiento, que significa un apartamiento objetivo del Derecho, es subjetivamente reprochable al autor por implicar dentro de su posibilidad de actuar de otra manera, una infracción a su deber de actuar como el Derecho se lo exigía. No es el hecho psicológico como tal, sino su valoración, en relación a la exigencia de una norma, lo que da significado a la doctrina de la culpabilidad. Sus características principales pueden ser formuladas de un modo general:

- a) El contenido de culpabilidad no se agota por los elementos psicológicos contenidos en el dolo y en la culpa.
- b) La culpabilidad es un juicio formulado sobre una situación de hecho, generalmente psicológica, a consecuencia del cual la acción es reprochable.
- c) Es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al autor, la reprochabilidad de la conducta antijurídica con lo cual la imputabilidad deja de ser un presupuesto de la culpabilidad para serlo de la pena.
- d) Son objeto de estudio, dentro de la culpabilidad, todas las causas que la excluyen, como elemento de juicio para decidir si ha habido o no una motivación normal.
- e) El dolo y la culpa son sus elementos.

También lo son para la afirmación del juicio de reproche, las causas de exclusión de la culpabilidad.

Esta concepción estudia la culpabilidad dentro de los vastos campos de la reprochabilidad, la exigibilidad, las motivaciones y la caracterología, o personalidad del delincuente. Reprochabilidad es la cualidad de la acción que posibilita hacer un reproche personal al autor, porque no la ha omitido; o como dice **Carrara**, para que una acción pueda ser legítimamente declarada imputable a su autor, se requiere que pueda echársela en cara como un acto reprobable. Para que una acción pueda ser reprochable su omisión debe ser exigible. Si el hacer contrario a la norma provoca un juicio de culpabilidad, esa norma desatendida debe tener un contenido de exigibilidad. La concepción normativa de la culpabilidad requiere presupuesto de hecho, sin los cuales no es posible construirla, y entre esos elementos apriorísticos, situados fuera de la culpabilidad, se halla la **motivación normal**; o dicho de otro modo que el sujeto actúe sin óbices que le impidan o tuerzan el razonamiento o la cabal comprensión del acto y de las consecuencias sobrevinientes. Cuando esa motivación es **anormal**, es decir, cuanto está fuera del razonamiento o de la cabal comprensión del acto, queda excluida la culpabilidad.

#### **2.4.2.- La teoría psicológica.**

Este modo de concebir la culpabilidad situó el núcleo de ésta en el dolo y en la culpa, es decir, en la vinculación de índole fundamentalmente psicológica entre el autor y el hecho. En este caso la imputabilidad es un presupuesto de esas formas de ser culpable, y el error, la ignorancia y la coacción son causas que las excluyen. Se le crítica que no puede explicar cómo la culpa inconsciente, en la que falta la relación psíquica directa del autor con el resultado delictivo, es una forma de culpabilidad; que, además, no siendo dentro de él graduable la relación psíquica del autor con el resultado, no permite la gradualidad del dolo. En concreto, la imputabilidad sí es psicológica, pero la culpabilidad es valorativa.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Bacigalupo, Enrique. Lineamientos de la Teoría del Delito. Ed. Buenos Aires. 1974.

### CAPÍTULO III

#### IDENTIFICAR LAS DEFICIENCIAS QUE PRESENTA EL TIPO PENAL DE HOMICIDIO CULPOSO ANTE LA NEGLIGENCIA MÉDICA

##### 1.- EL DERECHO A LA VIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE BOLIVIA

En Bolivia el Derecho a la Vida se halla protegido en la Constitución Política del Estado en el Art. 7, al señalar que: Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio: a) A la vida, la salud y la seguridad. Derecho que se halla ratificado en el art. 6° del Código Civil que dice: (Protección a la vida) La protección a la vida y a la integridad física de las personas se ejerce conforme a las normas establecidas en el código presente y las demás leyes pertinentes. Ambos concordantes con el art. 3° de la Declaración de los Derechos del Hombre. Estos preceptos recogen los derechos esenciales de las personas, que a su vez sirven de fundamento a los demás.

El derecho a la vida es primordial entre los derechos referentes a la persona y es el presupuesto indispensable de todos los demás derechos. De no existir el derecho a la vida, carece de sentido que el ordenamiento jurídico se refiera a los demás derechos que protegen a la persona humana. Estos textos implican para la persona el derecho de exigir y obtener la protección de su vida e integridad física. La protección de este derecho pertenece al dominio de aplicación del Derecho Penal. Cualquier atentado contra la vida, se considera como delito sancionado por el Código Penal en su capítulo concerniente a los delitos contra la vida.<sup>37</sup>

##### 2.- HOMICIDIO CULPOSO EN EL CÓDIGO PENAL

###### **2.1.- Homicidio culposo en el código penal.**

En el Código Penal de Bolivia el art. 260 determina (Homicidio culposo). “*El que por culpa causare la muerte de una persona, incurrirá en reclusión de seis meses a tres años*”.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Jiménez, Raúl. Derecho de Familia y Derecho del Menor Tomo I. Ed. Turpo. 2006.

<sup>38</sup> Código Penal. Ley 1768 de 18 de Marzo de 1997. Art. 260.

*Si la muerte se produce como consecuencia de una grave violación culpable de los deberes inherentes a una profesión, oficio o cargo, la sanción será de uno a cinco años”.*

En todo caso para la teoría, el Homicidio Culposo consiste en causar la muerte, un ser humano a otro, obrando con culpa, o sea, sin intención o dolo, pero con negligencia.

Por ejemplo, a alguien limpiando un arma se le escapa un tiro y mata a otra persona, que estaba junto a él. Un automovilista circula rápido y no puede frenar cuando se le cruza un peatón, y le da muerte. El anestesista, que causa la muerte de un paciente al administrar mal la anestesia, por descuido.

El accionar culposo del homicida es el que debe ser el causante de la muerte, pues si este hecho igual sucedería por culpa concurrente de la víctima, la figura delictiva no se configura. No puede haber compensación de culpas, pues a pesar de que el sujeto pasivo haya también participado con su culpa, el homicidio culposo existirá si del accionar del actor, se derivó la muerte de la víctima. Por ejemplo, no podemos alegar para quitar responsabilidad a quien limpiaba el arma, que también la víctima tuvo culpa, por sentarse a su lado mientras hacía tan peligrosa tarea.

El simple hecho de la no observancia de ciertas ordenanzas o reglamentos no coloca al autor del hecho en la posición de homicida culposo, sino que debe existir una relación de causa efecto entre la conducta culposa, y la muerte consecuente.

Según el derecho penal Español en la doctrina definen al homicidio culposo de la siguiente manera; consiste en la involuntaria muerte de un hombre, causada por un acto voluntario, lícito en su origen, cuyas consecuencias, no fueron - aunque debieron ser - previstas por el agente, la acción se consuma en el instante de la muerte. La conducta culposa es incompatible con la comisión de los homicidios agravados.

No existe tentativa en esta clase de delitos, no hay pues un *“iter criminis”* que es cortado en un momento dado.

Para Carrara, define el homicidio culposo diciendo que se da cuando se ha ocasionado la muerte de un hombre por medio de un acto que no está dirigido a lesionar su persona y del cual podrá preverse, sin que se hubiera previsto, que fuera capaz de producir ese deplorable efecto.

Para Silvio Ranieri nos dice que el homicidio culposo, es la muerte no querida de un hombre que se verifica como consecuencia de una conducta negligente, imprudente, o inexperta o también por inobservancia de leyes, reglamentos, ordenes o disposiciones.

El homicidio culposo es cuando se priva de la vida sin que el sujeto activo hubiera tenido la intención de matar, siempre y cuando este daño haya resultado como consecuencia de alguna imprevisión, negligencia de alguna impresión, negligencia, existe también la preterintencionalidad - consiste en querer hacer un daño menor, pero se causaba uno mayor por imprudencia al actuar, puede haber concurso real e ideal y pueden aparecer todas las formas de participación.<sup>39</sup>

### **3.- NEGLIGENCIA MÉDICA EN BOLIVIA**

Es sabido que el médico ejerce una labor en el marco de la probabilidad de toda ciencia, para obtener resultados probables. La evolución positiva de un tratamiento, depende de muchas particularidades, de cómo reacciona el organismo de cada paciente, muchas veces los resultados adversos son inevitables. Pero, el médico tiene la obligación de ver al paciente de manera integral, para así, poder conjugar los aspectos cultural, psicológico y finalmente fisiológico de cada paciente, pues, el paciente no es un órgano enfermo, es una persona en toda su integridad. Pero negligencia médica es otra cosa: es la mala praxis en el ejercicio de la profesión; acto que no está respaldado por los protocolos y normativas vigentes.

Algunos individuos experimentan heridas desgraciadas como el resultado de no conseguir el tratamiento adecuado ni apropiado por parte de un médico o de un hospital.

---

<sup>39</sup> Página Virtual. [www.el delito culposo en Bolivia.com](http://www.el delito culposo en Bolivia.com).2011.

El daño ocurre cuando el paciente es tratado erróneamente o cuando un médico o un nosocomio, se separan de lo que es considerado cuidado juicioso del paciente. Cuando un paciente es lesionado debido al mal cuidado o al cuidado improcedente eso es negligencia médica.

Existen médicos que trabajan sin la mínima ética profesional, contestando el celular en el quirófano, por ejemplo; otros médicos sin estudios de especialización y con complejo de sabelotodo, realizando una mala práctica, consecuentemente haciendo noticia en la crónica roja.

Las cifras proporcionadas por el Ministerio de Salud sobre mala praxis y negligencia médica son alarmantes, pues, los casos crecieron de forma desmesurada, mostrando que la salud y la vida de la población están en peligro. Hoy por hoy, vemos muchas noticias sobre víctimas de la negligencia médica en nuestro país. Eso también denota la baja calidad de los servicios de salud. Las familias de las víctimas, que en su impotencia ante una situación de lesión o muerte de un ser querido, desesperadamente salen a la palestra. Por una parte claman por justicia; por otra, alertan a la comunidad, para que la tragedia no vuelva a suceder.

Son miles de vidas truncadas por las manos de profesionales que ejercen una labor social de extrema importancia y que nunca se comprometieron con la vida de los demás; entonces, no trataron a sus pacientes como les gustaría ser tratados; por eso existe la triste historia de la negligencia médica.

La negligencia médica es definida como un acto mal realizado por parte de un proveedor de asistencia sanitaria, que se desvía de los estándares aceptados en la comunidad médica y que, infelizmente causa alguna lesión o la muerte al paciente. La negligencia médica es haber realizado actos no apropiados o, por no haber tenido la diligencia requerida para un caso en particular. Es decir, negligencia es no haber cumplido con los parámetros mínimos y estándares de conducta para enfrentar el caso clínico, y no haber cumplido con las normas técnicas, propias, de la profesión médica. Constituye, junto a la impericia e imprudencia médica, una vulneración a la

Lex Artis Ad Hoc (ley del arte o conjunto de reglas que permite la buena praxis en el ejercicio de la profesión). También recae la responsabilidad sobre el equipo de salud inmerso en el caso.

¿Qué está ocurriendo? Pues, hubo un tiempo en que los médicos eran personas muy íntegras, estudiosas y sobretodo responsables con sus pacientes y con su propio nombre. Evitaban las malas prácticas, porque sabían que no hay dinero que pague una vida. Además, tenían conciencia de que su juramento era el de salvar vidas y nunca renunciaron a eso. ¿Dónde se fueron los grandes doctores? ¿Por qué se fueron y dejaron a muchos irresponsables, ávidos de dinero a cargo de la salud pública?

Aquellos profesionales que no cumplen con las normas técnicas de la profesión médica porque no las conocen, sencillamente son incompetentes, pues no saben qué criterios deberían seguir. Entonces hay que enterarse de qué pasó en sus escuelas que les permitieron salir profesionales sin saber ciertos procedimientos. La educación es la base para cualquier profesión. Las facultades deberían responder por los malos profesionales que formaron. No obstante, si los profesionales conocen las normas y no las aplican, sencillamente son criminales; no hay por donde perderse.

Es necesario tener en cuenta que las personas comunes no tienen el menor interés en obtener un "premio" a costa del deterioro de su propia salud o de su vida. El reclamo existe por el daño causado por la falta que cometió el médico, que no obro en conformidad con las normas de atención para el tratamiento del paciente; o por la falta de conocimiento del médico al prestar atención al paciente. El asunto es muy serio, pues, la mala práctica médica causa daños permanentes en los pacientes que sobreviven y pierden la calidad de vida. Sin contar el trastorno y el dolor que causa a la familia cuando el paciente se queda impedido de valerse por sí mismo. Tristemente, son vidas repentinamente alteradas, por manos en las que se confió a la salud.

Ningún derecho es más importante que el derecho a la vida; y es devastador perder la vida por culpa de la negligencia de una persona en quien se confió para que cure una dolencia. Por eso la importancia de que la justicia sea pronta y eficaz, para que

ningún caso de mala praxis médica se quede en la impunidad. Aún sabiendo que la negligencia médica no es una actitud deliberada del profesional de salud, ella sería evitada si los médicos tuviesen la conciencia de la importancia y responsabilidad de su profesión.<sup>40</sup>

#### **4.- TIPOS DE CULPA POR NEGLIGENCIA MÉDICA**

Cuando hacemos referencia al concepto culpa, inmediatamente nos remitimos a la teoría general del delito que la define de la siguiente manera: la Culpabilidad es un juicio de reproche que se le hace a un sujeto de derecho, es decir a una persona imputable ya que en este caso de la negligencia médica la culpa se desprende en cuatro formas que son:

##### **4.1.- CULPA INCONSCIENTE**

Es la falta de previsión de un resultado típicamente antijurídico, que pudo y debió haberse previsto al actuar (ha obrado con negligencia o imprudencia pero no imaginándose el resultado delictuoso de su acción).

cuando, dándose en el autor la previsión del resultado típico, el mismo no lo acepta como consecuencia de su actividad, esperando que no se producirá, sea por confiar en que el proceso causal se desarrollará de un determinado modo por factores externos, sea por confiar en que lo puede evitar mediante su propia actividad.

La culpa inconsciente (o sin representación) es aquella en que el resultado no ha sido previsto ni ha sido querido. Por ejemplo sujeto que fuma en surtidor de gasolina, y, provoca un incendio.

Por la intensidad, se distingue entre:

1. la *culpa lata* que es aquella en que el resultado dañoso podría haberse previsto por cualquier persona, es decir por la generalidad de las personas;
2. la *culpa leve* que es aquella en que el resultado hubiera sido previsto por persona diligente.

---

<sup>40</sup> Achával, Alfredo. La Responsabilidad Médica. Ed. Diseño Gráfico Lima. 1984. Pág. 106 y ss.

3. la *culpa levísima* es aquella en que el resultado hubiera sido prevista por persona diligentísima, colinda con el caso fortuito.

#### **4.2.- CULPA CONSCIENTE**

Es la previsión de un resultado típicamente antijurídico pero que se confía evitar, obrando en consecuencia (es decir, prevé el resultado de su acto pero confía en que no ha de producirse; la esperanza de que el hecho no ocurrirá, la diferencia del dolo). La culpa consciente (o con representación) es aquél en que el resultado es previsto pero no deseado por el sujeto activo (En el dolo eventual el resultado es aceptado). Hay ligereza de que el tipo no se realizará.

En síntesis podríamos decir que la culpa consciente es más grave que la culpa inconsciente, ya que el sujeto prevé el resultado pero aun sabiendo que posiblemente podría producirse pero que no desea realizarlo sigue actuando produciendo su resultado.

#### **4.3.- CULPA PROFESIONAL**

Es cuando se han contravenido las reglas propias de una actividad, o sea hubo falta de idoneidad, imprudencia o negligencia.

#### **4.4.- CULPA MÉDICA**

Es una especie de culpa profesional que emerge meramente de la práctica profesional de una rama específica y clara de la medicina.<sup>41</sup>

### **5.- DEFICIENCIAS QUE PRESENTA EL TIPO PENAL DE HOMICIDIO CULPOSO SEGÚN SU DESCOMPOSICIÓN DEL TIPO PENAL**

Para poder observar y a la vez analizar de manera detallada y llegar a las conclusiones correspondientes sobre el tipo penal de Homicidio Culposo, es necesario descomponer el mencionado tipo penal en sus diferentes elementos como a continuación se pueden observar:

---

<sup>41</sup> Frish, Wolfgang. Tipo Penal e Imputación Objetiva. Ed. Madrid. 1995. Pág. 208 y ss.

**1.- Nomen Juris:** Homicidio Culposo

**2.- Precepto Jurídico:** el mandato jurídico es evitar que por culpa se produzca la muerte de una persona.

**3.- Concordancias:** concordante con el Art. 15 del Código Penal (parte general) que establece: Art. 15 (culpa). Actúa culposamente quien no observa el cuidado a que está obligado conforme a las circunstancias y sus condiciones personales y, por ello:

1. No toma conciencia de que realiza el tipo legal.
2. Tiene como posible la realización del tipo penal y, no obstante está prevista, lo realiza en la confianza de que evitará el resultado.

**4.- bien jurídico tutelado:** el bien jurídicamente tutelado es la VIDA y la integridad corporal.

**5.- sujeto activo:** es un delito impropio, es decir que el autor puede ser cualquier persona.

**6.- sujeto pasivo:** el sujeto pasivo es la víctima del delito según el C.P.P. en su Art. 11 (garantías de la víctima). La víctima por sí sola o por intermedio de un abogado, sea particular o del Estado, podrá intervenir en el proceso penal aunque no se hubiera constituido en querellante.

**7.- condición objetiva de punibilidad o la conditio sine qua non:** es causar la muerte, en el cual tiene que existir CULPA (imprudencia, negligencia e impericia).

**8.- verbo típico:** causare la muerte.

**9.- elemento subjetivo o condición de culpabilidad:** el que por culpa (imprudencia, negligencia e impericia) causare la muerte.

**10.- sanción:** es la reclusión de seis meses a tres años.

**11.- agravante:** si la muerte se produce como consecuencia de una grave violación culpable de los deberes inherentes a una profesión, oficio o cargo, la sanción será de reclusión de uno a cinco años.

**12.- tipo o clase de delito:** se trata de un delito de resultado.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, volumen VI- Parte General, El Delito y su Exteriorización. Ed. Madrid. 1975. Pág. 328 y ss.  
Código Penal, Ley 1768 de 17 de Marzo de 1997.  
Código de procedimiento Penal. Ley 1970 de 25 de Marzo de 1999.

## **6.- LA HISTORIA CLÍNICA COMO DOCUMENTO FUNDAMENTAL PARA LA AVERIGUACIÓN DE LA NEGLIGENCIA MÉDICA**

La HISTORIA CLÍNICA del Paciente es el documento fundamental en toda reclamación por imprudencia o negligencia médica u hospitalaria todo paciente, tiene DERECHO a obtener una COPIA COMPLETA de su Historia Clínica.

La historia clínica se origina con el primer episodio de enfermedad o control de salud en el que se atiende al paciente, ya sea en el hospital o en el centro de atención primaria, o en un consultorio médico. La historia clínica está incluida dentro del campo de la semiología clínica.

El registro de la historia clínica construye un documento principal en un sistema de información hospitalario, imprescindible en su vertiente asistencial, administrativa, y además constituye el registro completo de la atención prestada al paciente durante su enfermedad, de lo que se deriva su trascendencia como documento legal.

La información contenida en la historia clínica puede obtenerse siguiendo el método clínico, orden de trabajo semiológico, por diferentes vías que son:

- La **anamnesis** es la información surgida de la entrevista clínica proporcionada por el propio paciente (o familiar, en el caso de menores de edad) o de alteraciones de la conciencia del propio paciente.
- exploración física o examen físico: a través de la inspección, palpación, percusión y auscultación del paciente deben registrarse: peso, talla, índice de masa corporal y signos vitales.
- exploración complementaria (pruebas o exámenes complementarios) de laboratorio, diagnóstico por imágenes y pruebas especiales realizados en el paciente;
- diagnósticos presuntivos: basados en la información extraída del interrogatorio y exploración física, calificados de presuntivos ya que están sujetos a resultados de laboratorio o pruebas de gabinete (estudios de imagen), así como a la propia evolución natural de la enfermedad;

- juicios de valor que el propio médico extrae o de documentos que él elabora para fundamentar un diagnóstico, prescribir el tratamiento y, finalmente, dejar constancia del curso de la enfermedad;
- tratamiento instaurado.

Por tanto, los cinco componentes principales de la historia clínica son:

- datos subjetivos proporcionados por el paciente
- datos objetivos obtenidos de la exploración física y de las exploraciones complementarias
- diagnóstico
- pronóstico
- tratamiento

Con el transcurso del tiempo, los datos surgidos de la enfermedad del paciente ayudan a comprender la variación de la historia natural de la enfermedad.

Además de los datos clínicos que tengan relación con la situación actual del paciente, incorpora los datos de sus antecedentes personales y familiares, sus hábitos y todo aquello vinculado con su salud biopsicosocial. También incluye el proceso evolutivo, tratamiento y recuperación. La historia clínica no se limita a ser una narración o exposición de hechos simplemente, sino que incluye en una sección aparte los juicios, documentos, procedimientos, informaciones y consentimiento informado.

El consentimiento informado del paciente, que se origina en el principio de autonomía, es un documento donde el paciente deja registrado y firmado su reconocimiento y aceptación sobre su situación de salud y/o enfermedad y participa en la toma de decisiones del profesional de la salud.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Bustamante, Carlos. *Ética, Medicina y Sociedad*. Ed. Diseño Gráfico Integral. 1985. Pág. 199 y ss.

## CAPÍTULO IV

### EXPLICAR LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO POR LA MALA PRAXIS DE LA MEDICINA Y LAS FORMAS DE APARICIÓN DE LA CULPA

#### **1.- RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO Y MALA PRAXIS DE LA MEDICINA**

##### **1.1.- Mala Praxis, su Definición conceptual.**

Existirá mala praxis en el área de la salud, cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencias de un accionar profesional con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo con apartamiento de la normativa legal aplicable.-

##### **1.2.- Análisis y contenido del concepto.**

**1.2.1.- En primer lugar**, debe existir un daño constatable en el cuerpo, entendido como organismo, o en la salud, extendiéndose el concepto tanto a la salud física como a la mental, siendo ésta comprensiva de todas las afecciones y trastornos de orden psiquiátrico, psicológico, laborales, individuales y de relación, con incidencia en la demás personas. La amplitud del concepto, abarca no solo el daño directo al individuo, sino que por extensión, se proyecta inclusive sobre prácticamente la totalidad de las actividades del afectado.

**1.2.2.- En segundo lugar**, el daño causado debe necesariamente originarse en un acto imprudente o negligente o fruto de la impericia o por el apartamiento de las normas y deberes a cargo del causante del daño o apartamiento de la normativa vigente aplicable.

#### **2.-TIPOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA**

Los tipos de responsabilidad medica según la teoría moderna jurídico penal son las siguientes:

## **2.1.- Responsabilidad penal del médico.**

Se genera esta responsabilidad personal del profesional médico que ocasiona el daño cuando su acción u omisión lesiva está tipificada en el Código penal como constitutiva de un delito o de una falta.

La comisión por parte de los profesionales médico de delitos o faltas genera una personal responsabilidad penal del profesional y si de ésta se derivan daños también la responsabilidad civil por tanto su obligación indemnizatoria.

Es decir que la ejecución de un hecho descrito por el Código Penal como delito o falta obliga a quien lo realiza a la reparación de los daños y perjuicios causados en la comisión de ese delito o falta.

La responsabilidad penal es una responsabilidad personal y ello implica que la sanción (condena) penal prevista solamente puede ser cumplida por la persona que de forma directa es autor del delito o la falta.

Por tanto el médico responderá de la sanción penal y su entidad aseguradora si tuviera concertada una póliza de responsabilidad civil) afrontará el pago de la indemnización por las lesiones ocasionadas.

## **2.2.- Lesión desde un punto de vista clínico.**

Según el diccionario de la real academia española, se define como: "Modificación de la estructura de un tejido, bajo la influencia de una causa mórbida". En derecho penal se entiende como: "Delito o Falta derivados del daño corporal inferido dolosamente a una persona sin ánimo de matar". En medicina entendemos por lesión: "El daño o alteración morbosa, orgánica o funcional de los tejidos". Es evidente, ya desde su definición, la gran diferencia en el significado de una palabra, según quién la intérprete. Desde el punto de vista clínico, la lesión, no es más que la situación que motiva el trabajo médico. Tanto en la actividad asistencial, como cuando en el ejercicio de funciones como médicos peritos, es necesario que existan algún tipo de "lesión "que justifique la actividad, ya que sin "lesión "o sin enfermedad, no hay

actividad médica como tal, obviamente queda apartada la actividad preventiva. Es necesario que una persona indique, que padece algún síntoma, que observemos algún signo de un proceso mórbido, para poder establecer el diagnóstico de la existencia de una lesión orgánica e iniciar el proceso de tratamiento tendente a intentar sanar, curar o mejorar.

### **2.3.-Responsabilidad civil.**

Todas las actuaciones médico sanitarias que sin implicar una responsabilidad penal, por no constituir delito o falta, generen daños, están sometidas a responsabilidad civil, es decir a la obligación de quien genera el daño de indemnizar los mismos.

Esta es una responsabilidad genérica para toda acción u omisión que genere un daño interviniendo culpa o negligencia y de la misma responderá el autor del daño así como otros vinculados a él por distintas relaciones.

La vía civil se utiliza en lo referente a actuaciones médica sanitarias que se lleven a cabo al amparo de centro privado o de tratamientos de profesionales médicos en el ejercicio de su profesión de forma totalmente privada y la margen absoluto de la sanidad pública ya que cuando los profesionales médicos llevan a cabo actuaciones médico sanitarias al amparo de la sanidad pública, al margen de polémicas doctrinales, cabe exigir la responsabilidad de la administración en vía administrativa.

## **3.- LAS REGLAS DE CONDUCTA EN LA ACTIVIDAD MÉDICA**

### **3.1.- responsabilidad profesional.**

Viene a ser el conjunto sistematizado de las normas que orientan y encausan el ejercicio de la medicina dentro de los principios que le son inherentes, es decir que además del respeto a la dignidad humana y a los derechos a la vida y a la integridad incluye un permanente respeto a otros derechos fundamentales; el derecho a la identidad, derecho a la libertad de la consciencia, derecho a la salud, derecho a la intimidad personal y familiar, derecho a la identidad étnica y cultural y derecho a la seguridad social. En su ejercicio profesional, especialmente en la relación médico,

paciente el médico vela por estos principios y derechos. El médico debe dar prioridad a sus decisiones en función del mejor interés del paciente, no establece diferencias ni discriminación en los pacientes a los que atenderá con respeto y dedicación.

En todo caso, las violaciones y faltas a estos principios morales y profesionales constituyen lo que se denomina responsabilidad ética profesional.

### **3.2.- responsabilidad penal.**

Mientras que la responsabilidad viene a ser toda acción u omisión del profesional médico que no sólo transgreden normas éticas - morales sino que adecuan su conducta a un acto culposos que el profesional médico pudo prever.

### **3.3.- la obligación de hacer del médico.**

Según Messina, la obligación de hacer es aquella que alude esencialmente a una actividad del deudor y consiste por lo general, en una energía de trabajo materia o intelectual, a favor del acreedor, y que se corresponde con el derecho del acreedor a pretender dicha actividad o un cierto resultado. Para Díez Picazo y Gullón, la prestación de hacer impone al deudor el desarrollo de una actividad que permita al acreedor la satisfacción de un interés. En el supuesto de los médicos, la ley engloba una amplia gama de conducta: "anuncia, prescribir, indicar, o aplicar cualquier procedimiento directo o indirecto de uso en el diagnóstico y/o tratamiento de las enfermedades de la persona o a la recuperación, conservación y preservación de la salud de la misma, el asesoramiento público o privado".<sup>44</sup>

## **4.- LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA**

### **4.1.-Terminología.**

Antes de analizar las distintas facetas del tema con relación a los hechos protagonizados por los médicos, proponemos una introducción general, empezando por la terminología, pues la expresión imputación objetiva se presta a interpretaciones ambiguas:

---

<sup>44</sup> Achával, Alfredo. La Responsabilidad Médica. Ed. Diseño Gráfico Integral. 1986. Pág. 216 y ss.

En una primera aproximación encierra la idea de atribuir un hecho a alguien. Incluso la palabra atribuir traduciría más exactamente el sustantivo alemán Zurechnung, al que el adjetivo objetivo califica, pues el significado del primero encierra la idea delimitar, y esto es importante, porque delimitar puede entenderse, en lo que respecta al objeto de nuestro estudio, de diversas maneras: Por un lado en una actuación individual saber si el sujeto es autor o no; y, por el otro, en una actuación plural dirigir el índice acusador de manera tal que cada uno asuma la atribución conforme al rol que le ha tocado desempeñar en el suceso.

Quiere decir que, ante un suceso que tiene contenido penal (en el tema que estamos abordando, muerte o lesiones consecuencias de una actividad médica) resulta preciso utilizar parámetros que permitan individualizar a quien el Derecho se lo adjudicará. Luego de los análisis posteriores, relativos a la reunión de los demás requisitos típicos, a la posible concurrencia de causas de justificación, de exclusión de la responsabilidad por el hecho o de la culpabilidad, llegará el momento de poder decir, en su caso y también usando la forma elocuente de Carrara: "Tu lo hiciste voluntariamente".

#### **4.2.- Elementos de responsabilidad penal médica**

Se requiere los tres elementos para que un hecho por la mala praxis pueda ser imputado a un médico y son:

Tipicidad: La Ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca.

Antijuridicidad: Para que una conducta típica sea punible, se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley.

Culpabilidad: Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

##### **4.2.1.- La tipicidad.**

Pues tiene que ver con la concordancia entre la conducta descrita por la norma y la conducta realizada por el médico acusado. Cuando la ley penal dice "el que matare a otro", "el que se apropie en provecho suyo o de un tercero, cosa mueble ajena", "el

que cause a otro daño en el cuerpo o la salud", está adecuando el obrar de una persona a una norma; se dirá entonces que la conducta es típica.

#### **4.2.2.- La antijuridicidad.**

Dice en relación al daño o peligro de un derecho, por causa de un acto humano injustificado: si alguien se apodera de un bien ajeno, con este acto vulnera el derecho de propiedad que otro tenía sobre la cosa hurtada. No es permitido, por tanto, ir por ahí atacando los derechos de los demás; no se permite actuar antijurídicamente.

Pero, además, para poder castigarse al responsable de estos hechos, es necesario que haya actuado con culpabilidad. Decir culpabilidad es decir representación mental del hecho. Referibilidad psíquica la llaman unos; elemento subjetivo le dicen otros, imputabilidad; en fin, es una noción que indica que, si la persona se encuentra en ese momento en pleno uso de sus facultades mentales, debe responder por la comisión del delito porque lo previó y lo quiso o, sin quererlo, confió imprudentemente en poder evitarlo.

El hecho se producirá entonces como resultado de la voluntad del agente que lo ejecuta, o de la negligencia que le impide abstenerse de ejecutarlo. Si hay voluntad positivamente actuada, si se quiso el resultado, la imputación se hará a título de dolo; si no funcionaron los resortes de su voluntad y obró pro descuido aún sabiendo que podría ocurrir el hecho, la imputación se hará a título de culpa; si quiso un resultado y se produjo otro más grave por imprevisión, la imputación se hará a título de preterintención.

#### **4.2.3.- Culpabilidad.**

Es lo que está socialmente aceptado. A través del desarrollo social se ha definido que, para poder permitir la interacción de los miembros de la comunidad, deben asumirse riesgos en forma permanente. Cada sociedad ha determinado sus riesgos aceptables. Ejemplo: En Roma los gladiadores; en países hispanos el toreo; en todo el mundo los viajes en avión. Para que la sociedad pueda funcionar deben arriesgarse los bienes jurídicos de las personas. Sin embargo, quien pone límites a ese riesgo social es el Estado mismo, delimitando el residuo conductual que marca el

riesgo permitido. Y siendo el Derecho Penal un producto social, este no puede prohibir lo que la sociedad acepta en forma abierta. Ahora: ¿Cuáles son los elementos para definir lo que se encuentra permitido y lo que no lo es? Las talanqueras o límites que marcan la desaprobación del riesgo se pueden resumir en: utilidad social, inevitabilidad del riesgo, necesidad social y costumbre.

La utilidad social hace referencia a que cada persona posee una serie de derechos que deben ser protegidos por la sociedad. Pero esta protección se encuentra con el límite de la necesidad social. La utilidad social se mide al buscar el punto óptimo entre el riesgo en que se colocan los propios derechos y el beneficio que de tal riesgo se derive o reciba. Ejemplo, al aceptar una intervención quirúrgica por la existencia de una hernia inguinal, debe sopesarse el riesgo de la cirugía contra el riesgo de no intervenir. Por un lado, aunque existe el peligro de muerte y complicaciones en el procedimiento quirúrgico, este se lleva a cabo de manera electiva y planificada. El no aceptar este riesgo calculado puede llevar a una situación de emergencia en la cual la misma hernia no tratada sufra un proceso de encarcelamiento y estrangulación, con compromiso de contenido intestinal, que puede llevar no solamente a la muerte, sino a situaciones de cirugía de emergencia, cuyos riesgos de complicación son mucho mayores que en el caso electivo.

Con respecto a la inevitabilidad del riesgo, debe decirse que si la sociedad no permitiera la existencia de ningún tipo de riesgo, esa sociedad se vería detenida en el tiempo. Por ejemplo, la existencia del parque automotor ciudadano es un verdadero riesgo, y, de hecho, produce una gran cantidad de personas lesionadas y muertas en desarrollo del tránsito diario. El Estado ha limitado el riesgo al máximo al colocar avenidas, semáforos, puentes, límites de velocidad, patrulla de policía, etc. Sin embargo, el riesgo persiste de cualquier forma.

Asimismo, los hospitales; aunque se encuentran normas de calidad, trabajadores idóneos, equipo de alta sofisticación y demás, la infección ronda en los lechos de los pabellones quirúrgicos; el riesgo de muerte siempre está presente en las salas de cirugía; el error en los datos nunca podrá evitarse en su totalidad.

### **4.3.- Imputación objetiva para el acto médico.**

Al hacer un análisis de la figura de la imputación objetiva y su importancia frente al acto médico, consideramos pertinente, dejar en claro los siguientes conceptos.

#### **4.3.1.- De la relación de causalidad.**

Cuando un juez va a determinar la posible responsabilidad penal de una persona debe hacer un ejercicio mental en virtud del cual trata de determinar si la conducta de una persona fue la que produjo un determinado resultado ilícito, esto es, trata de establecer la relación causa – efecto, que existe entre una conducta y el resultado finalmente producido. Si se llega a la conclusión de que efectivamente, por ejemplo, el disparo que realizó Juan, impactó en el cuerpo de María y si como consecuencia de ello, María perdió la vida, necesariamente debe concluir que Juan con su conducta ha sido la causa de la muerte de María, y en consecuencia es a él, a quien se le va a imputar el resultado.

Por ello, lo primero que hace el funcionario judicial es determinar la relación de causalidad entre la conducta realizada y el resultado finalmente producido.

#### **4.3.2.-Teorías que explican la relación de causalidad.**

En la necesidad de determinar cuándo una conducta es causa de un determinado resultado, han surgido a la vida jurídica varias teorías de las cuales nos ocuparemos de dos, que por su importancia consideramos pertinente traer a colación.

Teoría de la Equivalencia de condiciones

Principio de la conditio sine qua non.

##### **a.- Teoría de la Equivalencia de condiciones.**

Esta parte del postulado de considerar como causa de un resultado, todas aquellas que hayan contribuido de una u otra manera a la producción del resultado. Y como todas ellas contribuyeron a que el resultado se diera, sin excepción se estima que todas tienen un mismo valor o un valor equivalente. Si Pedro le hurta un reloj a María, será tan causa del resultado final hurto, desde la acción de Pedro, como la acción que realizó José cuando le vendió el reloj a María, o la de Juan que fue quien

fabricó el aparato que nos permite saber la hora. Lo anterior teniendo en cuenta que si María no hubiese comprado el reloj, no se lo habrían robado, pero si Juan no lo hubiese fabricado, tampoco lo hubiesen vendido y mucho menos hurtado.

Bajo esta óptica, esta teoría amplia tanto el marco de causalidad, que termina considerando como causa del mismo, acciones que definitivamente no tienen una relación directa con el resultado finalmente producido.

Aún cuando la cadena causal de este ejemplo puede remontarse aun a otras épocas (bíblicamente hasta Adán y Eva, con Santo Tomás hasta Dios), si hiciéramos aquí un arbitrario corte podríamos concluir que de acuerdo con la teoría de la equivalencia de condiciones, el responsable también sería Adán y Eva.

#### **b.- Principio de la conditio sine qua non.**

Aunque este postulado tiene una relación directa con la teoría de la equivalencia de condiciones, debe quedar claro que surge precisamente como una talanquera a los excesos que se producían con la misma. Es esta la razón por la cual la explicamos por fuera del marco de aquella.

Este postulado, nos enseña que se debe considerar como causa que produce un resultado aquella que si mentalmente la desaparecemos, y como consecuencia de ello desaparece igualmente el resultado, debemos concluir que ella es la causa del mismo.

Aunque este postulado soluciona problemas que se generaban al considerar como equivalentes todas las condiciones y causas que contribuyen a la producción del resultado, existen casos en los cuales estos inconvenientes se siguen presentando, como en el ejemplo construido por Englisch "Un sujeto es invitado a presenciar la ejecución de asesino de su hijo, una vez allí, logra deslizarse sigilosamente hasta el patíbulo y en el momento decisivo, cuando el verdugo se dispone a accionar el mortal mecanismo, lo empuja y luego suelta el mismo el dispositivo, para vengar personalmente la muerte de su hijo; en este caso es claro que si en aplicación de la conditio sine que non suprimimos mentalmente la actuación del padre el resultado no desaparece por cuanto el verdugo habría ejecutado al reo, lo que implica que aquel no fue causa de esa muerte, sin embargo, como el verdugo no tuvo evidentemente

tiempo de desplegar su acción tampoco sería esta causa de la muerte, entonces arribamos a la curiosa conclusión de que habiendo sido ejecutado el delincuente ni el padre ni el verdugo son causa del resultado".

No obstante lo anterior la teoría de la equivalencia de condiciones aunada a la limitante que creó el principio de la *conditio sine qua non*, se constituye en la más aceptada para establecer con claridad la relación de causalidad, pero volvemos a reiterar que por sí sola la equivalencia de condiciones no solucionan el problema, siendo por ello que surge el principio ya reseñado.<sup>45</sup>

## **5.- LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA DOCTRINA**

Teniendo en cuenta que las diversas teorías que han tratado de explicar y solucionar los problemas que se derivan de la relación de causalidad, se han quedado frente a ciertas situaciones, surge una visión del problema, que no se queda en la simple relación de causalidad, sino que va más allá y que conocemos como teoría de la Imputación objetiva.

Esta teoría se fundamenta en el denominado Principio de auto responsabilidad, en virtud del cual cada uno responde por sus propias acciones y no por las del otro, y por ello en ese sentido debemos afirmar que la esencia de la tipicidad de una conducta no es exclusivamente la causalidad, sino que además de establecida esa relación causal se debe hacer un juicio de imputación objetiva.

La imputación objetiva parte de una premisa fundamental, demostrada la causalidad, se le puede imputar al sujeto la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, cuando ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en la producción del resultado típico. En nuestro concepto para hacer el juicio de imputación objetiva, debemos cumplir cuatro pasos.

---

<sup>45</sup> Frish, Wolfgang. Tipo Penal e Imputación Objetiva. Ed. Cóllex Madrid. 1995. Pág. 66 y ss.

Se debe determinar cuál es la causa que produjo el resultado.- Para ello nos apoyamos en la equivalencia de condiciones y en el postulado de la conditio sine que non.

Una vez hemos establecido esa relación de causalidad, debemos entrar a determinar si la acción puede considerarse como peligrosa para la producción de un determinado resultado.- Para ello debemos hacer un análisis de la peligrosidad de la acción desde una perspectiva ex ante, esto es, ubicándonos en el momento en que la persona realiza la conducta, es decir, si al momento en que la persona actuó, de acuerdo a la regla general de experiencia se podría pensar que efectivamente la acción era peligrosa para producir el resultado.

El fundamento de la imputación objetiva, es la acción peligrosa, jurídicamente desaprobada. El carácter de peligroso de la acción lo debemos calificar ex ante, esto es, en el momento en que se realiza la acción, no cuando el resultado se produce. Si miráramos que la acción fue peligrosa porque se produjo el resultado nos estaríamos ubicando en una perspectiva ex – post.

Si hablamos de que la acción es peligrosa, debemos señalar que peligro, es la probabilidad de un acontecimiento lesivo, concepto que es objetivo, porque se fundamenta en la experiencia, en la lógica.

Por ello el carácter peligroso de la acción solo puede ser calificado por un espectador objetivo que será el juez o el fiscal, quien de acuerdo a la lógica, las reglas de la experiencia, sus conocimientos y los que el autor de la conducta tuviera al momento de realizar la misma, podrá calificarla efectivamente como peligrosa o no.

La realización del peligro.- Además que la acción sea peligrosa se requiere que la misma se materialice en la producción del resultado típico, esto es el resultado prohibido, por ello debe establecerse que el peligro creado se concrete en la producción del resultado, si el resultado que se produce no tiene una relación de riesgo con mi conducta a mí no se puede imputar el resultado. Si Juan que es cirujano, ingresa a operar ebrio, este ha creado un riesgo, pero si María en la

operación muerte porque el balón de oxígeno se quedó vacío en el curso de la operación, a Juan no se le puede imputar el resultado, porque bajo, esa óptica no existe una relación del riesgo entre la conducta del cirujano y la modificación del mundo exterior.

La acción peligrosa tiene que estar desaprobada por el ordenamiento jurídico.- Esto implica que debe existir una contradicción con la norma, es decir, implica que la conducta se encuadre dentro de un tipo penal determinado.

Estos cuatro pasos se deben cumplir, para efectos de que a una persona se le pueda imputar objetivamente una conducta.

Frente a la imputación objetiva la doctrina ha manifestado lo siguiente:

GUNTER JAKOBS, autor en quien la defensa soporta la tesis defensiva, es uno de los máximos exponentes de la teoría de la imputación objetiva, el cual en sus estudios académicos, pretende que los principios de garantías demo liberales en torno a la protección del individuo cedan a favor de los fines del Estado. De ahí que se hable de la teoría de la adecuación social.

Sobre los anteriores principios fue concebida la teoría de la imputación objetiva como una forma de la imputación jurídica. Pena, partiendo de los juicios éticos y del deber del ciudadano que busca eliminar en principio las tesis causalistas o materialistas para encontrar las causas del delito y centrarse en las teorías puramente o de contenido normativo, situación que en la práctica no se ha cumplido a cabalidad, por cuanto sus seguidores han reconocido que para imputar un resultado necesariamente se debe partir de una causalidad mínima para luego aplicar unos patrones ideados y que en todos los casos no ofrecen las mismas soluciones, para hacer el juicio de reproche de la conducta.

Es así como la teoría de la imputación objetiva ha sufrido modificaciones, pues en un principio su aplicación se ha restringido al problema de la imputación del resultado, es decir, a la atribución de la lesión o la puesta en peligro del bien jurídicamente protegido; y posteriormente la doctrina la ha incluido en las formas peligrosas de

comportamiento, en las que se encuentran su fundamento la producción del resultado que ha de tener como base en la creación de un riesgo legalmente desaprobado.<sup>46</sup>

## **6.- LA MODERNA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA**

Si se toma como referencia básica el enfoque del problema por la vía de la causalidad física, el método que se asemeja al utilizado por la ciencia general del conocimiento consiste en procurar demostrar, con base en la experiencia, cuál es el origen del suceso. Esto sin dejar de apuntar que acudir a la experiencia implica, por sí, una limitación, pues no siempre existen en algunos temas médicos, antecedentes que permitan la comparación.

Siendo así, la intervención de peritos resulta imprescindible cuando (y es el caso de la Medicina) se requieren conocimientos superiores a los que posee el hombre común, porque la indagación de la causalidad supone saber cuáles son las leyes naturales que la determinan y eso requiere estudios especializados.

En materia médica el Juez no puede pretender suplir su ignorancia con las meras aproximaciones que le puede aportar el uso de la lógica; menos con sus conocimientos, que son los propios de un profano: Cuando un juez quiere demostrar que sabe medicina, sin haber cursado la carrera, se transforma en un sujeto peligroso, por los errores que puede llegar a cometer.

Lo dicho precedentemente está indicando por sí que la preocupación de este orden está centrada en los delitos de resultado material y es por eso que posmodernos criterios de imputación objetiva fueron utilizados inicialmente con la convicción de que servían exclusivamente para resolver de mejor manera los problemas relacionados con esos hechos; en especial los culposos. Como que alguna doctrina siguió opinando que los hallazgos realmente importantes se reducen el

---

<sup>46</sup> Gunter, Jakobs. La Culpa y el Funcionalismo Penal. Alemania.

descubrimiento y la elaboración detallada de los conceptos violación al cuidado y relación de antijuridicidad.

Precisamente son estos aportes los que aprovecharemos en orden al tema de este relato, porque analizar si es acertado extender los conceptos a los delitos dolosos, sobrepasaría sus límites. Pero sin perjuicio del propósito de ceñir nuestra exposición a los sucesos culposos provenientes de la actividad médica; excluyendo de esta forma las conductas dolosas, de todas maneras hay que señalar la existencia de algunos modelos, que resultan esclarecedores de ciertos enfoques dogmáticos que procuran abarcar la totalidad de los hechos: Así Jakobs acepte que los problemas de causalidad afectan en la práctica sólo a los delitos de resultado en sentido estricto, pero a su vez

El distingue entre la imputación objetiva del comportamiento y la imputación objetiva del resultado con lo que aparecen separados los dos aspectos del tema.

De esa manera se establecen dos niveles en la teoría de la imputación objetiva; el segundo corresponde a la del resultado. En este, como lo señala Frisch, han de seguirse las reglas generales y comprobarse que existe una relación normativa entre la conducta típica y el resultado que le está conectado causalmente.

Parece claro que no es posible desprenderse totalmente de la observación de lo que ocurre en el terreno exclusivamente fáctico, y por eso consideramos que la relación de causalidad es el umbral elemental del que hay que partir, aunque no sea suficiente para la atribución del resultado.

Un pensamiento doctrinario más extremo es el que afirma la necesidad de desembarazarse de la búsqueda, a veces infructuosa, de la constatación de la causalidad natural (si se examina el dogma de la causalidad se advierte su contenido metafísico) porque muchas veces en la práctica se prescinde de la misma o bien se advierte la imposibilidad de su constatación, como en el caso de un curso causal no

verificable que se da frecuentemente en los procesos, a los que se llama genéricamente como casos de mala praxis médica. Por lo tanto, se piensa que sería preferible acudir directamente al aspecto normativo de la imputación objetiva.<sup>47</sup>

## **7.- CRITERIOS PARA FORMULAR LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO**

Focalizando nuestro interés en la imputación objetiva del resultado, los criterios para formularla comienzan a aplicarse luego de comprobada la causalidad natural. A nuestro juicio este paso es necesario, pese a lo imprecisa que puede resultar la idea causalidad natural, y la insuficiencia que del empleo de ella deriva. Sin embargo, siempre se debe proceder así en casos de posible mala praxis médica, para ir paulatinamente penetrando en el arcano de saber si en el agravamiento de la salud del enfermo o en su muerte ha influido una conducta profesional penalmente cuestionable.

El paso siguiente consistirá en examinar, siguiendo una pauta formulada tempranamente por Jescheck, si el autor ha creado un peligro, jurídicamente desaprobado, para la producción del resultado.

En este sentido, y en la materia médica, nunca se olvida que el individuo enfermo corre peligro y que intentar curarlo también asumir el riesgo de que la intervención no resulte exitosa o produzca consecuencias nocivas anexas. Finalmente, para que pueda atribuirse objetivamente el resultado habrá que probar que él materializa el mismo peligro, jurídicamente desaprobado, que la acción generó.

Ambos extremos: la creación del riesgo y la concreción de él son deducidos, por la moderna teoría de la imputación objetiva, del fin de protección de la norma penal. Porque está solo prohíbe acciones que creen para el bien jurídico un riesgo mayor que el autorizado, así como la producción de un resultado que se hubiera podido evitar. En la materia médica esto es muy claro:

---

<sup>47</sup> Gunter, Jakobs. La Teoría Moderna de la Imputación Objetiva. Alemania.

La norma penal no veda (y esto es obvio) la intervención del profesional en favor del enfermo.

La norma penal tampoco proscribire que se asuman riesgos (porque ellos son ínsitos a todo hacer u omitir del médico, enfrentado a la enfermedad de su paciente).

La norma penal no prohíbe que se produzca cualquier resultado infausto; por el contrario, parte de la evidencia de que es muy probable que él acontezca (pues ello es acorde con la naturaleza de las cosas). La norma penal solamente quiere impedir que de la actuación médica se derive una consecuencia que el profesional hubiese podido evitar.

A partir de lo expuesto derivan criterios que permiten eliminar del interés penal comportamientos médicos irrelevantes para esta rama del Derecho. Además, es dable utilizar lo que sugiera el estudio del ámbito de competencia de la víctima, el principio de confianza y la prohibición de regreso, temas que, obviamente, en razón del tiempo disponible, no es posible incluir en este relato.<sup>48</sup>

## **8.- FORMAS DE APARICIÓN DE LA CULPA**

### **8.1. Imprudencia**

Es la falta de prudencia, cordura o moderación. En ella hay insensatez, ligereza y precipitación. La imprudencia viene a ser una conducta positiva que consiste en hacer más de lo que debería hacer. Es adicionar un plus para caer en el exceso. Algunos ejemplos de imprudencia: forzar las dosis terapéuticas más allá de los límites señalados por la experiencia, ejecutar operaciones graves con el objeto de reparar lesiones insignificantes o ejecutar intervenciones quirúrgicas en estado de ebriedad.

### **8.2. Negligencia**

---

<sup>48</sup> Jeschek. Derecho Penal Funcionalista. Alemania. Universidad de Berlín.

Es una modalidad de culpa que guarda sintonía con una práctica médica deficiente, con descuido y desatención. Es hacer un menos de lo que se debería hacer. Ejemplo: cuando el cirujano luego de practicar una operación quirúrgica olvida una gasa o instrumento en el campo quirúrgico.

### **8.3. Impericia**

Esta genéricamente determinada por la insuficiencia de conocimiento para la atención del caso, que se presume y se consideran adquiridos, por la obtención del título profesional y el ejercicio de la profesión, asimismo es la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada. Existe una impericia absoluta cuando se obra fuera del campo en que uno estaba autorizado por el propio título académico. Existe impericia relativa cuando aun estando autorizado por el propio título profesional se revelara escasa competencia técnica. Ejemplos de actos médicos por impericia se presentan cuando se diagnostica un embarazo ectópico en el caso de una obstrucción intestinal o en el caso de una operación de un diabético sin la realización del riesgo quirúrgico, en el que en el análisis de orina pudiese aparecer signos de diabetes, produciéndose en ambos casos un desenlace fatal que podría haberse evitado con un mínimo de pericia. Podemos encontrar otros ejemplos en los famosos abortos, cuando se perfora el útero al efectuar un raspado en una paciente que luego muere por peritonitis; o en la aplicación de anestesia raquídea en una operación de hemorroides que ocasionó una paraplejia.<sup>49</sup>

## **CAPÍTULO V**

### **PROPONER LA INCLUSIÓN DE UN TIPO PENAL BAJO EL NOMEN JURIS DE NEGLIGENCIA MÉDICA, QUE SANCIONE Y EVITE LA IMPUNIDAD EN LA CUAL RECAEN LOS GALENOS POR LA MALA PRAXIS DE LA MEDICINA.**

---

<sup>49</sup> López, Claudia. Introducción a la Imputación objetiva. Ed. Bogotá. 1998.

## 1.- CONSIDERACIONES DE PROCEDENCIA

El derecho es una ciencia cambiante que tiene que responder a las necesidades de la sociedad; ya que en el presente trabajo monográfico, la problemática central está de una manera específica en el área del derecho penal que está encargado de tutelar todos los bienes jurídicos a través de diferentes tipos penales.

El tipo penal de HOMICIDIO CULPOSO que se encuentra regulado en el Código Penal, en su Art. 260 es insuficiente para tutelar la vida respecto de la mala praxis de la medicina que sería la Negligencia Médica, porque el tipo penal señalado Ut Supra presenta falencias como ser:

- Es un delito impropio que puede ser cometido por cualquier persona.
- En su segunda parte también es ambigua ya que solo se señala: “si la muerte se produce por una grave violación culpable de los deberes inherentes a una profesión oficio o cargo”, en el cual no se señala de forma clara y precisa la profesión que debería ejercer.
- La sanción en su primera parte del art. 260, es de seis meses a tres años y la agravante de uno a cinco años, lo cual son sanciones irrelevantes, ya que se trata de tutelar un bien jurídico de un valor superior como ser la VIDA y por lo tanto la sanción debería ser más drástica.

De lo precedentemente expuesto, se puede evidenciar de manera clara las falencias que presenta el tipo penal de Homicidio Culposo ante la negligencia de los profesionales que trabajan exclusivamente en el área de salud como ser médicos, profesionales en enfermería , farmacéuticos , odontólogos, radiólogos etc. Y todas aquellas personas que ejercen alguna actividad en la rama de la medicina y que se realice mala praxis de la misma, ya que por ende la finalidad que tiene la medicina es salvar la vida, y no así por mala praxis de la misma que son la negligencia, imprudencia e impericia se quite este complejo vital de incalculable valor como es la vida.

La forma de precautelar mejor la vida de la mala praxis de la medicina es proponiendo la elaboración de un tipo penal propio y que además la sanción sea más drástica.

## **2.- PROYECTO DE INCLUSIÓN DEL TIPO PENAL**

En primer lugar se trataría de un DELITO PROPIO, es decir un delito que será aplicado a aquellos profesionales que ejerzan cualquier rama de la medicina como ser: odontólogos, radiólogos, anestesiólogos, enfermeras, ginecólogos, pediatras, etc. Estos aspectos son tomados para evitar la ambigüedad en la que recae el Art. 260 (homicidio culposo) del código penal boliviano, al no ser un delito propio.

En segundo lugar se trataría de un DELITO DE RESULTADO, ya que necesariamente debe darse la muerte de una persona por la **mala praxis de la medicina** entendiéndose lo siguiente:

“existirá mala praxis en el área de la medicina cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona que dé como resultado la muerte, por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo por negligencia, imprudencia o impericia”.

En tercer lugar la sanción que debería aplicarse, por tratarse de un bien jurídico de incalculable valor como es la vida debería ser de diez a quince años de reclusión.

En consecuencia el **Tipo Penal de Negligencia Médica** sería el siguiente:

**“El profesional que ejerciere cualquier rama de la medicina, que por mala praxis de la misma, por negligencia, imprudencia o impericia, causare la muerte de una persona incurrirá en privación de libertad de diez a quince años”.**

El tipo penal que se propone tiene las siguientes ventajas:

- Es un delito propio, solo es aplicable a los profesionales que ejercen cualquier rama de la medicina.

- La condición objetiva de punibilidad, es que la muerte de una persona tiene que ser resultado de la mala praxis de la medicina en el cual tiene que mediar la negligencia, imprudencia o impericia.
- La sanción es de diez a quince años, por tratarse de un bien jurídico de importante valor que el derecho debe proteger mediante sus normas jurídicas.

## CAPÍTULO VI

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### **1. - CONCLUSIONES CRÍTICAS**

- La vida es un bien jurídico trascendental, que el Estado debe proteger a través de normas jurídicas específicas, especialmente cuando se trata de la Mala Praxis de la Medicina, fenómeno que de alguna forma repercute en la sociedad.
- Todo hecho punible comporta la existencia de una indisoluble unidad dialéctica de autor y víctima que tiene una trascendencia jurídico penal, porque la víctima en el caso de la muerte son los descendientes del difunto.
- El compromiso real de los actores principales (operadores de justicia) es determinante para el éxito de las reformas penales pero también demanda la sensibilización de la comunidad en general de su concientización y aceptación.
- La injusticia, la corrupción, la impunidad reflejan la grave crisis moral y ética de sus autores que socaban profundamente las instituciones y la sociedad.
- El derecho tiene la finalidad de proteger Bienes Jurídicos, en nuestro caso particular se protege la vida de la mala praxis de la medicina, efectuada por algunos malos profesionales de la salud, por lo tanto es indispensable incluir un tipo penal específico, claro y preciso que regule esta conducta, siendo la misma un delito propio y de resultado, que solo sea aplicado a los profesionales que ejerzan alguna rama de la medicina y que por mala praxis de la medicina den como resultado la muerte de una persona, que es lo que

se pretende evitar a través de la inclusión del tipo penal Negligencia Médica, que sancione la mala praxis de la medicina.

## 2. RECOMENDACIONES Y SUGERENCIAS

- El tipo penal de negligencia médica que se pretende incluir en la Ley 1768 del Código Penal, para ser aplicado se debe tomar muy en cuenta que se trata de un **Delito Propio** es decir que el sujeto activo solo serán los profesionales que ejerzan cualquier rama de la medicina.
- Cuando un profesional como se estableció anteriormente, que esté en el ejercicio de cualquier rama de la medicina y que como consecuencia exista la muerte de una persona por negligencia o imprudencia, será procesado por el tipo penal de negligencia médica, en el que necesariamente deberán participar peritos con conocimientos sobre la medicina; La participación de los peritos que serán otros médicos se desarrollara en la substanciación del proceso penal, el cual será fundamental para la averiguación de los hechos y posteriormente de la verdad Siendo así, la intervención de peritos resulta imprescindible cuando (y es el caso de la Medicina) se requieren conocimiento superiores a los que posee el hombre común, porque la indagación de la causalidad supone saber cuáles son las leyes naturales que la determinan y eso requiere estudios especializados.
- En materia médica el Juez no puede pretender suplir su ignorancia con las meras aproximaciones que le puede aportar el uso de la lógica; menos con sus conocimientos, que son los propios de un profano: Cuando un juez quiere demostrar que sabe medicina, sin haber cursado la carrera, se transforma en un sujeto peligroso, por los errores que puede llegar a cometer.
- Por lo dicho precedentemente está indicando por sí que la preocupación de este orden está centrada en los delitos de resultado material y es por eso que posmodernos criterios de imputación objetiva fueron utilizados inicialmente

con la convicción de que servían exclusivamente para resolver de mejor manera los problemas relacionados con esos hechos; en especial los culposos.

- Se debe reconocer de manera integral la importante participación de la víctima del delito ya que en este caso serían los descendientes del difunto, conforme los principios de igualdad ante la ley.

Por los puntos sugeridos en el presente trabajo, la finalidad de la misma es dar una orientación sobre la correcta aplicación de la norma jurídica propuesta que de alguna manera beneficiará a la sociedad. Siendo el tipo penal que se propone; claro y específico teniéndose claramente de que se trata de un delito propio y de resultado.

### **3. BIBLIOGRAFÍA**

- ❖ Achával, Alfredo; **La Responsabilidad Médica**, Diseño Gráfico Integral Lima.
- ❖ Antolisei, Francisco; **Manual de Derecho Penal**.
- ❖ Alvarado, José María; **Psiquiatría Forense**, Tomo I, Ed. OFFSET, La Paz-Bolivia, 1993.
- ❖ Bacigalupo, Enrique; **Lineamientos de la Teoría del Delito**, Edit. Buenos Aires, 1974.
- ❖ Bustamante, Carlos; **Ética, Medicina y Sociedad**, Diseño Gráfico Integral Lima.
- ❖ Bustos, Juan; Larrauri, Elena; **La Imputación Objetiva**, Bogotá, Edit. Temis, 1998.
- ❖ Cancio, Manuel; **Los Orígenes de la Teoría de la Adecuación Social**, Bogotá, 1994.
- ❖ Castellanos, Fernando; **Lineamientos Elementales del Derecho Penal**, Edit. Porrúa, 1988.
- ❖ Código Penal; **Ley 1768 de 18 de Marzo de 1997**.
- ❖ Código de Procedimiento Penal; **Ley 1970 de 25 de Marzo de 1999**.
- ❖ Cuello, Eugenio; **Derecho Penal**, Tomo I, Edit. Bosch, Barcelona, 1980.
- ❖ Christian, Fellowship; **Biblia y Medicina Psicológica**, Tomo I, Edit. Lexa, Buenos Aires, 1963.
- ❖ De Trazegnies, Fernando; **Posmodernidad y Derecho**, Bogotá, Edit. Temis, 1993.
- ❖ Delmas, Mireille; **Los Grandes Sistemas de Política Criminal**, Edit. Temis, 1992.
- ❖ Fernández, Juan; **Derecho Penal Fundamental**, Bogotá, 1982.
- ❖ Fernández, Juan; **Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal**, Bogotá, Edit. Leyer, 1998.
- ❖ Frisch, Wolfgang; **Tipo Penal e Imputación Objetiva**, Colex Madrid, 1995.
- ❖ Gómez, Jesús; **Aproximaciones a un Concepto Democrático de Culpabilidad**, Bogotá, Edit. Doctrina y Ley Ltda., 2000.
- ❖ Hurtado Pozo; **Manual de Derecho Penal - Parte General**, Lima, 1978.
- ❖ Jemio, Manuel; **El Problema de Investigación**, Imprenta Junior, 2006.

- ❖ **Jeschek; Tratado de Derecho Penal, Traducción y ediciones de Mir Pug y Muñoz Conde, Barcelona, 1981.**
- ❖ **Jiménez de Asúa, Luis; Principios de Derecho Penal – La Ley y el Delito, Edit. Sudamericana, Buenos Aires.**
- ❖ **Jiménez de asúa, Luis; Tratado de Derecho Penal – Tomo II, Edit. sudamericana, Buenos Aires.**
- ❖ **López, Claudia; Introducción a la Imputación Objetiva, Edit. Bogotá, 1998.**
- ❖ **Mezger, Edmundo; Tratado de Derecho Penal, traducción y notas de Rodríguez Muñoz – Tomo I, 1955.**
- ❖ **Miguel, Benjamín; Derecho Penal – Tomo I Parte General, Edit. Juventud.**
- ❖ **Miguel, Benjamín; Derecho Penal – Tomo II Parte especial, Edit. Juventud.**
- ❖ **Muñoz, Francisco; Teoría General del Delito, Edit. Temis, jerez (Cádiz).**
- ❖ **Muñoz, Francisco; García, Mercedes; Derecho Penal – Parte General, Edit. Tirant Lo Blanch, Sevilla- Barcelona.**
- ❖ **Muñoz, Jesús; El Concepto de Pena, Edit. Fórum, Bogotá, 1992.**
- ❖ **Ossorio, Manuel; Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas Y Sociales, Edit. Heliarta S.R.L., Buenos Aires, 1981.**
- ❖ **Reyes, Yesid; Imputación Objetiva - 2da Edición, Bogotá, edit. Temis, 1996.**
- ❖ **Tocora, Fernando; Principios Penales Sustantivos, Edit. Temis, Bogotá Colombia.**

## **4.- ANEXOS**

### **NEGLIGENCIA MÉDICA**

#### **ASPECTOS GENERALES**

##### ***INTRODUCCIÓN***

El hombre debido a su imperfección es susceptible en errar. Ejemplo los profesionales de la construcción al edificar bienes inmuebles sin los conocimientos así como careciendo de experiencia adecuada, estos muy certeramente ocasionaran pérdidas humanas y materiales lamentables sancionadas por ley, esto ocurre en toda actividad humana en el caso que nos ocupa el médico por un actuar o dejar de actuar, ya sea en las formas de negligencia, imprudencia y/o impericia puede ocasionar graves consecuencias en la vida, cuerpo o la salud de las personas. Hechos lamentables sancionados por la sociedad han venido siendo tratados a lo largo de nuestra historia con la finalidad de darle solución a los mismos, ante ello diferentes posiciones encontradas pretendieron darle solución primero desde una posición causalista, luego finalista, después desde el funcionalismo, para luego desde una teoría moderna pretender dar solución a los problemas sociales que como consecuencia de ellos lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos fundamentales.

El presente trabajo pretende desarrollar tópicos relacionados a la mala praxis médica en sus formas de negligencia, imprudencia e impericia que a continuación les pongo a consideración, además con criterios actuales de imputación objetiva que pretenden dar solución a estos problemas.

##### ***ANTECEDENTES HISTÓRICOS***

Desde los tiempos primitivos el origen de las enfermedades no era atribuido a causas físicas y orgánicas. Los males aún del cuerpo eran producidos por el castigo de los Dioses razón por la cual quienes desempeñaban el papel de médico eran los sacerdotes, hacían de mediadores entre el divino y lo terrenal, intercediendo por la salud de sus semejantes. Si el sacerdote no lograba restablecer los quebrantos de su paciente, **NO SE LE PODÍA IMPUTAR NINGUNA RESPONSABILIDAD.**

CARDONA HERNANDEZ señala que si el enfermo después de un tratamiento continuaba afectado de sus dolencias o sufría complicaciones graves o no sanaba, lo tomaba como una maldición de los seres vivos, entendían que los Dioses no querían realizar la curación y por lo tanto ese enfermo tenía que soportar el abandono, y el cumplimiento de esa voluntad superior.

EL CÓDIGO DE HAMMURABI, en relación de los médicos establecía "Si un médico hizo una operación grave con el bisturí de bronce y lo ha hecho morir, o bien si lo opero de una catarata en el ojo y destruyó el ojo de este hombre, se cortarán sus manos" (1)

Estas eran las drásticas sanciones de la pena, el médico no solo era susceptible de sanción – amputación de las manos - , si no que también estaba obligado al resarcimiento por el daño resultante de la actividad profesional por lo que debía de reemplazar con otro esclavo.

En la época ANTIGUA DE LOS EGIPCOS reglamentaron una forma más drástica el ejercicio médico – pena de muerte –

En la época de Alejandro Magno el concepto de responsabilidad médica es amplificado, ordenándose la crucifixión de un médico **POR HABER ABANDONADO CULPOSAMENTE A SU ENFERMO.**

## ***RESPONSABILIDAD Y MALA PRAXIS MÉDICA***

a.- Mala Praxis, su Definición conceptual:

Existirá mala praxis en el área de la salud, cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencias de un accionar profesional con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo con apartamiento de la normativa legal aplicable.-

b.- Análisis y contenido del concepto:

b.1.- En primer lugar debe existir un daño constatable en el cuerpo, entendido como organismo, o en la salud, extendiéndose el concepto tanto a la salud física como a la mental, siendo ésta comprensiva de todas las afecciones y trastornos de orden psiquiátrico, psicológico, laborales, individuales y de relación, con incidencia en la demás personas. La amplitud del concepto, abarca no solo el daño directo al individuo, sino que por extensión, se proyecta inclusive sobre prácticamente la totalidad de las actividades del afectado.

b.2.- En segundo lugar, el daño causado debe necesariamente originarse en un acto imprudente o negligente o fruto de la impericia o por el apartamiento de las normas y deberes a cargo del causante del daño o apartamiento de la normativa vigente aplicable.

## ***FORMAS DE APARICIÓN DE LA CULPA***

1.- Imprudencia; Es la falta de prudencia, cordura o moderación. En ella hay insensatez, ligereza y precipitación. La imprudencia viene a ser una conducta positiva que consiste en hacer más de lo que debería hacer. Es adicionar un plus para caer en el exceso. Algunos ejemplos de imprudencia: forzar las dosis terapéuticas más allá de los límites señalados por la experiencia, ejecutar operaciones graves con el objeto de reparar lesiones insignificantes o ejecutar intervenciones quirúrgicas en estado de ebriedad. (3)

2.- Negligencia; Es una modalidad de culpa que guarda sintonía con una práctica médica deficiente, con descuido y desatención. Es hacer un menos de lo que se debería hacer. Ejemplo: cuando el cirujano luego de practicar una operación quirúrgica olvida una gasa o instrumento en el campo quirúrgico. (4)

3.- Impericia; esta genéricamente determinada por la insuficiencia de conocimiento para la atención del caso, que se presume y se consideran adquiridos, por la obtención del título profesional y el ejercicio de la profesión, asimismo es la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada. Existe una impericia absoluta cuando se obra fuera del campo en que uno estaba autorizado por el propio título académico. Existe impericia relativa cuando aún estando autorizado por el propio título profesional se revelara escasa competencia técnica. Ejemplos de actos médicos por impericia se presentan cuando se diagnostica un embarazo ectópico en el caso de una obstrucción intestinal o en el caso de una operación de un diabético sin la realización del riesgo quirúrgico, en el que en el análisis de orina pudiese aparecer signos de diabetes, produciéndose en ambos casos un desenlace fatal que podría haberse evitado con un mínimo de pericia. Podemos encontrar otros ejemplos en los famosos abortos, cuando se perfora el útero al efectuar un raspado en una paciente que luego muere por peritonitis; o en la aplicación de anestesia raquídea en una operación de hemorroides que ocasionó una paraplejía.

## ***ORIGEN DE LA OBLIGACIÓN LEGAL***

Quienes se ven involucrados como agentes de la mala praxis médica - Primera aproximación a la mala praxis desde las perspectivas del Derecho Civil y del Derecho Penal:

a.- Origen de la obligación legal: Desde el momento que un agente de la salud, acepta el ingreso de un paciente a un establecimiento público o privado o bien desde que comienza en la atención de un paciente, nace un contrato de cumplimiento obligatorio y con dicho contrato se originan los derechos y obligaciones de las partes. El derecho del paciente a recibir la atención debida y la condigna obligación de los profesionales de la salud a prestársela. A su vez nace el derecho de los profesionales a percibir una retribución por sus servicios y la obligación del paciente o del

Hospital o del Sanatorio o de la empresa de Medicina Prepaga a satisfacer dichos honorarios o retribución mensual convenida.

b.- Agentes de la salud involucrados: La doctrina emanada de los fallos judiciales engloba solidariamente, como agentes de la mala praxis, a todos los profesionales de la salud desde Instituciones Médicas y médicos hasta enfermeras y auxiliares, que hayan participado en la atención del paciente dañado, discerniéndose tan solo la gravedad de la pena o sanción económica, de acuerdo al grado de participación que los agentes de la salud intervinientes en el tratamiento, puedan haber tenido en la efectiva producción del daño.

El concepto Solidaridad implica, que todos y cada uno de los agentes intervinientes, son individualmente responsables, por la totalidad del daño ocasionado, siendo facultad del Juez, de acuerdo a la prueba que se produzca en el juicio, atribuir o exceptuar a cada uno de los agentes de la salud intervinientes, de un mayor o menor grado o porcentual de responsabilidad en el hecho dañoso.

Esto es válido tanto en materia Penal como Civil, pero mientras las Instituciones Hospitalarias o los Sanatorios responden con su patrimonio para afrontar la indemnización dineraria en la condena Civil, no tienen en cambio una sanción Penal que les alcance, habida cuenta que son Personas Jurídicas de existencia ideal no física.

La responsabilidad y la condigna solidaridad en la misma, abarca tanto la acción como la omisión dañosa.

### ***HUMANISMO MÉDICO***

Durante los últimos 50 años, gran parte de los profesionales de la medicina, progresivamente han perdido la imagen humanista que los identificó con el modelo hipocrático durante milenios, para ser considerados como simples técnicos, ávidos de reconocimiento económico y profesional, adheridos al modelo racional cientificista y divorciado de la sensibilidad humana, consustancial al ejercicio de la medicina clásica<sup>3</sup>, cuyo humanismo sustentaron para la posteridad médica los más calificados cultores del pensamiento ecuménico, tales como Hipócrates, Aristóteles, Platón o Gracián. Ellos aportaron los conceptos esenciales que definen la espiritualidad humana.

Asimismo, humanistas y personalidades paradigmáticas como Honorio Delgado, entre otros, han enfatizado con esclarecida sapiencia que la esencia del humanismo es el amor al prójimo, razón de ser del acto médico a través de los tiempos "En la esperanza de que su lectura despierte dormidas inquietudes", se escribe este ensayo con el propósito de contribuir a reencender la antorcha del humanismo activo en el gremio médico nacional, cuya entraña espiritual nunca debe dejar de nutrirse de las fuentes del saber hipocrático.

El ejercicio de la medicina moderna adolece actualmente de un proceso de deshumanización en la sociedad globalizada; principalmente, en las sociedades desarrolladas en las cuales prevalecen los estilos de vida materialista, el hedonismo, el vacío espiritual y la cultura de la banalidad. En este contexto, la salud ha sido convertida en una costosa mercancía por un mercado perverso que ha hecho de la codicia lucrativa.

Por su lado, la gran mayoría de médicos se han adherido acríticamente a la tecnología de punta y han abandonado su esencia humanista, en desmedro de su identidad profesional. El costo de esta enajenación es muy elevado, porque de este modo el médico se niega a sí mismo, proyecta una imagen profesional que a menudo es percibida por la comunidad como mercantilista, y su fin prioritario es buscar un mayor status socioeconómico y aprovechamiento personal, carente de sensibilidad humana.

Las sociedades del tercer mundo no son ajenas a este proceso de deshumanización médica, en perjuicio de los sectores sociales menos favorecidos, para los cuales el acceso a los servicios de salud a menudo es inalcanzable; no obstante la abrumadora retórica en sentido contrario.

Los cambios políticos, sociales, económicos y laborales que se pusieron en práctica durante la década dantesca del Perú, han tenido como consecuencia que en los establecimientos de salud

pública y de la seguridad social, el trabajo médico se efectúe en condiciones paupérrimas y con limitaciones que hace inviable una atención con calidad.

De igual modo, las remuneraciones laborales atentan contra la dignidad del profesional de la salud, afectando su autoestima, motivación, expectativas de superación personal, el acceso a la capacitación continua y a la alta competitividad. La creación desmedida de facultades de medicina, es otro factor estructural de la deshumanización médica. En la actualidad existen en el Perú 26 Facultades de Medicina que han sobresaturado la oferta de profesionales médicos en el denominado mercado de la salud.

De otro lado, la insensibilidad humana prevalece en todos los niveles de atención de los servicios de salud: asistencial, administrativo y de apoyo.

Todos estos sucesos han inducido a las sociedades médicas como la American Board of Internal Medicine a dar la voz de alarma y a enfatizar la necesidad de potenciar vigorosamente la formación humanista durante la carrera de medicina.

A continuación se analizan algunos aspectos de este fenómeno social decadente que deshumaniza al médico. Asimismo, se propone un plan estratégico con el propósito de impulsar la reversión de este proceso de deshumanización en la ley médica.

#### ***CAUSAS DE LA DESHUMANIZACIÓN DE LA MEDICINA***

Prelación del racionalismo científico en desmedro de la sensibilidad humana.

Deficiente selección de postulantes, sin la exigencia de una auténtica vocación médica

Exigente proceso de selección durante los estudios de medicina, con énfasis exclusivo en los conocimientos científicos y técnicos.

Escasa o deficiente formación humanista durante la carrera médica.

Predominio de asignaturas técnicas en las Facultades de Medicina y eliminación de los cursos de humanidades.

Relación médico- paciente, basados en aspectos comerciales con una creciente desconfianza de parte del paciente.

Sobreexposición del médico al sufrimiento del doliente, en una sociedad que rechaza el dolor humano y la muerte; sin estar formado para manejar el sufrimiento.

Evitación sistemática del tema de sufrimiento humano durante la formación médica. Se le aborda de modo superficial, con miedo y sin compromiso auténtico con el dolor del prójimo.

Sobresaturación del mercado médico, debido al exceso cuantitativo de profesionales de la medicina.

Explotación inicua del médico: Sueldos denigrantes, servicio, abuso de los seguros públicos y privados que exigen producción cuantitativa y no cualitativa.

Imposición de un impersonal lenguaje de marketing, que enajena al médico de su esencia humanista: cliente, gerencia, productividad, mercado, costo-beneficio, etc. Médicos poco humanistas, presentados como "modelos de éxito" o paradigmas.

#### ***INDICADORES DE DESHUMANIZACIÓN***

Prelación de la insensibilidad humana en la prestación de servicios de salud

Prioridad del mercantilismo en la atención de salud.

Calidad total sustentada en la productividad, rentabilidad, lucro desmedido y valores agregados materialistas.

Avidez por el status social en desmedro de la calidad humana del rol médico.

Ausencia de empatía en la relación médico-paciente.

Sacralización del saber científico y de la tecnología de punta, en detrimento de la esencia del que hacer médico: Vocación de servicio.

Conversión del médico en un técnico ególatra ávido de figuración personal.

Culto irracional a la soberbia, codicia y pseudo sapiencia. Desinterés por la sabiduría en el médico.

Proliferación irracional de Facultades de Medicina con exceso de alumnos y una inadecuada selección de docentes y discentes.

Sustitución del colega o camaradería médica por celo profesional, deslealtad, egoísmo, intriga, abuso de poder, abuso de autoridad, acoso, maltrato y avasallamiento al colega.

Institucionalización de la indolencia, el despotismo, el maltrato y la impune violación de los derechos de los pacientes en las instituciones de salud, principalmente públicos.

Tolerancia o encubrimiento de la negligencia médica, iatrogenia, abusos y vicios institucionales burocráticos.

Abandono de la ética médica y abdicación del Juramento Hipocrático.

#### PLANEAMIENTO ESTRATÉGICO

##### a.- Definición de Humanismo Médico

Es el que hacer médico desarrollado con sumo respeto, amor y abnegación en bien del ser humano necesitado de ayuda en el campo de la salud integral. Es un comportamiento de servicio continuo, plétórico de valores humanos y éticos, que se brinda con un compromiso personal, profesional e institucional idóneo; generando confianza y gratitud en el paciente, su familia y la comunidad. De éste modo el médico logra un sólido prestigio y liderazgo social.

##### b.- Objetivo General

Humanizar el quehacer médico enseñando la bioética en PRE-grado, postgrado, educación continúa y en el ejercicio profesional cotidiano, con el propósito de ejercerla medicina con compromiso social, sapiencia, arte y valores éticos y morales.

##### c.- Objetivos Específicos

- c.1 Cultivar la sensibilidad humana del médico,
- c.2 Estimular en el médico la vocación de servicio a la comunidad,
- c.3 Desarrollar en el médico una sólida actitud solidaria,
- c.4 Integrar el saber científico y la sensibilidad humana durante la formación médica,
- c.5 Practicar el acto médico con calidez y sapiencia,
- c.6 Desarrollar en el médico el más elevado respeto por sí mismo y por sus semejantes,
- c.7 Ejercer la medicina con genuino amor al prójimo,
- c.8 Sensibilizar a los docentes y médicos con respecto a los valores éticos y morales,
- c.9 Hacer del médico un paradigma de trato humano y conducta ética.
- c.10 Respetar en forma irrestricta los derechos humanos de los pacientes y sus familiares.

##### d.- Estrategias

Aprender a escuchar durante la atención al paciente,

Motivar al médico a cultivar una óptima imagen personal, profesional e institucional,

Promover el desarrollo de la cultura humanista en el médico,

Promover el desarrollo de la autoestima e integridad personal del médico,

Motivar al médico para el ejercicio cotidiano de la atención humanista,

Capacitar al médico en los principios del humanismo aplicados al campo de la salud,

Utilizar paradigmas positivos: médicos eminentes, docentes, autoridades y líderes formales e informales de la comunidad médica con sólidos principios humanistas,

Ofrecer paradigmas de atención con calidez humana,

Motivar al discente y docente médico a involucrarse con la literatura educativa y las artes de la cultura humana: música, pintura, escultura, ópera, cine, etc.,

Inducir al médico a reflexionar acerca de su rol de líder en la comunidad,

Crear instrumentos de evaluación sistemática del quehacer humanista.

##### e.- Acciones

Escuchar al paciente con suma atención, interés, respeto y calidez,

Cumplir con las reglas básicas de etiqueta social: cortesía, cordialidad, decencia, decoro, aliño personal, pulcritud, puntualidad, buenos modales, elegancia y señorío durante el acto médico y en la conducta social cotidiana del profesional médico.

Estimular en el médico la lectura de la literatura humanista, clásica y moderna.

Enseñanza práctica de la ética médica en el pre-grado, postgrado y en la educación continua.

Monitoreo continuo del programa de educación humanista del médico.

Práctica grupal de la introspección, autoanálisis y autocrítica entre los médicos.

Realizar talleres de relaciones humanas saludables con la totalidad del Cuerpo Médico.

Trabajo grupal sobre ejercicio humanista de la medicina en el ámbito público y privado.

Supervisar diariamente la calidad del trato humano en la atención de salud.

Realizar conferencias sobre la necesidad del humanismo en el campo de la salud.

Divulgar la cultura humanista mediante afiches, trípticos, folletos, cartillas, videos, Internet, página Web y otros medios audiovisuales.

Realizar socio dramas sobre trato humano al paciente y su familia

Difundir y hacer cumplir los derechos del paciente y su familia

f.- Evaluación de los Resultados

Aplicar encuestas periódicas a pacientes y familiares sobre la calidad del trato humano en la atención de salud.

Aplicar encuestas periódicas al personal médico sobre la calidad del colegaje médico y el trato humano entre los profesionales de la medicina.

Identificar indicadores de salud mental en el personal médico.

Divulgar reservadamente en el ámbito médico los resultados de las evaluaciones periódicas sobre trato humano.

### ***JURAMENTO HIPOCRÁTICO***

Juro por Apolo, médico, por Esculapio, Higas y Panacea, y por todos los dioses y diosas, a quienes pongo por testigos de la observancia del siguiente juramento, que me obligo a cumplir lo que ofrezco, con todas mis fuerzas y voluntad. Tributaré a mi maestro de medicina el mismo respeto que a los autores de mis días, partiendo con ellos mi fortuna, y socorriéndoles si lo necesitasen trataré a sus hijos como a mis hermanos, y, si quisieren aprenderla ciencia, se la enseñaré desinteresadamente y sin ningún género de recompensa. Instruiré con preceptos, lecciones orales y demás modos de enseñanza a mis hijos, a los de mi maestro, y a los discípulos que se me unan bajo el convenio y juramento que determina la ley médica, y a nadie más.

Estableceré el régimen de los enfermos de la manera que les sea más provechoso, según mis facultades y mi entender, evitando todo mal y toda injusticia. No accederé a pretensiones que se dirijan a la administración de venenos, ni induciré a nadie sugerencias de tal especie; me abstendré igualmente de aplicar a las mujeres pesarios abortivos. Pasaré mi vida y ejerceré mi profesión con inocencia y pureza. No ejecutaré la talla, dejando tal operación a los que se dedican a practicarla.

En cualquier casa que entre no llevaré otro objeto que el bien de los enfermos, librándome de cometer voluntariamente faltas injuriosas o acciones corruptoras, y evitando, sobre todo, la seducción de las mujeres y jóvenes, libres o esclavos. Guardaré secreto de lo que oiga o vea en la sociedad y no sea preciso que se divulgue, sea o no del dominio de mi profesión, considerando el ser discreto como un deber en semejantes casos. Si observo con fidelidad mi juramento, séame concedido gozar felizmente mi vida y mi profesión, honrado siempre entre los hombres; si lo quebranto y soy perjuro, caiga sobre mí la suerte contraria, 400 a.C.

### ***RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO***

Es la obligación de dar cuenta ante la sociedad por las consecuencias de un hecho acto.

La responsabilidad, en general, no viene a ser otra cosa que la asunción de las consecuencias de un daño, normalmente traducidas en una estimación económica.

Se dice que la responsabilidad es subjetiva porque su fundamento es la culpa, que es un elemento psicológico y por lo tanto de naturaleza subjetiva, pues consiste en la intención de dañar o en el obrar con negligencia o descuido, para la teoría subjetiva de la responsabilidad la culpa es especial, y sin ella no hay responsabilidad.

a.- De ahí que se pueda decir que en toda apreciación de responsabilidad existen al menos tres elementos comunes:

a.1.- La acción u omisión.

a.2.- El daño y;

a.3.- La relación de causalidad entre ambos.

Y que lo que se discuta sea el elemento de la culpa o negligencia que ha de concurrir, según los sistemas llamados de responsabilidad subjetiva en la acción u omisión del causante, como reproche del ordenamiento jurídico a su comportamiento, y que puede estar ausente, según los denominados sistemas de responsabilidad objetiva, para imputar una responsabilidad.

Cual sea el tenor de la obligación viene a su vez determinado por el contenido de la relación existente entre el médico y el paciente, a la que vamos a referirnos ahora, ya que la vulneración por parte del médico de los derechos del paciente, que constituyen sus obligaciones, es causa de responsabilidad.

b.- Negligencia

Se trata, pues, de la 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.

Si no atenemos a su acepción unitaria, la negligencia significa descuido en las tareas u ocupaciones, omisión o falta de preocupación o de aplicación en lo que se hace o debe hacerse.

Dado a su captabilidad para diversas manifestaciones jurídicas, el vocablo es captado por varias ramas de derecho positivo, algunas veces lo recibe en su acepción genérica; otras, atribuyéndole una significación más particular y a veces enteramente precisa. Los distinguos se producen en consideración a los efectos perjudiciales para quienes incurrir en ella.

Esos efectos se resuelven en consideraciones jurídicas de diverso orden. Así; en la esfera de derecho sustantivo, significan extinción de derechos o un determinado grado de responsabilidad; en el ámbito de derecho procesal se resuelven en decaimiento o pérdida de las facultades concedida por la ley ritual, que impide la prosecución de una actividad determinada en el ámbito del proceso.

### ***EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA***

El concepto de responsabilidad, médica aparece ya en los años 2392 A de J.C., cuando el código del rey Hamurabi dedicaba al menos nueve artículos de los 282 de que constaba, a las faltas y castigos para los médicos, y así entre otros preceptos establecía: "Si un médico abre a alguien una gran herida con el cuchillo de bronce y mata, o si alguien una gran herida con el cuchillo de bronce y lo mata, o si vacía a alguien una cavidad con el cuchillo de bronce y le deja sin ojo, se le deberán cortar las manos", también en este código se encuentra el concepto más primitivo de contrato o pacto entre médico y enfermo, donde a cambio de la prestación del servicio de uno, el otro quedaba obligado a pagar en monedas o especies.

Alejandro Magno estableció la pena de crucifixión para el médico que abandonase libre y voluntariamente a un enfermo. El fuero Juzgo entregaba al médico a los familiares del enfermo dolosamente abandonado.

En todos los tiempos y en las distintas civilizaciones hubo médicos que, aunque con distintas metodologías o creencias, debieron responder de su bien hacer, ya fuese ante el pueblo, el Juez o el Jefe del Tribu y lo que vario a lo largo de los tiempos fueron los conceptos de culpa y pena. Ya el derecho romano establecía la culpabilidad del médico aun cuando habiendo procedido bien, los resultados fuesen negativos debido a cierto abandono, lo que podría considerarse negligencia. En el fuero Juzgo condena podía quedar en manos de los familiares del enfermo perjudicado, a

quienes se les entregaba en ocasiones al médico para que hiciesen justicia, por su parte el código del Rey Hamurabi diferenciaba ya lo que hoy denominamos responsabilidad civil y penal, de manera que los fallos no dolosos ni graves estaban castigados con sanciones económicas o indemnizaciones a los perjudicados por los médicos, mientras que ante fallos con resultados graves, el médico podía perder una o ambas manos si era cirujano, con la única finalidad de evitar que siguiese operando.

Hoy en día, son sin duda los Estados Unidos de América los que encabezan el número de denuncias por imprudencias médicas, sin embargo allí la responsabilidad penal es excepcional, frente a la civil que es la habitual, además las compañías de seguro llegan frecuentemente a acuerdos entre las partes que evitan muchos juicios.

a.- Evolución de los estudios sobre responsabilidad profesional.

Los estudios sobre responsabilidad civil profesional y sobre responsabilidad en el ejercicio de las profesiones médicas en particular quedan rápidamente superados. Es relativamente reciente la toma de conciencia sobre de la responsabilidad civil profesional y por consiguiente la irrupción del derecho indemnizatorio en este campo, pero a continuación hay que advertir que el fenómeno ha sido imparable y que las reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios por daños a la salud han crecido en proporciones ya alarmantes para los profesionales.

Se ha dicho también que el fenómeno de la responsabilidad es, al tiempo, un fenómeno de la exigencia social de la responsabilidad y el dato ha conducido a la idea de una cierta socialización, pero también objetivación del riesgo.

La técnica de la responsabilidad objetiva puede sin duda satisfacer la exigencia social de obtener garantía de resarcimiento de los daños que se originen en el curso de un tratamiento sanitario; pero, con toda evidencia, la mayor garantía de las reclamaciones de los perjudicados, lleva paralelamente a una correlativa debilitación en la posición del demandado, ya que en el proceso de responsabilidad civil sería él el obligado a demostrar su actuación correcta.

La siguiente constatación que es necesario tener en cuenta consiste en que, aunque la reclamación por responsabilidad civil sanitaria afecta tanto a la reputación del profesional, como a su patrimonio, bienes éstos al menos igualmente valiosos, la prevención de las consecuencias de un eventual indemnización tiene a menudo sólo en cuenta los aspectos económicos y descuida la garantía del perjuicio.

En efecto, el sistema más común de desplazamiento de responsabilidad consiste en acudir alguna de las diversas pólizas de seguro que se ofrecen.

### ***TIPOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA***

1.- Responsabilidad penal del médico.- se genera esta responsabilidad personal del profesional médico que ocasiona el daño cuando su acción u omisión lesiva está tipificada en el Código penal como constitutiva de un delito o de una falta.

La comisión por parte de los profesionales médicos de delitos o faltas genera una responsabilidad penal del profesional y si de ésta se derivan daños también la responsabilidad civil por tanto su obligación indemnizatoria.

Es decir que la ejecución de un hecho descrito por el Código Penal como delito o falta obliga a quien lo realiza a la reparación de los daños y perjuicios causados en la comisión de ese delito o falta.

La responsabilidad penal es una responsabilidad personal y ello implica que la sanción (condena) penal prevista solamente puede ser cumplida por la persona que de forma directa es autor del delito o la falta.

Por tanto el médico responderá de la sanción penal y su entidad aseguradora si tuviera concertada una póliza de responsabilidad civil) afrontará el pago de la indemnización por las lesiones ocasionadas.

1.1.- Lesión desde un punto de vista clínico

Según el diccionario de la real academia española, se define como: "Modificación de la estructura de un tejido, bajo la influencia de una causa mórbida". En derecho penal se entiende como: "Delito o Falta derivados del daño corporal inferido dolosamente a una persona sin ánimo de matar". En medicina entendemos por lesión: "El daño o alteración morbosa, orgánica o funcional de los tejidos". Es evidente, ya desde su definición, la gran diferencia en el significado de una palabra, según quién la intérprete. Desde el punto de vista clínico, la lesión, no es más que la situación que motiva el trabajo médico. Tanto en la actividad asistencial, como cuando en el ejercicio de funciones como médicos peritos, es necesario que existan algún tipo de "lesión" que justifique la actividad, ya que sin "lesión" o sin enfermedad, no hay actividad médica como tal, obviamente queda apartada la actividad preventiva. Es necesario que una persona indique, que padece algún síntoma, que observemos algún signo de un proceso mórbido, para poder establecer el diagnóstico de la existencia de una lesión orgánica e iniciar el proceso de tratamiento tendente a intentar sanar, curar o mejorar.

## 2.- Responsabilidad civil

Todas las actuaciones médico sanitarias que sin implicar una responsabilidad penal, por no constituir delito o falta, generen daños, están sometidas a responsabilidad civil, es decir a la obligación de quien genera el daño de indemnizar los mismos.

Esta es una responsabilidad genérica para toda acción u omisión que genere un daño interviniendo culpa o negligencia y de la misma responderá el autor del daño así como otros vinculados a él por distintas relaciones.

La vía civil se utiliza en lo referente a actuaciones médica sanitarias que se lleven a cabo al amparo de centro privado o de tratamientos de profesionales médicos en el ejercicio de su profesión de forma totalmente privada y la margen absoluto de la sanidad pública ya que cuando los profesionales médicos llevan a cabo actuaciones médico sanitarias al amparo de la sanidad pública, al margen de polémicas doctrinales, cabe exigir la responsabilidad de la administración en vía administrativa.

### 2.1.- El acto médico como contrato

El contrato es un acto jurídico que genera obligaciones, según Kant, el contrato es una limitación que la persona impone voluntariamente a su libertad, en efecto, el sujeto que contrata se obliga; promete dar, hace, no hacer algo que, si no fuera por este convenio, no tendría como carga.

Se ha discutido ampliamente que tipo de contrato es el que se establece entre el paciente y su médico, varias teorías han sido estudiadas y desechadas parcialmente, ellas incluyen la del mandato, la de locación de servicios, la de locación de obra, la de locación de servicios, la de locación de obra, la de contrato innominado y otras muchas, para terminar aceptando que el acto médico es una forma especial de contrato denominado, precisamente, "De Asistencia Médica".

### 2.2.- Responsabilidad contractual y extracontractual

La responsabilidad civil puede ser contractual, cuando procede del incumplimiento de un contrato válido, y extracontractual, cuando tiene lugar por declaración legal, sin acto ilícito ni negligencia del responsable, o cuando medie dolo o culpa.

Precisamente en materia de responsabilidad civil del médico una de las cuestiones más discutidas ha sido la naturaleza contractual o extracontractual de la relación médico paciente, la doctrina de la relación jurídica médico paciente se ha construido tradicionalmente sobre la base del contrato, inicialmente calificado como de arrendamiento de servicios, aunque modernamente se refiera entender que se trata de una figura contractual especial.

Sin embargo, la relación puede nacer sobre bases ajenas al contrato, bastando que el paciente tenga un título jurídico, cualquiera que este sea, para ser acreedor de la prestación de asistencia sanitaria.

El progreso de las ciencias de salud y su rápido desenvolvimiento, con la aparición de nueva técnicas cada vez más complejas y sofisticadas muestran la insuficiencia del tradicional modelo contractual de las relaciones profesional paciente y están determinando la aparición de un nuevo

modelo de ejercicio de las profesiones sanitarias, ya común en las especialidades médicas, de manera que la prestación de servicios por parte de un profesional a un paciente no se asienta en la figura típica de un contrato, sino que su tipología es múltiple.

El paciente no adquiere su derecho al tratamiento de la conclusión de un contrato con el profesional, sino de otro título distinto como la afiliación a la seguridad social, o el seguro libre de enfermedad, que determina que sea una Organización Pública o Privada que le asegura o con la que concierta la atención a su salud, y a cuyo servicio se encuentra el profesional, la jurídicamente obligada a prestar al paciente la asistencia sanitaria que precise.

El sentido general de la evolución se ha centrado, en lo externo, en el paso de la relación bilateral entre el prestador del servicio y el que lo recibe, a otras multilaterales, en las que intervienen además un centro establecimiento sanitario, un intermediario sociedad médica o una Administración Pública.

Por tanto, el fundamento de la intervención del profesional médico no se encuentra ya en un contrato que el mismo ha concluido con el paciente, sino en la acomodación de su actividad a las normas rectoras del ejercicio de la profesión, obligaciones que se exigen con rigor especial en virtud de la dedicación profesional, y que se refuerzan aún más cuando la intervención facultativa carece de finalidad curativa y se dirige primordialmente al mejoramiento del aspecto físico, estético o funcional.

### 2.3.- Obligación de medio y de resultado.

En el contenido de esta prestación, ya sea contractual o extracontractual, es universalmente admitido que la obligación que incumbe al profesional sanitario es una obligación de medios y no de resultado; obligación del profesional sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, sino que está obligado solamente a proporcionar al paciente todos los cuidados que éste requiera, según el estado de la ciencia y la denominada *Lex Artis Ad Hoc*.

La constitucionalización del derecho a la protección de la salud debería imponer por otra parte deberes singulares, correlativo a los derechos de los paciente, cuya inobservancia puede ser constitutiva de la contravención del contenido esencial de la prestación de servicios médicos.

#### ***RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO***

Siendo la responsabilidad profesional, "la obligación de reparar un daño ocasionado en el ejercicio de una actividad profesional", en el caso de haber sido producido por actos profesionales de un médico, se trataría de Responsabilidad Médica.

La responsabilidad del médico en el ejercicio de su profesión, ha sido prevista por las leyes civiles y penales en todos los tiempos y en todos los países.

En nuestros medio o, en la actualidad, debido a las influencias de información de lo que ocurre en otros países, uno de ellos, los Estados Unidos, en que se aplica con gran severidad las sanciones, sobre todo económicas, a quien incurra en delito culposo de la naturaleza que estamos tratando; se juzga por la masa popular al profesional médico y se pide para él las sanciones más severas, aún antes de haber sido establecida su responsabilidad en el proceso dejándose llevar por la información sensacionalista de los medios publicitarios, y sin conocer la sustentación de la figura de la responsabilidad del médico.

No es posible admitir en modo alguno el principio de la irresponsabilidad para el médico en el ejercicio de sus funciones como tal. Esta doctrina perniciosa e inmoral, como toda aquella que dimana de una preferencia o un privilegio, no puede ser aceptada por ningún médico consciente de sus deberes, celoso de prestigio de la ciencia y devoto de su progreso", Guillermo Fernández Dávila. La responsabilidad Profesional del Médico.

"El título no es un brevete de impunidad; y dejar pasar una negligencia culposa, una imprudencia, un acto contrario al buen sentido y a la sana lógica, será querer dar la razón a MALGAINE, cuando escribía: "los médicos tienen la singular fortuna, de que el Sol les ilumine todos los éxitos, y la tierra les oculte todas las faltas". Filomusi Guelfi *Errori dei medici e chirurghi in rapporto alla lege. Corrieri Sanitario*, 1987.

Dice Lacassagne en lo referente a la responsabilidad del médico: "es la obligación de sufrir las consecuencias de ciertos errores cometidos en el ejercicio de la profesión". Este hecho es plenamente aceptado, toda profesión liberal y aún todo cargo o función pública, lleva imbibida en sí, el principio de reparación y satisfacción por el daño ocasionado o determinado, en cumplimiento y ejercicio de las labores que le son inherentes.

### ***LA RESPONSABILIDAD MÉDICA***

1.- Responsabilidad moral o conciencia profesional, que se define y ejecutoria en nuestro fuero interno, y cuyo Juez inapelable y siempre justiciero, nunca se equivoca.

2.- Responsabilidad social, o sanción social, que dimana del vulgo, como resultado del reflejo del ambiente, que casi siempre es injusta, pero que en veces constituye un Juez verás, castigando con excesiva severidad las faltas cometidas; vox populi, vox dei.

3.- Responsabilidad legal, o sanción legal, que constituye la esencia del delito profesional y deriva de nuestra obligación de ser responsables ante la ley, por los actos o hechos que como profesionales hayamos realizado.

4.- La responsabilidad moral, constituye la verdadera conciencia profesional, es innata en todo hombre, y cobra aquí, en el ejercicio de la medicina, un aspecto especial, pues forma la ejecutoria más completa del valor facultativo.

Cita nuestro recordado maestro el Profesor Fernández Dávila a Martín: "La conciencia con la cual el médico ejerce su arte, crea la nobleza de nuestra profesión. Un médico instruido no asiste sino con cierta ansiedad, a la evolución de una dolencia, o al acto terapéutico que él pone en práctica madura y decididamente. Esta sensibilidad, algunas veces exagerada, le permite comprender la angustia que experimenta el enfermo y lo obliga a rodearse de todos los elementos que comprometen la seguridad del éxito y este gran deseo es beneficioso para el paciente. Mientras más instruido es un médico, más técnica posee de su arte y con ello más se desarrolla su responsabilidad moral. ¡Sólo los ignorantes son incapaces para comprender el mal que pueden causar!

Y es por lo tanto esta responsabilidad moral, la primera que debe estimular y temer el profesional médico, pues ella nunca deja de evidenciarse, jamás deja de imponer su fallo. La conciencia profesional no olvida, ni perdona, ni a través del tiempo, ninguno de esos pequeños o grandes delitos, que por acción o por omisión hayamos cometido; constantemente nos recuerda esas amargas experiencias, nos trae a la memoria aquellos difíciles y angustiosos momentos, en que comprobamos un error cometido, cuyas consecuencias vemos y palpamos.

Esta responsabilidad debe siempre estimularla el médico, pues ella constituye una verdadera sensibilidad, innata a la profesión, y es a la larga, precisamente la fuente de la experiencia. ¿Quién al practicar un acto difícil, cualquiera de nuestra profesión, no recuerda un in suceso, más o menos amargo, que en igual forma tuvimos en los años ya corridos, y al recuerdo de ello no acuciamos la inteligencia y estimulamos la atención, para obtener un resultado benéfico en este caso?.

5.- La responsabilidad social, es por desgracia, aquella que más debemos temer. Es el murmullo reticente y ambiguo que comienza a formarse alrededor de un hecho profesional desgraciado; es la afirmación maliciosa, con tendencias a la hipertrofia, que malabariza preguntas y estimula respuestas; es el silencio estudiado o el movimiento dubitativo de cabeza, cuan elocuentes, con que responde un colega a la frase interrogativa que inocentemente se le hace; es, por último, la sentencia inapelable que el gran galeote promulga, ejecutoriada a base de mentira, de suspicacia, de malevolencia y de insidia.

6.- La responsabilidad legal, es la obligación de responder ante la Justicia de los hombres, da los daños que hemos ocasionado, en un acto cualquiera de nuestra vida profesional.

Ella es ejecutoriada, ya bajo la forma de simple reparación, como resarcimiento por el perjuicio ocasionando; y en formas más o menos privada (responsabilidad civil; o, ya como acto sancionador y punitivo, como castigo por estas mismas faltas (responsabilidad penal).

La provocación de una muerte, o la determinación de una lesión o de un proceso morboso, debidos a actos profesionales, justificativos de responsabilidad, son la consecuencia directa de:

6.1.- Una impericia manifiesta, dimanada o de una ignorancia supina de la materia en que se actúa, o de una falta de manabilidad en el acto que se ejecuta, ambos hechos sustancializados por una falta de experiencia, que sólo el estudio, el tiempo y la práctica constante del arte médico pueden darnos:

6.2.- Una negligencia inexcusable, en un acto de por sí delicado y grave, que lo lleva hasta olvidar los claros preceptos científicos o a superficializar los peligros que puedan presentarse; y

6.3.- Una imprudencia temeraria, que lo induzca hasta a ejecutar actos profesionales, para los que no está preparado, o cuyas consecuencias no sabe, no quiere o no puede apreciar.

## **TEORÍA GENERAL DEL DELITO** **ASPECTOS GENERALES**

La teoría general del delito se ocupa de las características que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito, así sea un homicidio o un hurto, que aunque tengan características comunes, pueden tener peculiaridades y penalidades distintas (Zaffaroni, págs. 372374).

Tiene un carácter claramente instrumental y práctico: es un instrumento conceptual que permite aplicar la ley a casos concretos. Trata de dar una base científica a la práctica de los juristas del derecho penal proporcionándoles un sistema que permita la aplicación de la ley a los casos concretos con un considerable grado de seguridad.

El grado de seguridad sin embargo no es absoluto.

El jurista del derecho penal tiene que asumir que la teoría del delito no puede eliminar totalmente la inseguridad que está implícita en la tarea de trasladar al caso concreto lo dispuesto en general por el texto de la ley.

La teoría del delito realiza por lo tanto, la tarea de mediación entre el texto legal y el caso concreto.

### ***2. Concepto de Delito***

El concepto de delito, es el inicio de la teoría general del delito, para ello debemos partir del derecho penal positivo, ya que todo intento de definir el delito al margen del Derecho Penal vigente es simplemente hacer filosofía.

El concepto del delito como una conducta castigada por la ley con una pena, es sólo un concepto formal.

Debe tratarse de una acción u omisión, debe ser doloso o culposo y penado por la ley.

El "concepto del delito responde a una doble perspectiva: por un lado, es un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se le llama injusto o antijuridicidad es pues, la desaprobación del acto; culpabilidad la atribución de dicho acto a su autor para hacerle responsable del mismo" (Muñoz Conde, 1991).

En base a ellas: a la antijuridicidad habla de la acción u omisión, los medios y formas en que se realiza, sus objetos y sujetos, la relación causal y psicológica y sus resultados.

Y es posible expresar un concepto jurídico de Delito como una acción típica, antijurídica y culpable.

Según Villamor (2000), los elementos principales del delito son: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad y punibilidad.

### ***3. La Acción***

En cuanto a la evolución de la teoría general del delito, seguiremos la teoría finalista: concepto de acción basado en la dirección del comportamiento del autor con una finalidad previa.

Por la que un individuo en el uso de su conocimiento causal, es capaz de dominar dentro de ciertos límites, el suceder y conducir su actuación a la consecución de una meta con arreglo a un plan.

Esta teoría finalista, que aunque se le achaca que sea intelectualista, racionalista y que le da importancia a los sentimientos: pensar, sentir, obrar; para que sean computados para valorar la carga de la pena o bien la capacidad de culpabilidad, y por tanto puedan cuantificar la pena.

Parece la más lógica y eficaz a la hora de la valoración de un hecho desde la vertiente médica o psicológica.

La acción, sería "una conducta humana relacionada con el medio ambiente, dominada por la voluntad dirigente y encaminada a un resultado." (Maurach, 1994).

Pero para actuar se precisa haber previamente pensado, proyectado un acto, para poder dirigirse a un objetivo, por tanto la representación, la idea viene primero, antes de la acción.

Aunque para el derecho penal, no sólo se contempla la acción sino también la omisión.

El hombre puede prever dentro de ciertos límites las consecuencias posibles de su actividad, conforme a su plan.

Por lo tanto, un comportamiento es evitable cuando el autor tenía la posibilidad de dirigir su acción a un fin determinado.

Si aceptamos que la acción es una conducta humana relacionada con el medio ambiente, dominada por la voluntad, dirigida y encaminada a un resultado, por tanto la "la voluntad no puede concebirse sino como ideación proyectada"; del "querer interno".

No hay voluntad cuando hay una fuerza irresistible que nos obliga a una acción.

Puede ser de origen interno o externo. La fuerza irresistible de origen interno, como es el caso de las neurosis compulsivas, no son voluntarias en el amplio sentido de la palabra; obedecen a núcleo neurótico, por ejemplo las cleptomanías.

Y una fuerza irresistible de origen externo, por ejemplo lo que le pasa a una persona que al sentir dolor de una quemadura estira los miembros, produciendo lesión en otra persona u objeto.

#### ***4. La Tipicidad***

De toda la gama de acciones antijurídicas que se cometen el legislador ha seleccionado las más graves y las más intolerables, conminándolas con una pena.

La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho hace la Ley. Tipicidad, "es la adecuación de la conducta del sujeto al tipo penal." (Villamor, 2003, Pág. 91).

"Para ello es necesario establecer un juicio de tipicidad, la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador, siendo la tipicidad el resultado afirmativo de ese juicio" (Zaffaroni, 2000, Pág. 416).

La tipicidad es la garantía del principio de legalidad.

#### ***5 La Antijuridicidad***

Delito es toda conducta descrita por la ley cuya consecuencia es la pena o las medidas preventivas o represivas. (Villamor, 2003, Pág. 61).

Es una acción típicamente antijurídica y culpable.

La conducta es antijurídica cuando incumple el ordenamiento jurídico.

Es, "Un juicio de valor por el que se declara que la conducta no es aquella que el derecho demanda." (R. Devesa, 1994, Pág. 404).

El proceso de valoración de la antijuridicidad, se realiza en principio, identificando el hecho como una conducta; por tanto de una acción de una persona, adecuado a una descripción típica es decir a un tipo penal.

La expresión "antijuridicidad" para expresar esta problemática no resulta ser por lo tanto, la más adecuada.

Presupone una teoría del delito en la que la realización del tipo no tenía ninguna significación respecto del ordenamiento jurídico y solo su falta de autorización especial era determinante de lo ilícito.

En la actualidad es preferible hablar de "justificación". Con ello se hace referencia a la situación que se da cuando alguien ha obrado lesionando una norma, pero no el orden jurídico, es decir, ha realizado una acción típica, pero adecuado al derecho justificado.

Como podría ser la: Legítima defensa, basado en que en derecho no tiene porqué soportar lo injusto.

Pero la reacción debe ser en el momento del ataque injusto, cuando el agredido no encuentra otro medio de defensa que la reacción súbita e inmediata ante el ataque de una legítima defensa.

Resumiendo: una conducta es típica si con ella se infringe una norma jurídica y será antijurídica si no está justificada por una causa de justificación.

Adoptando el criterio de la "antijuridicidad" como juicio definitivo acerca de la prohibición de una conducta. (Zaffaroni, 2002, pág. 595).

### ***6. La Culpabilidad***

En la culpabilidad, las facultades psicobiológicas del autor, hablan de la imputabilidad o no, es decir de la capacidad de culpabilidad, el conocimiento por parte del autor del carácter de lo prohibido de su hacer y la no exigibilidad de un comportamiento distinto.

Ambas tienen un lado negativo, la existencia de una fuerza irresistible excluye la acción.

La absoluta imprevisibilidad anula la relación psicológica con el resultado; la causa de legítima defensa autoriza la comisión del hecho prohibido, las facultades psíquicas del autor disminuida o anulada, causan la imputabilidad parcial o total.

La teoría general del delito tiene como función determinar los rasgos que convierten una conducta en delictiva.

Si bien existen una serie de características propias de cada delito, también existen una serie de rasgos comunes a todos los tipos, que son los que van a constituir el concepto de delito.

Este concepto formal de delito supone la materialización del Principio de Legalidad: no hay delito sin Ley.

El concepto del delito como una conducta castigada por la ley con una pena, es sólo un concepto formal.

El delito debe tratarse de una acción u omisión, debe ser doloso o culposo y penado por la ley.

Culpabilidad, es culpable quien actúa de una manera, cuando podía libremente obrar de otra.

Quien pudiendo abstenerse de realizar la acción tipificada, decide actuar en contra de lo prohibido.

"La capacidad de culpabilidad tiene un momento (cognoscitivo) (intelectual) y uno de voluntad (volitivo); la capacidad de comprensión de lo injusto y de determinación de la voluntad (conforme al sentido).

Solo ambos momentos conjuntamente constituyen la capacidad de culpabilidad". (Welzel, 1976, Pág. 216).

Artículo 14º. Del Código Penal. (Dolo). Actúa dolosamente el que realiza un hecho previsto en un tipo penal con conocimiento y voluntad.

Para ello es suficiente que el autor considere seriamente posible su realización y acepte esta posibilidad.

La culpabilidad tiene un vínculo de naturaleza psicológica, que enlaza a su autor con su acto, siendo el dolo y la culpa sus formas de presentación.

El fundamento de la culpabilidad es la libertad, en la que el sujeto dentro de sus posibilidades, puede elegir una determinada forma de actuar o evitarla, para no ser objeto de reproche.

Para analizar la culpabilidad es necesario:

1. el conocimiento de la antijuridicidad
2. la imputabilidad
3. la exigibilidad.

#### **6.1. Conocimiento de la antijuridicidad**

La antijuridicidad habla de la prohibición de una conducta.

El sujeto debe saber, conocer, tener conocimiento del carácter de lo prohibido de su hacer y la no exigibilidad de un comportamiento distinto.

Pero está claro que no hay culpabilidad sin antijuridicidad, aunque sí hay antijuridicidad sin culpabilidad.

La legítima defensa es una agresión antijurídica aunque el autor no sea culpable.

Y frente a un acto lícito no antijurídico no cabe legítima defensa.

Hay por tanto dos elementos que llevan a determinar la responsabilidad del autor.

Conocimiento sobre la ilicitud del hecho. (Antijuridicidad).

Componente psicobiológico: Facultades psíquicas y físicas. (Imputabilidad).

## **6.2. La imputabilidad**

En la culpabilidad, las facultades psíquicas del autor, hablan de la imputabilidad o no, es decir de la capacidad de culpabilidad, el conocimiento por parte del autor del carácter de lo prohibido de su hacer y la no exigibilidad de un comportamiento distinto.

Ambas tienen un lado negativo, la existencia de una fuerza irresistible excluye la acción.

La absoluta imprevisibilidad anula la relación psicológica con el resultado.

La causa de legítima defensa autoriza la comisión de un hecho prohibido.

Las facultades psíquicas del autor disminuidas o anuladas, causan la imputabilidad parcial o total.

Concepto del delito responde a una doble perspectiva: es un juicio de desvalor que recae sobre un acto humano por otro, es un juicio de desvalor que se hace sobre el autor del hecho.

Al primero se le llama injusto y al segundo culpabilidad.

Habría tres métodos de determinar la incapacidad, el biológico, el psicológico y el mixto.

Nuestra legislación hace uso del mixto.

Artículo 17º. Del Código Penal. (Inimputabilidad). Está exento de pena el que en el momento del hecho por enfermedad mental o por grave perturbación de la conciencia o por grave insuficiencia de la inteligencia. No pueda comprender la antijuridicidad de su acción o conducirse de acuerdo a esta comprensión.

Artículo 18º. Del Código Penal. (Semi-imputabilidad). Cuando las circunstancias de las causales señaladas en el Artículo anterior no excluyan totalmente la capacidad de comprender la antijuridicidad de su acción o conducirse de acuerdo a esta comprensión, sino que la disminuyan notablemente, el juez atenuará la pena conforme al Artículo 39 o decretará la medida de seguridad más conveniente.

Artículo 19º. (Actio Libera In Causa). Del Código Penal. El que voluntariamente provoque su incapacidad para cometer un delito será sancionado con la pena prevista para el delito doloso; si debía haber previsto la realización del tipo penal, será sancionado con la pena del delito culposo.

Imputabilidad, es un atributo de la persona que permite la posibilidad de atribuirle una culpa, un delito, una acción y es parte integrante de la culpabilidad, radica en la posibilidad que tenía el sujeto de pensar, querer y obrar de una manera distinta a la que actuó infringiendo la ley.

## **6.1. Concepto de imputabilidad**

Jurídicamente la imputabilidad es la aptitud de la persona para responder de los actos que realiza (Gómez De Liaño, 1979).

El concepto, tiene una base psicológica, comprende el conjunto de facultades psíquicas mínimas que debe poseer un sujeto autor de un delito para ser declarado culpable del mismo (Muñoz Conde, 1988).

Por tanto la imputabilidad descansa sobre una base de índole psicobiológica, el estado biológico y psicológico del sujeto en el momento de los hechos. Y es preciso que un perito dictamine o determine si en el momento de los presuntos hechos delictivos imputados, cumplía los requisitos biológicos (conocimiento y libertad volitiva) para podersele aplicar la pena.

La imputabilidad descansa pues sobre dos condiciones fundamentales:

a) Que en el momento de la acción el sujeto posea la inteligencia y el discernimiento de sus actos

b) Que el sujeto goce de la libertad de su voluntad o de su libre albedrío.

Por lo tanto toda enfermedad mental que afecte a la inteligencia o a la voluntad, así como cualquier estado temporal de anulación o perturbación de la conciencia alterarán el grado de imputabilidad.

De acuerdo a estos presupuestos debería existir grados de imputabilidad: Una eximente completa, cuando las facultades mentales, están abolidas.

Por ejemplo una enajenación mental. Se manifiesta en una disminución de sus facultades intelectivas o volitivas, con una indudable limitación para comprender la ilicitud del acto, o el conocimiento del alcance y trascendencia de sus actos.

Otra, cuando exista una merma o disminución considerable de las capacidades para comprender o querer, sería una eximente incompleta. Una atenuante, cuando exista una merma o disminución de escasa intensidad, leve o tenue, de poca incidencia en la imputabilidad.

Y ya finalmente una atenuante analógica; cuando hay una merma o disminución de sus facultades intelectivas o volitivas, con una indudable limitación para comprender la ilicitud del acto pero de forma temporal.

Hablaríamos de una analógica, por la similitud del cuadro temporal de anulación temporal de facultades con uno orgánico, persistente. Como el que se puede producir por el efecto de drogas o de un arrebato u pasión emocional desenfrenada.

"Jurídicamente cualquier persona que pueda responder por los actos que realiza, es imputable.

Para responder a sus actos, la persona debe tener:

Plena conciencia y discernimiento de sus actos.

Poseer suficiente inteligencia y un estado de madurez mínimo.

Saber diferenciar el bien del mal.

Gozar de la libre voluntad de sus actos." (Barral, Núñez de Arco, Caballero, 2004).

Artículo 13º. Del Código Penal. (No Hay Pena Sin Culpabilidad).

No se le podrá imponer pena al agente si su actuar no le es reprochable penalmente. La culpabilidad y no el resultado es el límite de la pena.

Si la ley vincula a una especial consecuencia del hecho una pena mayor, ésta sólo se aplicará cuando la acción que ocasiona el resultado más grave se hubiera realizado por lo menos culposamente.

Artículo 14º. Del Código Penal. (DOLO).

Actúa dolosamente el que realiza un hecho previsto en un tipo penal con conocimiento y voluntad.

Para ello es suficiente que el autor considere seriamente posible su realización y acepte esta posibilidad.

Artículo 15º. Del Código Penal. (CULPA).

Actúa culposamente quien no observa el cuidado a que está obligado conforme a las circunstancias y sus condiciones personales y, por ello:

1. No toma conciencia de que realiza el tipo legal.

2. Tiene como posible la realización del tipo penal y, no obstante esta previsión, lo realiza en la confianza de que evitará el resultado.

### **6.3. Tipos de culpabilidad**

La culpabilidad tiene dos formas: dolo y culpa, la primera es intención, la segunda negligencia, ambas tienen por fundamento la voluntad del agente.

Sin intención o sin negligencia, es decir sin dolo o sin culpa, no hay culpabilidad y siendo ésta un elemento genérico del delito, sin culpabilidad no hay delito.

Entre dolo y culpa no existe una separación tajante, se pasa de una a la otra por grados intermedios, del dolo directo al eventual, de éste a la culpa consciente y finalmente a la culpa inconsciente.

El dolo es la forma típica de la voluntad y en este sentido su verdadera forma.

El hecho es la violación de un precepto jurídico, sólo cuando el agente ha querido el hecho prohibido, la desobediencia, la rebelión es plena y completa.

Por tanto el delito es doloso, cuando el resultado dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción u omisión de que la ley hace depender la existencia del delito, es previsto y querido por el sujeto como consecuencia de la propia acción u omisión.

Las acciones u omisiones, son formas de manifestación de la conducta y se admite tanto una acción como una no acción.

Por ejemplo conducir un vehículo sin que esté revisado y se atropelle porque no responden los frenos, el resultado pudo haber sido previsto, se actúa con imprudencia y negligencia, existe culpa.

Artículo 15º. Del Código Penal. (CULPA).

Actúa culposamente quien no observa el cuidado a que está obligado conforme a las circunstancias y sus condiciones personales y, por ello:

1. No toma conciencia de que realiza el tipo legal.
2. Tiene como posible la realización del tipo penal y, no obstante esta previsión, lo realiza en la confianza de que evitará el resultado.

En el delito culposo el sujeto realiza voluntariamente un acto pero el resultado antijurídico no lo ha querido directa ni indirectamente. Pero sólo esto no basta para que exista lo culposo, sino que debe obrar con imprudencia, negligencia, impericia.

La imprudencia es la temeridad, la insuficiente ponderación y supone poca consideración de los bienes ajenos.

La negligencia expresa una actitud psíquica que es descuido, la falta o deficiencia de atención o negligencia.

La impericia es falta de habilidad para hacer algo, preparación insuficiente, ineptitud del agente, o que aun siendo consciente de ello, no ha querido tenerlo en cuenta.

La impericia puede dar lugar a la responsabilidad culposa.

La culpa al igual que el dolo es una actitud contraria al deber, por ello, es reprochable.

La culpa respecto al dolo es una forma menos grave de voluntad culpable, no tiene una abierta rebeldía contra la ley, sin embargo, existe una desobediencia falta al deber de usar cautela y de previsibilidad.

### ***7. Causas de Justificación***

Hay en ocasiones causas por las que el sujeto se concede una autorización o un permiso para realizar la acción prohibida por la norma o para omitir el comportamiento que ésta impone.

Son proposiciones que son independientes de las normas.

Mientras las normas ordenan comportarse de una manera determinada omitiendo lo prohibido o haciendo lo mandado, las autorizaciones o permisos que dan el fundamento a las causas de justificación neutralizan la prohibición o el mandato de acción en circunstancias concretas.

#### ***7.1. La Legítima defensa se justifica con los siguientes puntos:***

- a) Es el Derecho Natural que asiste al agredido para repeler la agresión, puesto que el instinto de conservación y el sentimiento de la propia personalidad prevalecen por encima de cualquier consideración teórica y práctica.
- b) En la legítima defensa, el agredido en el fondo, ejercita una verdadera función pública, Cual es la de preservar la vigencia del derecho en momento en que el Estado no puede hacerlo.
- c) En la legítima defensa el agredido está autorizado para ejercerla en cuanto tiene derechos e intereses legítimos que defender.

En el capítulo II, cuando se habla de la punibilidad en el Código Penal, está el Artículo 11º. I. Está exento de responsabilidad: 1. Legítima Defensa).

El que en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, rechaza una agresión injusta actual, siempre que hubiere necesidad racional de la defensa y no existiese evidente desproporción del medio empleado.

2. Ejercicio De Un Derecho, Oficio, Cargo, Cumplimiento De La Ley O De Un Deber). El que en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, cumplimiento de la ley o de un deber, vulnera un bien jurídico ajeno.

II. El exceso en las situaciones anteriores será sancionado con la pena fijada para el delito culposo.

Cuando proviniere de una excitación o turbación justificables por las circunstancias concomitantes en el momento del hecho, estará exento de pena.

### ***7.2. El estado de necesidad***

Surge por una situación no buscada ni provocada por el sujeto sino que la juricidad de la conducta proviene de un estado en que a la persona no le queda otra salida que la perturbación de intereses jurídicos protegidos.

Y debe reunir los siguientes requisitos:

1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.

Que exista un peligro serio y real como desencadenante de la acción necesaria.

2. Que el Estado de necesidad no haya sido creado a propósito o sea provocado intencionalmente por la persona que lo invoca.

3. Que el sujeto no se halle obligado a sacrificarse por su oficio o cargo, como por ejemplo en el caso de un bombero o policía de seguridad, que por razón de su oficio o su deber se halla obligado a sacrificarse para salvar la vida de otro que se encuentra en peligro.

4. Que el mal sea actual y no haya posibilidad de evitarlo por otros medios.

Artículo 12º. Del Código Penal. (Estado de Necesidad). Está exento de responsabilidad el que para evitar una lesión a un bien jurídico propio o ajeno, no superable de otra manera, incurra en un tipo penal, cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la lesión causada no sea mayor que la que se trata de evitar, tomando en cuenta, principalmente, la equivalencia en la calidad de los bienes jurídicos comprometidos;

2. Que la lesión que se evita sea inminente o actual, e importante;

3. Que la situación de necesidad no hubiera sido provocada intencionadamente por el sujeto;

4. Que el necesitado no tenga por su oficio o cargo, la obligación de afrontar el peligro.