

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



PROGRAMA DE ESTUDIO DE DERECHO

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

“Necesidad de tipificar el delito de negligencia médica por inobservancias de reglas de cuidado como delito de infracción culposa agravada”

Área de Investigación:

Derecho Penal

Autora:

Br. Seminario Girón Rebecca Alessandra

Jurado Evaluador:

Presidente: Lozano Peralta Raul Yvan

Secretario: Rebaza Carrasco Hector

Vocal: Castañeda Cubas Carlos Miguel

Asesor:

Zegarra Arévalo, Ronal Manolo
Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3986-1831>

TRUJILLO – PERÚ

2023

Fecha de sustentación: 2023/05/03

URGENTE

ORIGINALITY REPORT

2%

SIMILARITY INDEX

2%

INTERNET SOURCES

2%

PUBLICATIONS

2%

STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1

repositorio.ucv.edu.pe

Internet Source

2%

Exclude quotes On

Exclude matches < 2%

Exclude bibliography On

Declaración de Originalidad

Yo, *Manolo Zegarra Arévalo*, docente del Programa de Estudio de Derecho, de la *Universidad Privada Antenor Orrego*, asesor de la tesis de investigación titulada “*Necesidad de Tipificar el Delito de Negligencia Médica por inobservancias de reglas de cuidado como delito de infracción culposa agravada*”, autor *Rebecca Alessandra Seminario Girón*, dejo constancia de lo siguiente:

- *El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 2%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el (día, mes y año)*
- *He revisado con detalle dicho reporte y la tesis, y no se advierte indicios de plagio.*
- *Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las normas establecidas por la Universidad.*

Lugar y fecha: Trujillo, 12 de Julio del 2023



Manolo Zegarra Arévalo
ASESOR

DNI: 19098159

ORCID: 0000-0002-3986-1831

Rebecca Alessandra Seminario Girón
DNI: 72625372



Agradecimiento

A Dios, por permitirme la buena salud y fortaleza para continuar cumpliendo mis metas.

A mis padres y a mi familia, quienes depositaron en mi todo su apoyo y confianza durante este largo proceso y son, además, el soporte y motivo detrás de mis éxitos personales y profesionales.

A mi abuelo José, quien con su presencia espiritual, ha abrigado mi corazón en momentos difíciles y me ha acompañado en este trayecto personal y profesional.

A mis maestros, quienes nunca desistieron en guiarme para afrontar con sabiduría los retos profesionales.

Resumen

El presente trabajo busca establecer desde un punto de vista doctrinario y práctico el delito Imprudente, consideramos que en primer lugar se debe establecer su ubicación sistémica en el marco de la teoría del delito, cuál es el significado de la denominada infracción del deber de cuidado, la cual la hemos dividido en dos aspectos, el primero en términos generales aplicable a todas las actividades profesionales y un segundo término infracción del deber de cuidado desde la óptica de los protocolos médicos aprobados previamente por el área de salud sea esta de naturaleza privada o pública.

Consideramos que señalar que una persona ha cometido un delito culposo a título de acción u omisión requiere necesariamente se establezca cuáles son las reglas de accionar requeridas para reducir el riesgo de lesión y cuáles de estas han sido vulneradas o incumplidas por el sujeto agente, no basta que se haga referencia al hecho que dicha persona ha actuado a título de imprudente, impericia o negligencia, sino que requiere necesariamente como condición del tipo penal que se establezca en primer lugar cuál fue la infracción del deber infringido por el sujeto agente.

Siendo así estaremos en la condición de poder establecer la previsibilidad de la lesión al bien jurídico protegido por el tipo penal, en el presente trabajo desde la óptica de la lesión a dos bienes jurídicos de primer orden la vida y el cuerpo y la salud.

Considero que si bien es cierto nuestra legislación ha incorporado en el art. 111 y 124 del Código Penal el delito de Homicidio Culposos y Lesiones Culposas, es necesario incorporar a nuestra legislación una agravante que incorpore las conductas que afecten los protocolos médicos a título de negligencia lesionan el bien jurídico, por tratarse de una profesión que debe ser extremadamente cuidadosa en el cumplimiento de las reglas médicas previas con la finalidad de proteger la vida el cuerpo y la salud de las personas quienes confían su salud a los profesionales de la salud.

Abstract

Summary

The present work seeks to establish from a doctrinal and practical point of view the Reckless crime, we consider that in the first place its systemic location must be established within the framework of the theory of crime, what is the meaning of the so-called infraction of the duty of care , which we have divided into two aspects, the first in general terms applicable to all professional activities and a second term infraction of the duty of care from the perspective of the medical protocols previously approved by the health area, whether it is of a private nature or public.

We consider that pointing out that a person has committed a criminal offense by way of action or omission necessarily requires establishing what are the rules of action required to reduce the risk of injury and which of these have been violated or breached by the agent subject, it is not enough. that reference be made to the fact that said person has acted recklessly, incompetently or negligently, but that it necessarily requires as a condition of the criminal type that it be established in the first place what was the infraction of the duty infringed by the agent subject.

This being so, we will be able to establish the predictability of the injury to the legal right protected by the criminal type, in this work from the perspective of the injury to two first-order legal rights: life and body and health.

I consider that although it is true our legislation has incorporated in art. 111 and 124 of the Penal Code the crime of Manslaughter and Injury, it is necessary to incorporate into our legislation an aggravating circumstance that incorporates

behaviors that affect medical protocols by way of negligence harm the legal good, because it is a profession that must be extremely careful in compliance with previous medical rules in order to protect the life, body and health of people who entrust their health to health professionals.

PRESENTACIÓN

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO:

En cumplimiento de las normas establecidas por el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada “Antenor Orrego” de Trujillo y con la finalidad de optar el Título Profesional de Abogado, pongo a vuestra consideración la presente tesis titulada **“Necesidad de Tipificar el Delito de Negligencia Médica por inobservancias de Reglas de Cuidado, como delito de Homicidio Culposo Agravado o Delito de Lesiones Culposas agravadas”**

La estructura del presente informe consta de una realidad problemática, objetivos, antecedentes de estudio, y justificación de estudio, así como marco teórico, marco conceptual, análisis de estudio, resultados, conclusiones y recomendaciones relacionadas con el tema de investigación.

Se ha tratado en lo posible de desarrollar una Tesis de manera clara y precisa, amparados en la legislación y doctrina, con las limitaciones propias de un graduado, las cuales espero sean dispensadas.

Rebeca Seminario Girón

Bachiller en Derecho y CC.PP.

Índice

Tabla de contenido	
PRESENTACIÓN	5
I.- INTRODUCCIÓN	10
1.1. Problema de Investigación	10
1.1.1. Enunciado del Problema	20
1.2. Objetivos	21
1.3. Justificación del Problema	22
1.3.1. JUSTIFICACIÓN TEÓRICA:.....	22
1.3.2. JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA:.....	23
1.3.3. JUSTIFICACIÓN JURÍDICA:.....	23
II.- Marco de Referencia	24
2.1. Antecedentes del Estudio	24
Antecedentes del Estudio.....	24
Antecedentes Internacionales:.....	24
Antecedentes Nacionales:.....	26
Antecedentes Locales:.....	29
2.2. Marco Teórico	30
2.2.1. La Negligencia en el Derecho Penal: Fundamento para la Tipificación como conducta agravada.....	31
Concepto	31
2.2.2. FUNDAMENTO PARA PUNIBILIDAD:	33
A. DESVALOR DE LA ACCIÓN:	33
B. DESVALOR DEL RESULTADO:	34
OMISIVOS:.....	35
LA PREVISIBILIDAD:.....	36
A. LA PREVISIBILIDAD EN VINCULACIÓN CON LA CULPA:	36
a) La Culpa Consciente:.....	36
b) La Culpa Inconsciente:.....	37
B. PERSPECTIVAS DE LA PREVISIBILIDAD:	37
a) Previsibilidad objetiva:.....	37
b) Previsibilidad personal:.....	38
C) EL RIESGO PERMITIDO:	38

2.2.5. LAS REGLAS DE CONDUCTA SOCIAL EN LA DETERMINACIÓN DEL	39
RIESGO PERMITIDO:	39
a) Mediante las normas:	39
b) Mediante al análisis de la situación concreta:	40
▪ La exigibilidad personal:	40
▪ La exigibilidad espacio- temporal:	40
2.2.6. COMPONENTES DEL DELITO DE INFRACCIÓN CULPOSA	41
a) LESIÓN DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO:	41
c) LA INOBSERVANCIA DEL CUIDADO INDIVIDUALMENTE POSIBLE AL AUTOR:	41
El Deber de cuidado interno:	42
El Deber de cuidado externo:	42
2.2.7. EL TIPO PENAL	43
CONCEPTO:	43
A. FUNCIÓN INDICIARIA:	45
B. FUNCIÓN FUNDAMENTADORA:	45
C. FUNCIÓN SELECCIONADORA:	46
D. FUNCIÓN MOTIVADORA:	46
E. FUNCIÓN GARANTIZADORA	47
F. FUNCIÓN DE INSTRUCCIÓN:	47
G. FUNCIÓN DE SISTEMATIZACIÓN:	48
2.2.9. IMPORTANCIA DEL TIPO PENAL	48
GARANTÍA PROCESAL:	48
GARANTIA PENAL:	49
2.2.10. ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL:	49
TIPO OBJETIVO:	49
A. LOS SUJETOS:	49
a) Sujeto activo:	50
b) Sujeto Pasivo:	50
- Sujeto Pasivo de la Acción:	50
- Sujeto pasivo del Delito:	51
c) El Estado	51
B. LA CONDUCTA:	51

C. ASPECTOS DESCRIPTIVOS:	53
D. ASPECTOS NORMATIVOS	54
E. OBJETO JURÍDICO DE LA ACCIÓN:	54
TIPO SUBJETIVO:	55
A. EL DOLO:	56
a) Dolo Directo:	56
b) Dolo de Segundo Grado:	56
c) Dolo eventual:	57
B. LA CULPA:	57
a) Deber objetivo de cuidado:	58
b) Previsibilidad:	59
c) El resultado:	59
2.3. Marco Conceptual	65
2.3.2. Guías para la Práctica Clínica	67
2.3.3. Doctrina sobre Delito Imprudente	72
2.3.4. Intervención del Estado en Procedimientos de Salud	76
a) Fase de Entrada	78
c) Fase de Salida	79
2.4. Sistema de Hipótesis – Variables e indicadores – Cuadro de Operacionalización de Variables	83
3.1.2 Por su profundidad:	85
3.2. Población y muestras de Estudio	86
• Mujer que acudió a Hospital para operación de vesícula y término con el intestino perforado, fallece producto de negligencia, fecha 11 de noviembre del 2022	88
• Hombre murió durante operación de manga gástrica en clínica y su familia denuncia negligencia médica, fecha 18 de setiembre del 2022	88
18/09/2022.....	88
• Se sometió a una cirugía estética triple, quedó en coma por tres meses y murió por una bacteria	88
26/07/202208:30	88
• “Me han sacado una parte del intestino delgado”: mujer denuncia que le dejaron gasa en el vientre tras cesárea	88
• Iquitos: joven fallece tras someterse a una liposucción en clínica clandestina	88
• La información corresponde a publicaciones efectuadas por el diario El Comercio conforme al enlace que se adjunta al presente trabajo, verificándose casos de	

negligencia médica denunciados por medio de la prensa escrita correspondiente a años previos 2021, 2020, 2019 etc.	88
3.4. Técnicas e Instrumentos de Investigación	90
Fichaje Bibliográfico:	90
3.5. Procesamiento de Datos.	91
▪ Deductivo:	91
▪ Inductivo:	92
▪ Analítico:	92
▪ Sintético:	93
▪ Hermenéutico:	93
4.2. Análisis de Interpretación de Resultados	95
4.3. Docimasia de Hipótesis	105
RECOMENDACIONES	111
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	112
Bibliografía.....	112
Objetivos	118
ANEXO N°02 Matriz de Operacionalización	123

I.- INTRODUCCIÓN

1.1. Problema de Investigación

De manera constante vemos noticias públicas efectuadas a través de los medios de comunicación social, por medio de la cual personas efectúan denuncias por la muerte o lesiones graves que sufren sus familiares que conforme a los hechos denunciados señalan que su familiar “ingreso caminando” y luego falleció cuando se encontraba siendo atendido por profesional médico, argumentando que se trata de una negligencia médica el resultado muerte del paciente.

La palabra negligencia conforme a una definición jurídica implica, omisión de diligencia o de cuidado que debe ponerse en el trabajo u oficio, olvido de órdenes y/o precauciones, asimismo el Diccionario de la Real Academia Española establece que se trata de una desatención de sus propias obligaciones o descuido en el cumplimiento de las reglas y normas.

De ambos conceptos podemos verificar que la palabra “Negligencia” no tiene una existencia propia, sino que esta conlleva una omisión a ciertas reglas de cumplimiento obligatorio aprobadas previamente por las entidades respectivas que permitan disminuir un riesgo de afectación a ciertos bienes jurídicos como son por ejemplo la vida el cuerpo y la salud.

Situación que es admitida por el Derecho Penal, al requerir que se señale en que consiste la negligencia médica imputada, no permitiendo que como título de imputación únicamente se sostenga la calidad de negligencia sin

contenido indicando o señalando en que consiste a infracción del deber de cuidado cuyo origen y establecimiento acredita la base típica del delito de homicidio o lesione culposas, según corresponda.

Estas normas previas buscan como se indica un comportamiento estándar previamente evaluados, como por ejemplo los mecanismos de seguridad para personas que se dedican a la actividad minera, de construcción, electricidad, etc. Que permita que los trabajadores al momento de la realización de la labor diaria se encuentren protegidos frente a un riesgo que genere la propia actividad laboral.

Pues eh aquí una diferencia plausible con las normas y protocolos y normas médicas de atención al paciente, las personas naturales acuden a un centro de salud, hospital, público y/o privado cuando tienen problemas de salud, mientras que las normas de seguridad laboral el trabajador se le protege frente a eventos que pongan en riesgo su seguridad.

Esta diferencia es fundamental para establecer que las personas que acuden a los centros de salud lo hacen buscando una solución a problemas de salud adquiridos fuera de los establecimientos referidos, ante ello conforme lo establece el art. 11 de la Constitución Política el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud a través de entidades públicas, privadas o mixtas, supervisando asimismo su eficaz funcionamiento, disposición concordante asimismo con el art. 7 de la Constitución que toda persona tiene derecho a la protección de su salud personal y la del medio familiar.

Por ello consideramos necesario establecer los protocolos y/o procedimientos médicos primero en términos generales aplicables a todos los casos por ejemplo en las situaciones de emergencia, y los protocolos específicos por especialidad, y ello resulta razonable en tanto son diferentes pero ambos importantes su cumplimiento con la finalidad de proteger la salud de la población.

Por ende consideramos que el Estado debe brindar los programas de salud necesarios a través del Ministerio de Salud, responsable de los Hospitales Públicos, en los que se aplican programas de Salud general como es el Sistema Integral de Salud (SIS) y a través del seguro obligatorio de salud brindado por el Seguro Social de Salud (EsSalud) existiendo asimismo política de salud privada en las conocidas como Clínicas Particulares, e inclusive permitiendo que los profesionales de salud médica tengan consultorios privados en los que prestan estos servicios a los pacientes que lo requieran.

Ante la necesidad de establecer una protección del derecho a la salud en el caso de las intervenciones médicas nace la obligación en las instituciones médicas y de todo su personal a brindar una atención médica que logre fomentar y garantizar un servicio de salud óptimo, por lo que resulta exigible que su actuación sea adecuada con observancia de los protocolos de intervención médica, normas legales, normas ética morales, considerando que la omisión de cumplimiento de tales mandatos que generen resultados lesivos a la vida o al cuerpo y la salud se encuentre sujeto a responsabilidad

jurídica no solo en el ámbito de responsabilidad civil, sino y especialmente de carácter penal.

Nuestra legislación penal contiene como tipos penales de infracción Culposa, el delito de Homicidio Culposo (art. 111) y Lesiones Culposas (art. 124), teniendo el primero como bien jurídico protegido la vida y el segundo de los mencionados el Cuerpo y la Salud.

Sin embargo ambos tipos penales, constituyen la excepción a los tipos penales dolosos que predominan en nuestra legislación sustantiva, y conforme lo establece el art. 12 del Código Penal, el responsable de una infracción culposa será responsable cuando se encuentre expresamente tipificada en la legislación, lo cual significa que solo podrá ser considerada como delito culposo cuando el código contenga dicha tipificación como sucede con los tipos penales en referencia, y fuera de los casos de infracción dolosa, no se puede imputar responsabilidad penal conforme a ley.

Al igual que en el caso del Dolo, en la que la definición se desprende en contrarium sensu del error de tipo penal, establecido en el art. 14 del Código Penal, desconocimiento de uno o más elementos del tipo objetivo) por ende el dolo constituye el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo), nuestra legislación no tiene una precisión del significado del delito culposo sin embargo se establece la teoría de infracción del deber de Cuidado, la cual consiste en lo siguiente:

- a) Infracción del Deber de cuidado, todo comportamiento en el ámbito social, entre los cuales se encuentra las reglas de profesión y en el marco de ellas las reglas aplicables al Profesional Médico, requieren el cumplimiento de normas precedentes que determinen el comportamiento científico, técnico, profesional, normas de obligatorio cumplimiento que permitan disminuir el riesgo daños a la vida o al cuerpo y la salud de las personas.
- b) Acción, imprudente, Impericia, negligente: Consiste en:
- Imprudencia, comportamiento que se encuentra fuera de lo que establece la ley o normatividad sobre la materia, ejemplo los casos de conducir vehículo sin brevete que la ley exige.
 - Impericia, señala la ausencia de conocimiento técnico por parte del sujeto considerado como autor, por ejemplo a pesar de tener brevete para conducir A1, manejar un ómnibus o un cargador frontal, para lo cual no se encuentra preparado técnicamente
 - Negligencia, establece que el sujeto autor actúa fuera de los cánones profesionales y/o protocolos científicos y/o técnicos, en los cuales se incorpora los protocolos de intervención médica que es materia del presente proyecto de investigación.
- c) Teoría de la Previsibilidad, establece que si una persona actúa infraccionando el deber de cuidado, sea con imprudencia, impericia o negligencia, es previsible la lesión al bien jurídico protegido por el tipo penal culposo.

Por ende la denominación de “delito imprudente”, o “negligencia médica”, no definen o conceptualizan al delito culposo, en tanto estas en sí mismas no precisan y/o indican en que consiste la infracción del deber de cuidado la cual da continente a la imputación sea por imprudencia, impericia o negligencia en su caso.

Por ende la imputación que el médico ha sido negligente y que el resultado lesión leve, grave e incluso la muerte del paciente, corresponde a dicho comportamiento, adolece en establecer los elementos de la tipicidad objetiva esto es la circunstancias, el modo de la comisión del delito, y asimismo el elemento normativo del tipo penal en tanto corresponde a conocimientos de otras ciencias, como por ejemplo las ciencias médicas en los casos de la labor previa que debe realizar por ejemplo el médico anesthesiólogo quien previa a la intervención quirúrgica debe efectuar una prueba de sensibilidad en el paciente con la finalidad de verificar si el paciente es alérgico al medicamento y le puede producir un shock hipovolémico con resultado muerte.

En el caso propuesto se puede establecer que objetivamente el médico ha infraccionado el deber de cuidado – protocolo de la especialidad de anestesiología, por el cual estaba obligado a efectuar la prueba de sensibilidad al paciente, con la finalidad de evitar problemas en la salud del mismo.

Por ende el médico anesthesiólogo ha actuado a título de negligencia, pero la imputación ya no se realiza de manera aislada, sino tiene un marco

continente en la infracción del deber concreto señalado, evidentemente debe existir un medio de prueba que acredite lo establecido, descartando por ende la simple creencia o suposición.

Bajo estas circunstancias es previsible la lesión al bien jurídico protegido por el tipo penal, esto es la vida o el cuerpo y la salud del agraviado – paciente que confía en el sistema de salud privado o público.

Las disposiciones contenidas en los Arts. 111 referido al delito de Homicidio Culposos y Art. 124 referido al Delito de Lesiones Culposas, tienen en particular una similitud de establecer, que el delito se tipifica cuando el sujeto agente cometa un accionar con inobservancia de las reglas de profesión, de ocupación o industria, lesionando la vida (homicidio Culposos) o el cuerpo y salud (Delito de Lesiones).

Sin embargo esta norma contiene aspectos generales, es decir aplicable a todas las profesiones, ocupaciones o industrias, generando difuminación y la pérdida de claridad e intensidad, generando precisamente una imprecisión en la aplicación a los casos específicos de la profesión médica.

Constantemente se puede ver en información periodística reclamos de familiares señalando que familiares ingresan a los hospitales y/o clínicas caminando y han fallecido o en su caso se les ha producido lesiones graves o leves según corresponda, consideramos que no es suficiente establecer que se trata de una negligencia médica, sin que se establezca si el accionar

del profesional médico se ha efectuado con infracción de protocolos o normas de orden médico.

En el caso de la Profesión Médica claro está, se relaciona directamente con dos de los derechos fundamentales del ser humano como son la vida y el cuerpo y la salud, y no se trata de un fundamento para agravación de la conducta solo la lesión a dichos bienes jurídicos que de manera general son protegidos en casos de accidentes de tránsito, de trabajo, etc, sino en la confianza que los integrantes de la sociedad depositan en la ciencia médica, a la cual concurren con la finalidad de solucionar sus problemas de salud, los años de estudio y de práctica profesional, internado, servicio social, que merece la ciencia médica que le permite tener una adecuada preparación con la finalidad de solucionar los males de salud que aquejan a la población en general.

Es por ello que, esa confianza depositada por la sociedad en las Instituciones Médicas Públicas o Privadas, debe ser retribuida con atenciones médicas al más alto nivel profesional y cumpliendo todos los protocolos médicos establecida tanto por la ciencia y por las normas relacionadas con el Derecho a la Salud emitidas por el Estado Peruano.

Es por ello que consideramos que la necesidad de Tipificar la conducta de infracción de deber de cuidado de protocolos médicos, actuación negligente y previsible la lesión al bien jurídico, como una agravante tanto en el delito de Homicidio Culposo y lesiones culposas.

En consecuencia, el marco de esta investigación, se tratará sobre las intervenciones quirúrgicas, actos médicos, que por infracción de las reglas de cuidado y como consecuencia de negligencia médica tengan como consecuencia la afectación de la salud de los pacientes y la necesidad de que ello pueda ser merecedor de una regulación penal agravada. Pues en el Perú los índices de negligencia médica son mayores en este tipo de intervenciones. Por tanto, constituye una realidad que merece ser tipificada.

Considerando además que en el origen del Código Penal del año 1991, se tipificaba los delitos de Homicidio Culposo art. 111 y Delito de Lesiones Culposas art. 124, pero sin contener la agravante de los casos que si la muerte o la lesión al cuerpo y la salud se produce como resultado de la inobservancia de las reglas de tránsito existirá un incremento de pena privativa de la libertad y asimismo la imposición de pena de inhabilitación conforme al art. 36 del Código Penal.

Con mayor razón debe tipificarse los casos de inobservancia de las reglas o protocolos médicos no solo como un comportamiento base sino como un comportamiento agravado por el hecho de tener una preparación médica amplia y que asimismo involucra la creación de protocolos con la finalidad de proteger la vida y el cuerpo y la salud de las personas que confían en el sistema de Salud Pública o Privado.

Asimismo, se debe tener en consideración que, en una intervención quirúrgica, por ejemplo, sea esta un parto natural, parto de urgencia, o una cesárea programada, el protocolo médico establece que requiere la

participación del médico ginecólogo, un médico anestesista, un médico pediatra, un médico especialista en Cardiología, enfermeras, no se trata únicamente de la intervención de un profesional médico.

A esto debemos agregar existen protocolos médicos generales relacionados con la asepsia previa por parte de los profesionales médicos y asimismo tiene protocolos derivados de la especialidad de cada uno de los profesionales que participan en la operación u acto médico.

Por ende la responsabilidad en términos generales de asepsia le corresponde a cada uno de los que interviene en el acto médico, y la específica al profesional médico especialista, debiendo responder cada uno por la falta de previsión de los protocolos generales y especiales respectivamente, en caso de infracción especial del profesional médico cada uno responde como autor.

Por esta razón el Derecho Penal no debe tener un tratamiento general para el delito de Negligencia Médica por Infracción del Deber de Cuidado, como así lo establece en los arts. 111 y 124 al sostener la comisión de delito por infracción de reglas de profesión, la ciencia médica y la actuación de los médicos requiere una mayor capacidad de estudio y verificación de protocolos previos, durante y posteriores a la intervención quirúrgica, la falta de preocupación, atención, falta de diligencia, descuido pueden causar la muerte y/o lesiones al cuerpo y la salud del paciente, por ello la formulación del presente proyecto que busca la incorporación de Norma de Homicidio y/o

lesiones culposas por infracción del deber de cuidado y actuación negligente de los profesionales de la medicina.

Respecto a la factibilidad de incorporar y aplicar a nuestra legislación sustantiva conductas o comportamientos que sancionen acciones u omisiones que por infracción de reglas médicas generales o de especialidad a título de negligencia lesionen el bien jurídico vida o el cuerpo y la salud, tiene relación directa con lo que establece el art. IX del Título Preliminar del Código Penal, por la cual se sostiene que la pena tiene un función, preventiva, protectora, y conforme al art. 149 numeral 22 de la Constitución Política de La República esta tiene una finalidad de reeducación, rehabilitación y reinserción a la sociedad.

Debiendo tener en consideración asimismo que conforme a los artículos 111 Segundo Párrafo- Delito de Homicidio Culposo y el art. 124 Tercer Párrafo - Delito de Lesiones Culposas, no contienen como pena principal la pena de inhabilitación conforme lo establece el art. 36 del Código Penal impedimento para el ejercicio de profesión médica.

Para ello es necesario otorgar los insumos necesarios para tipificar en primer lugar dicha conducta agravada a nuestra legislación sustantiva y con ello aplicar sanciones penales de acuerdo al accionar negligente que lesiona bienes jurídicos vida y/o el cuerpo y la salud, conforme el detalle señalado en el presente documento.

1.1.1. Enunciado del Problema

¿Es Necesaria la incorporación y tipificación del delito de Negligencia Médica por incumplimiento de reglas del deber de cuidado como delitos de Homicidio Culposo y lesiones culposas agravadas respectivamente?

1.2.Objetivos

General

Determinar la necesidad de la incorporación de la inobservancia de Reglas de Profesión Médica con resultado lesivo a la vida o al cuerpo y la salud por negligencia como tipo penal de infracción culposa agravada en nuestra legislación nacional.

Específicos

- Analizar en el marco de la Teoría Finalista, el delito imprudente por infracción del deber de cuidado objetivo.
- Analizar la institución de la negligencia en el ámbito penal, y su relación con la profesión médica y el accionar fuera del deber de cuidado.
- Analizar el contenido del Derecho a la Salud desde la perspectiva nacional, a fin de comprender la importancia de su protección frente a la infracción normativa y negligencias médicas.

- Proponer la incorporación como fórmula agravada de los delitos de homicidio culposo agravado y lesiones culposas agravadas como parte de los arts. 111 y 124 del Código Penal respectivamente cuando se inobserven las reglas de profesión médica y que produzcan muerte y lesión en el agraviado.

1.3. Justificación del Problema

1.3.1. JUSTIFICACIÓN TEÓRICA:

La investigación tiene su justificación teórica en la teoría finalista del delito, planteada por Welzel (1956) en la cual el autor señala que la acción u omisión no es una simple relación de causa y efecto entre el resultado y la acción imprudente (Teoría Causalista), sino más bien, se requiere de una mayor exigencia conforme al cumplimiento del deber objetivo del cuidado.

Ante ello, consideramos que es una función del Estado establecer los criterios que permitan tipificar aquellos comportamientos que generen una lesión o una puesta en peligro de los bienes jurídicos, con la finalidad de advertir que la comisión generara una sanción en mayor gravedad.

Tal es el caso de la negligencia médica que bajo la perspectiva de esta teoría implica la generación de un resultado lesivo de bienes jurídicos trascendentales de las personas, como es el caso de la afectación a la salud, integridad personal, la vida, entre otros.

1.3.2. JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA:

En relación a la justificación práctica, la investigación se justifica de manera práctica porque mediante la implementación de tipos penales que permitan establecer una sanción a las conductas negligentes realizadas por parte de los profesionales de la salud, y que generan perjuicio grave en las personas, como es el caso de las negligencias médicas en las intervenciones quirúrgicas realizadas generadas afectando con ello la salud de las personas.

De este modo se garantizará la prevención y sanción de estas acciones negligentes en el servicio de salud, reduciendo considerablemente la realización de incumplimientos de los deberes que un profesional de la salud está obligado a cumplir. De este modo mejorará el cumplimiento de protocolos y con ello la calidad del servicio de salud, así como la eficiencia en el ejercicio de su profesión por parte de los médicos y demás profesionales

1.3.3. JUSTIFICACIÓN JURÍDICA:

La investigación se encuentra justificada jurídicamente porque se sustenta en la parte general del Código penal relativo a los elementos que estructuran el tipo penal, los principios que la sustentan y los criterios jurídicos que eximen de responsabilidad.

Pues se entiende que para comprender la punibilidad de la negligencia médica es necesario analizar tal conducta en base a los criterios jurídicos contenidos en el Código Penal en su parte general a fin de verificar que

exista una justificación jurídica para la implementación de un tipo penal agravado que subsuma correctamente el hecho de la negligencia médica como una situación que merece de una sanción penal con mayor gravedad

II.- Marco de Referencia

2.1. Antecedentes del Estudio

Antecedentes del Estudio

Antecedentes Internacionales:

Martínez (2012) en su tesis” Negligencia Médica y sus efectos en materia penal “, año 2012, Universidad Centroamericana de Nicaragua, en la ciudad de Managua para lograr el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, presento como objetivo general analizar la negligencia médica y sus efectos en materia penal en Nicaragua. El método de investigación que se utilizo es de nivel descriptivo, dentro del paradigma cuantitativo. El investigador arribó a las siguientes conclusiones:

- Para la normativa nicaragüense los factores de atribución son subjetivos u objetivos, en los subjetivos encontramos la culpa, que

exige un comportamiento voluntario y reprochable. Los factores objetivos, son un catálogo más abierto, entre los que puede mencionarse al riesgo creado, la equidad, la garantía, la seguridad social, el seguro, los criterios económicos. Es por ello que las negligencias médicas abarcan un estudio más grande.

- Se ha decidido tomar como antecedente a esta tesis porque es pertinente en la investigación pues brinda información y diversas soluciones y teorías sobre materia penal que sirven de modelo para la diferenciación con la normativa peruana y sus casos.

Calvo, M. y Godoy, C. (2015) en su tesis denominada “Negligencia Médica un tema complejo”, año 2015, Universidad de Chile, en la ciudad de, para lograr el grado de Licenciados en Ciencias Jurídicas y Sociales, presentaron como objetivo general analizar la negligencia médica y sus vacíos legales en la normativa chilena. El método de investigación que se utilizó es de nivel descriptivo, dentro del paradigma cuantitativo. Los investigadores arribaron a las siguientes conclusiones:

- La práctica de la medicina actualmente se ha deshumanizado, pues se ha perdido, evidentemente, la relación médico paciente; convirtiéndose en una relación meramente contractual y este en el principal motivo del sin número de demandas, conflictos y querellas

que se han desencadenado a nivel mundial contra los médicos. Afirmando con ello que el tema de negligencia médica es de suma complejidad.

- Se ha decidido tomar como antecedente a esta tesis porque ayudará a comparar los vacíos legales existentes en nuestra legislación nacional, garantizando una mejor interpretación de la norma

Antecedentes Nacionales:

Candia, K. (2016) en su tesis “Impunidad de negligencia médica en la mala praxis y sus consecuencias penales por desconocimiento jurídico del paciente para proceder a la reparación del daño, hospital regional EsSalud”, año 2016, Universidad Andina Nestor Cáceres Velásquez, en la ciudad de Puno, para lograr el título profesional de Abogado, presento como problema ¿Cómo el desconocimiento jurídico del paciente para proceder a la reparación del daño en la mala praxis médica incide en la impunidad de la negligencia médica en el hospital Seguro Social de Salud, EsSalud – Puno?. El método de investigación que se utilizo es de nivel descriptivo, dentro del paradigma cuantitativo. El investigador arribó a las siguientes conclusiones:

- Una conducta será considerada imprudente, cuando entre otras cosas, se ha infringido el deber de cuidado. En el ejercicio de la

Medicina se puede considerar que es casi infinito el número de técnicas y protocolos que deben tenerse presentes en el momento de realizar una de las tantas actividades que impone el desarrollo del ejercicio de esta profesión. Lo anterior, por lo tanto, implica que se presenten dificultades de tipo teórico y práctico que dificultan el establecimiento y la delimitación del “deber de cuidado” en la actividad médica.

- Se ha decidido tomar como antecedente a esta tesis porque es pertinente en la investigación ya que abarca el ámbito médico público, realza la conducta jurídicamente apropiada que debe tener el médico y enfatiza en las obligaciones en las que debe incurrir el mismo y el resto del personal médico como es la debida información de las intervenciones que se le realizará al paciente.

Diaz (2015) en su tesis “Error de diagnóstico y responsabilidad médica en el hospital regional docente clínico quirúrgico Daniel Alcides Carrión Huancayo 2015”, año 2015, Universidad de Huánuco, en la ciudad de Huánuco, para lograr el título profesional de Abogado, presento como problema ¿Qué relación existe entre el error de diagnóstico y la responsabilidad civil médica en el Hospital Regional Docente Clínico Quirúrgico Daniel Alcides Carrión de Huancayo 2015? El método de investigación que se utilizo es de

nivel descriptivo, dentro del paradigma cuantitativo. El investigador arribó a las siguientes conclusiones.

- Se tiene que la vida humana es un valor fundamental, puesto que no se compara con otro tipo de valores. Es por eso que el trabajo médico se relaciona con el derecho a la vida, todo ser humano tiene el derecho a tener un cuidado especial, dentro de un hospital, con personas que estén especializados en la práctica médica, que estén conscientes de sus actos, el ser humano tiene el derecho a la protección de su salud.
- Se ha decidido tomar como antecedente a esta tesis porque abarca el entorno de la investigación al afirmar que los médicos deben tener un pacto social el cual brinde seguridad y responsabilidad a todas las personas que se someten a intervenciones o diagnósticos en las entidades médicas.

Minguillo C. y Sosa L. (2013) en su tesis “Responsabilidad penal en los profesionales médicos en el delito de homicidio culposo en la Provincia de Chiclayo en el 2013”, año 2013, Universidad de Sipán, en la ciudad de Chiclayo, para lograr el título profesional de Abogado, presento como problema de la investigación el desconocimiento de los factores por las cuales no se ha regulado la sanción penal adecuada establecida en el artículo 111 del Código Penal de

Homicidio Culposo respecto a la responsabilidad de los profesionales médicos. El método de investigación que se utilizó es de nivel descriptiva – explicativa dentro del paradigma cuantitativo. Los investigadores arribaron a las siguientes conclusiones:

- La norma penal respecto a la responsabilidad en el delito de homicidio culposo en los profesionales médicos, se ve afectada por empirismos aplicativos y empirismos normativos, que están relacionados causalmente y se explican por el hecho de que no existe la correcta interpretación y aplicación de la norma prescrita en el artículo 111 de Código Penal por parte de los responsables ante la sanción de la responsabilidad de los médicos. Así mismo se debe considerar que el peritaje médico legal es uno de los principales mecanismos para encontrar de manera clara y precisa la responsabilidad del médico frente a sus actos
- Se ha decidido tomar como antecedente a esta tesis porque abarca la tipificación de la norma penal sobre negligencias médicas, la cual es poco clara y su mala interpretación la cual nos lleva a delimitar criterios para su correcta aplicación.

Antecedentes Locales:

Sánchez (2017) en su tesis “La negligencia médica y la necesidad de regulación como tipo penal específico en la legislación peruana” año 2017, Universidad Cesar Vallejo, en la ciudad de Trujillo, para lograr

el título profesional de Abogado, presento como problema de la investigación ¿Existe la necesidad de regulación de un tipo penal específico para negligencia médica en la legislación peruana? El método de investigación que se utilizó es de nivel descriptivo, dentro del paradigma cuantitativo. El investigador arribó a las siguientes conclusiones:

Existe la necesidad de regular un tipo penal específico para negligencia médica, con la finalidad de garantizar más allá de una sanción ejemplar para quienes infringen el deber de cuidado, es el de velar y garantizar un servicio de salud responsable, ético y humano por parte de los médicos en nuestro país. El artículo 111° del Código penal peruano a decir de los expertos en la materia resulta insuficiente con respecto a la sanción para los médicos que resulten acusados y sentenciados por homicidio culposo causado por negligencia médica, ya que sancionar a alguien de 1 a 4 años de pena suspendida al matar a alguien a quien debió cuidar resulta completamente benévolo para los médicos

Se ha decidido tomar como antecedente a esta tesis porque es pertinente en la investigación pues abarca el tipo penal estudiado y enfatiza la falta de una norma específica para las negligencias médicas y sus consecuencias.

2.2. Marco Teórico

Como referencia de estudio en el presente trabajo debemos dejar bien en claro la necesidad de identificar de manera clara y precisa la definición del delito conocido en doctrina como delito imprudente, debido a que dicha definición no contiene todos los elementos que permiten identificar al delito culposo, y esto debido al hecho que en nuestra legislación no se encuentra contemplada la definición de delito culposo limitándose los artículos 12 y 13 a señalar que se trata de delitos de infracción culposa por ende consideramos imprescindible su identificación.

2.2.1. La Negligencia en el Derecho Penal: Fundamento para la Tipificación como conducta agravada.

Concepto

La negligencia es comprendida como la falta de atención o el descuido que genera una persona, y que genera un resultado criminal que no ha querido, por tanto, la ausencia de la precaución en su acción genera que ignore el resultado posible que tal acción acarrea (Ruiz, 2010)

Según Montaundón(2016) refiere que negligencia implica el incumplimiento de los principios de carácter elemental que son inherentes a una profesión u arte determinado

Como se puede verificar el autor no diferencia la actividad profesional, por ende la definición efectuada implica una conceptualización general aplicable a todas las profesiones en las que se requiera la protección a la

vida el cuerpo y la salud de los trabajadores y usuarios del mismo, pero sin efectuar una diferencia.

Por ende para estos casos deben existir protocolos de protección laboral dependiendo el área de trabajo en la que se desempeñe el trabajador, por ejemplo en el área de electricidad, construcción, Hidráulica, etc.

Pues es dicha línea de interpretación también se diferencia los protocolos de atención médico y dentro de estas diferencias los protocolos generales y los que corresponden a la atención por especialidad médica.

Villavicencio (2006) refiere que la negligencia implica una imprudencia grave.

En dicha definición se puede verificar que el autor establece que el delito culposo, está referido exclusivamente a señalar la imprudencia en el accionar de la persona imputada, definir en que consiste la denominada infracción del deber de cuidado, reglas de obligatorio acatamiento con la finalidad de proteger el bien jurídico protegido.

Es un dejar de hacer aquellos que se entiende y sabe que se debe cumplir, y que se genera por la omisión de parte de la persona, de la omisión de una acción de cuidado que debió realizar, y que al no realizarla genero una transgresión de bienes jurídicos o intereses de otras personas.

Por ello, se entiende que la negligencia es un descuido o una acción que sufre la ausencia de la diligencia debida o del cuidado en la realización de la acción (Salazar, B. y Quintana, R. , 2004)

Dicha definición se relaciona directamente con la tipicidad subjetiva, diferenciándola del dolo eventual que implica en la cual el sujeto agente actúa conociendo una alta probabilidad de lesión al bien jurídico protegido.

La imprevisión del autor se constituye en culpa cuando no ha cumplido con observar las precauciones a que se encontraba obligado a hacer, y ello puede ser por circunstancias o por cuestiones personales (Fontan, 1998)

Aboga por la definición e incluyendo como primer elemento una acción sin cumplir con los deberes de cuidado, por ello imputa la ausencia o infracción del deber de cuidado.

Además, ha de precisarse que la infracción del deber de cuidado y negligencia son parte de la culpa constitutiva del tipo subjetivo en la teoría del delito, y siendo un comportamiento antijurídico prohibido por la ley, es merecedor de sanción el resultado lesivo generado.

Es claro que se entiende que son delitos imprudentes o culposos la conducta que se tipifica es realizada mediante normas abiertas, por tanto describe las conductas de manera indeterminada, para luego ser precisada en su aplicación en cada caso particular

2.2.2. FUNDAMENTO PARA PUNIBILIDAD:

El fundamento para la punibilidad en estos delitos es frente a dos aspectos que se encuentran vinculados, una relación de causalidad, y que son importantes:

A. DESVALOR DE LA ACCIÓN:

Es claro que este aspecto implica la imputación de una conducta, puesto que se incrementó o creó el peligro o el riesgo al infringirse una norma de cuidado (Villavicencio, Derecho Penal Parte General , 2006)

Para García (2011) el desvalor de la acción implica la existencia de la inobservancia del deber objetivo del cuidado, lo que exige que la persona actué con prudencia.

Por tanto, es punible porque la conducta desplegada si bien no fue orientada en base a la voluntad de obtener un resultado, si existe una infracción al deber de cuidado, por tanto merecedora de reproche

B. DESVALOR DEL RESULTADO:

Implica la imputación de un resultado que se constituye en la trasgresión de un bien jurídico, la puesta en peligro concreto o la lesión en si misma, y tal afectación se genera por la existencia de una forma muy particular de acción (Villa stein, 2008)

Es claro que el reproche social se genera porque se afecta bienes jurídicos que son relevantes como la vida y el Cuerpo y la Salud las cuales merecen de una protección más efectiva mediante el derecho penal.

2.2.3. POSICIONES RESPECTO DE LA CONDUCTA AL QUE SE LE IMPUTA EL RESULTADO:

Respecto de la negligencia del médico esta se ha de configurar de manera distinta respecto a la forma en como el sujeto ha generado la conducta de descuido, tal es el caso de su configuración en:

COMISIVOS:

Se genera mediante cuando la persona ha realizado una conducta sin que se haya observado la diligencia debida (Altavilla, 1990)

Por ello, se entiende que hay situaciones en las cuales una acción positiva puede acarrear una acción culposa negligente. Pues existen algunos autores que consideran la existencia de una conducta activa imprudente del médico, entendiendo por imprudente a la culpa

OMISIVOS:

Respecto a la omisión se entiende que es una falta de hacer que se constituye en un hacer, y frente a ello la negligencia presupone que la persona que estaba obligado a actuar (un mandato) y que está en la posibilidad de realizarlo, termina realizando un mal cumplimiento del referido mandato dejando de cumplirla (Schone, 1983)

En el caso de las negligencia médica es la omisión el fundamento para la imputación del resultado, siendo, por tanto la conducta relevante penalmente la omisión que ha de configurarse en una comisión por omisión.

2.2.4.CRITERIOS QUE FUNDAMENTAN LA PUNIBILIDAD DE NEGLIGENCIA

LA PREVISIBILIDAD:

Esta teoría se fundamenta en la posibilidad que tiene la persona para prever el resultado de la realización u omisión de una conducta determinada, y el Derecho sanciona a la persona que pudiendo prever un resultado no lo hace (García, 2011)

Por tanto, la ausencia de la previsibilidad constituye el fundamento que justifica la punibilidad de una conducta negligente, pues es la exigencia que la persona actúa hasta el punto de prever de posibles situaciones que generen un perjuicio.

Es claro que es exigible la previsibilidad cuando el resultado es plausible de ser evitable por la persona, caso contrario no sería justo sancionar por un resultado que es imposible de evitar

A. LA PREVISIBILIDAD EN VINCULACIÓN CON LA CULPA:

Respecto de la previsibilidad la conducta que se realiza permite que se evidencie dos categorías respecto de la culpa:

a) La Culpa Consciente:

En relación a este tipo de culpa se entiende a la culpa que esta generada por la previsión de la persona, y se configura cuando actúa en la confianza que el resultado dañoso no se ha de producir, y ello por la confianza que tiene de su pericia en su arte u profesión (García, 2011)

Ello significa que la persona confía que podrá evitar que el resultado se genere en la realidad a pesar de la omisión que ha de realizar. Respecto del resultado, el sujeto logra representarse la posibilidad de que se genere un resultado dañoso

b) La Culpa Inconsciente:

La culpa inconsciente implica que el sujeto no logra generar la representación de un resultado dañoso que pudiera causar mediante su actividad, por tanto se entiende que entra a tallar el error, y ello es así porque se entiende que el Derecho lo que le exige es que actúe con un mínimo de diligencia ante la posibilidad de poder generar un perjuicio (García, 2011)

Se entiende que el error implica un vicio en la voluntad de la persona, que en este caso para ser punible es exigible un error vencible, es decir que el sujeto hubiera podido salir del error mediante la diligencia evitando el resultado dañoso.

Además que el error debe ser esencial es decir que recaiga respecto de alguno de los elementos esenciales del tipo penal o delito en el que se encuadre.

B. PERSPECTIVAS DE LA PREVISIBILIDAD:

a) Previsibilidad objetiva:

Mediante este aspecto de la previsibilidad se entiende que se refiere a la posibilidad que ha de existir de en l persona de poder prever la

producción de un resultado típico, siempre teniendo en cuenta como criterio aquello que un hombre prudente y con los conocimientos que tiene debió realizar (Luzón, 1996)

Por tanto, ha de ser verificado este aspecto por el juez para determinar la punibilidad de la situación negligente, quien deberá tener en cuenta la capacidad y los conocimientos de la persona para poder exigírsele la previsión en rangos normales

b) Previsibilidad personal:

Respecto de este aspecto, se considera las posibilidades concretas mediante las cuales la persona ha actuado, y para tal efecto ha de tener en cuenta el conocimiento especial que la persona ostenta durante el momento que genero la conducta negligente (Luzón, 1996)

Es claro que la exigencia se centra en que la persona en base a sus conocimientos especiales, tiene mayor posibilidad y el deber de prever un resultado típico

C) EL RIESGO PERMITIDO:

Por riesgo permitido se comprende que existen en la sociedad riesgos o peligros que en la sociedad son tolerados por utilidad social, y ante ello es entendible que no sea relevante para la imputación jurídico –penal. (Reyes, 2015)

Es claro que por riesgo permitido implica una manifestación de que no es razonable exigir que se evite a todo evento resultado típicos (Reyes, 2015), Por ello, es lógico que se haya establecido estándares de cuidado.

Más será necesario determinar si el riesgo que se generó se encuentra amparado por tal protección o por el contrario si se encuentra desaprobado jurídicamente. Siendo lo importante que la exigencia no se centra en que la persona pudo hacer para evitar el resultado típico, sino más bien lo que debió haber hecho a fin de evitarlo

Es de precisar que para determinar que el riesgo no es permitido se deberá realizar una determinación objetiva, es decir, sin tener en cuenta las circunstancias individuales de la persona que generó el resultado dañoso típico, pues la exigencia es en base al estándar normal o promedio

2.2.5. LAS REGLAS DE CONDUCTA SOCIAL EN LA DETERMINACIÓN DEL

RIESGO PERMITIDO:

Estas reglas se pueden manifestar de diversas maneras:

a) Mediante las normas:

Es claro que la reglamentación de las actividades que son riesgosas, las cuales pueden ser jurídicas o extrajurídicas, mediante el cual se establecen condiciones mínimas, las cuales se pueden establecer

por ejemplo en reglamentos de las asociaciones profesionales (Reyes, 2015)

Ello ha de servir para la determinación de haber infringido un deber de cuidado, por tanto, es imprescindible para delimitar los márgenes de acción

b) Mediante al análisis de la situación concreta:

Para la determinación del riesgo permitido no solo se requiere de la existencia de las normas, sino solo resulta ser un indicador. por ello es necesario que se realice un análisis de la situación en concreto en las que se realiza la exigibilidad personal y temporal en el autor, a fin de valorar el riesgo. (Montaudón, 2016)

Es de este modo que se verificará que la persona actuó en función al respeto de los estándares de conducta exigidos

▪ **La exigibilidad personal:**

Se deberá tener en cuenta las situaciones particulares de cada persona de manera individual, pues no se le puede exigir lo mismo a todas las personas

Es claro que ello depende del rol social que cumple cada persona en la realidad

▪ **La exigibilidad espacio- temporal:**

Es claro que resultará reprochable la conducta que no se encuentre valorada como desaprobada, teniéndose en cuenta los

parámetros de conducta vigentes en el momento en que se realizó la acción, así como del lugar en el que se realizó

2.2.6. COMPONENTES DEL DELITO DE INFRACCIÓN CULPOSA

a) LESIÓN DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO:

Ello implica que se genere una infracción al deber de cuidado desde su aspecto general, es decir el exigido por la norma (Nuñez, 1974)

Para Villavicencio (2004) constituye el núcleo en estos delitos imprudentes, pues es claro que mediante estos tipos penales lo que se busca es lograr que se cumpla el deber de cuidado

Es decir que el resultado deriva porque se constituya una acción que transgrede el deber de cuidado. Por tanto, entre el resultado y la lesión del deber de cuidado debe de existir una relación

c) LA INOBSERVANCIA DEL CUIDADO INDIVIDUALMENTE POSIBLE AL AUTOR:

En relación a este aspecto es claro que se configura cuando la persona incumple con sus deberes de diligencia, por tanto, existe una acción de descuido, debiendo verificarse de manera concreta si la persona a quien se le pretende imputar un resultado ha aplicado sus conocimientos a fin de evitar que se genere el resultado típico (Nuñez, 1974)

Según Villavicencio (2004) refiere que para comprender el significado y la determinación de lo que implica la exigencia del deber de cuidado y su infracción se ha de tener en cuenta la actuación y la capacidad que tenga

cada persona (sujeto agente) de manera particular, pues no es lo mismo el deber de cuidado de un conductor que el de un médico

En consecuencia, si la persona, en este caso profesional de la salud o médico actuó con la diligencia debida, en base a sus posibilidades y conocimientos específicos, la responsabilidad penal será excluida. En consecuencia, se tendrá que tener en consideración las cualidades y características específicas de cada persona en concreto que la infrinja

Según Villavicencio (2004) respecto del deber de cuidado exigible al autor se puede distinguir dos deberes:

El Deber de cuidado interno:

Se comprende que es interno por la advertencia que se presenta ante la persona respecto del cuidado que debe de tener ante la creación o la presencia de peligros en contra de los bienes jurídicos (García, 2011).

Ante ello, la ley le exige a la persona que observe las condiciones en las que ha de realizar sus acciones, además de la exigencia de que realice con antelación el cálculo respecto del curso que seguirá y de las posibles modificaciones de las circunstancias afines

El Deber de cuidado externo:

Implica la obligación que se establece mediante la ley de que la persona deba comportarse conforme a la norma de cuidado, a fin de evitar el resultado dañoso tipificado. (García, 2011)

Este deber se materializa mediante la omisión de acciones que sean peligrosas, de tomar las precauciones y las informaciones previas, así como el deber de actuar de manera prudente ante situaciones de peligro

2.2.7. EL TIPO PENAL

CONCEPTO:

El tipo penal implica la identificación de la conducta de la persona, la cual se describe en la norma precisándose el supuesto de hecho que se ha de tipificar como un delito, es decir que el tipo penal es la manifestación de la adecuación de la acción a un tipo penal (Bramont- Arias, 1996)

Para Villa Stein(2008) la tipicidad implica la adecuación de un determinado hecho que se ha realizado hacia una descripción detallada y específica de ese mismo hecho en un tipo penal determinado, y es de este modo que se elabora el tipo en la ley penal

Por ello, el tipo es un modelo de conducta preestablecido, en la ley, el cual implica una descripción de una prohibición expresa en la ley, debido a que existen conductas que atentan contra bienes jurídicos

Muñoz y García (2007) señala que el tipo es la descripción de la conducta prohibida, el cual se materializa mediante la labor del legislador, quienes determinarán el supuesto que ha de contener una norma penal.

Y resulta necesaria su regulación debido a la relevancia jurídica en razón de los efectos jurídicos que se dan en la sociedad, además de la finalidad de protección de los bienes jurídicos, se encuentra la necesidad de otorgar seguridad jurídica entre las personas de una sociedad determinada.

Por su parte, Bustos citado por Villa Stein(2008) refiere que el tipo penal es una fórmula normativa que tiene la característica de ser sintética, manifestación de una realidad social

Ante se puede comprender que el tipo penal es una descripción de la conducta prohibida, por ello, constituye un instrumento de carácter legal mediante el cual se puede realizar la individualización de la conducta que se pretende prohibir.

Para tal efecto, es el legislador quien determinará, eligiendo aquellos comportamientos que requieren y merecen de una tipificación penal, sobre la base del principio de intervención mínima, así como el principio de legalidad, que establece exigencias que han de ser observadas

Respecto de la descripción es claro que la exigencia es que logre ser lo más exacta posible, más la característica del tipo penal es que es abstracta, a fin de que puedan incluirse en ella a todos los comportamientos posibles que tengan esas características comunes descritas. (Bramont- Arias, 1996)

Es por ello, que el tipo penal constituye una herramienta que permite brindar seguridad jurídica a la sociedad pues mediante el tipo penal se establecen sanciones a las conductas que transgredan derechos y bienes jurídicos que son relevantes para la sociedad

2.2.8. FUNCIONES DEL TIPO PENAL

En relación a las funciones, el tipo penal cumple con las siguientes funciones:

A. FUNCIÓN INDICIARIA:

Esta función está relacionada con la finalidad de establecer a nivel de indicios la existencia de datos objetivos

Se fundamenta entonces en la posibilidad que ofrece para seleccionar de manera rápida las conductas punibles de las no punibles teniéndose en cuenta la descripción general de las acciones que son antijurídicas (Bramont- Arias, 1996)

Ello evidencia que la ley penal mediante el tipo penal lo que permite es tener un conocimiento inicial de la existencia de una conducta que merece ser sancionada, por tanto es un filtro inicial que permite comprender la existencia de una acción antijurídica.

B. FUNCIÓN FUNDAMENTADORA:

Respecto a esta función se comprende que es la tipicidad el centro o fundamento para comprender la existencia del delito, pues permite calificar a la conducta realizada por la persona como punible (Villavicencio, Derecho Penal Parte General , 2006)

Pues es claro que una conducta que no se encuentre tipificada no puede ser entendida como delito, mucho mecho de la imposición de una sanción. Y es mediante el análisis inicial de la conducta de su tipificación la base para poder determinar la existencia de una conducta punible

C. FUNCIÓN SELECCIONADORA:

En relación a esta función es realizada por el tipo penal pues el tipo penal permite la identificación de aquellas conductas que se entienden deben ser consideradas para establecerlas mediante una descripción penal por afectar bienes jurídicos relevantes, y es por esa razón que el legislador escogerá aquellas conductas antijurídicas (Villavicencio, Derecho Penal Parte General , 2006)

Es por ello que se realiza una selección de los comportamientos que se constituyen como penalmente relevantes por el grado de afectación que genera en la sociedad que requiere de una medida idónea para erradicarla

D. FUNCIÓN MOTIVADORA:

Respecto de esta función, se entiende que las conductas que se encuentran tipificadas constituyen un mecanismo que permite a la personas de la sociedad conocer cuáles son las conductas que están prohibidas, por tanto, abstenerse de realizarlas (Villavicencio, Derecho Penal Parte General , 2006)

En consecuencia permite disuadir la realización de conductas punibles, con ello garantizar en la sociedad un grado de armonía, al orientar la conducta de la sociedad a actuar conforme a derecho.

E. FUNCIÓN GARANTIZADORA

Esta función permite que las personas sepan con antelación de las conductas que merecen de una sanción penal, y aquellas que no, por tanto es un límite para la función punitiva del Estado pues no puede imponerse sanciones cuando no existe un tipo penal que así lo determine (Bramont- Arias, 1996)

De este modo garantiza a las personas de que su accionar no puede ser plausible de sanción si en el catálogo penal no hay una descripción legal penal de la misma, por ello, garantiza la posibilidad de ese conocimiento previo a las personas.

F. FUNCIÓN DE INSTRUCCIÓN:

Esta función se realiza porque el tipo penal le permite a las personas tener un conocimiento dl significado que tienen sus actos para el sistema jurídico, pues en el caso de ser típico merecerá que el Estado le imponga una sanción. (Bustos, Derecho Penal Parte General, 2004)

Es así que los tipos penales constituyen instrucciones dirigidas a la sociedad a fin de que en base a ellas orienten o dirijan su comportamiento evitando cometer ilícitos penales

G. FUNCIÓN DE SISTEMATIZACIÓN:

Esta función se concreta pues el tipo penal tiene la característica de abarcar a todos los elementos que son necesarios para que las personas tengan el conocimiento de aquellas conductas que han de ser sancionadas penalmente, y lo hace mediante la organización de los tipos penales en el Código Penal (donde se plantean las características comunes), como en su parte general como especial en el cual se encuentra regulado los tipos penales ordenados en función a los bienes jurídicos que se transgreda.

2.2.9. IMPORTANCIA DEL TIPO PENAL

GARANTÍA PROCESAL:

Peña y Almanza (2010) refiere que se procederá a iniciar el proceso penal para la determinación de la culpabilidad de la persona, siempre que la persona haya realizado una conducta que se encuentra tipificada, es decir que encaje en la descripción del tipo penal

Ello siempre que existan indicios suficientes que encajen en el tipo penal que permitan determinar la culpabilidad, y sobre tales indicios ha de valorarse a fin de determinar la culpabilidad.

GARANTIA PENAL:

Respecto a esta garantía se materializa puesto que ninguna persona puede ser inculpada penalmente por lo que es o lo que piensa, sino por lo que hace y que tal acción se encuentre tipificada (Peña, O. y Almanza, F. , 2010)

Pues es claro que ninguna persona puede ser obligada a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni tampoco podrá privarse a hacer de lo que no prohíban

2.2.10. ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL:

El tipo penal, respecto a su composición, se agrupa en dos partes estructurales:

TIPO OBJETIVO:

En este elemento se encuentra compuesta por:

A.LOS SUJETOS:

El tipo penal implica una relación entre tres sujetos, teniendo una directa incidencia entre dos sujetos denominados sujetos activo y sujeto pasivo, y de manera indirecta al Estado, quien es el encargado para aplicarla. (Bramont- Arias, 1996)

Villavicencio (2006)) explica que para la imputación penal se requiere necesariamente de la identificación del ámbito potencial del autor del delito, así como del afectado con tal acción.

Los sujetos son los siguientes:

a) Sujeto activo:

Para Villa Stein(2008)) en un tipo penal existe un sujeto activo, el cual implica la persona que realizó el tipo penal, y puede ser cualquier persona, o en todo caso que el tipo penal exija de manee concreta una cualidad especial en el agente

Bramont – Arias (1996) refiere que es aquel sujeto que realiza una acción u omisión que se encuentra descrita en el tipo penal

Entendiendo que el sujeto activo es aquel que realiza la acción o conducta típica, quien transgredirá el bien jurídico del sujeto pasivo, titular del derecho o bien jurídico atacado.

b) Sujeto Pasivo:

El sujeto pasivo puede ser comprendido en:

- **Sujeto Pasivo de la Acción:**

Respecto de este tipo de sujeto se entiende a la persona que de manera directa recibe la acción típica que es realizada por el sujeto activo (Mir, 1990)

Recae directamente sobre su persona afectándose su integridad física y mental, etc. Tal es el caso de los delitos que atentan contra el cuerpo o la salud o la vida de la persona

- **Sujeto pasivo del Delito:**

Este tipo de sujeto implica que el sujeto agente realiza la acción u omisión que afecta los bienes jurídicos que son de titularidad del sujeto pasivo

c) El Estado

Se entiende que es el encargado de realizar el proceso de determinación de responsabilidad y de aplicación de las sanciones como consecuencia de que una persona ha cometido una conducta contraria a la ley penal (Bramont-Arias, 1996)

Es de precisar que el Estado está facultado para realizar tal función pero deberá realizarlo respetando la ley y los límites constitucionales y los principios que sustentan el ordenamiento jurídico

B.LA CONDUCTA:

Villavicencio (2006) expone que los tipos legales se constituyen en relación a un proceso de abstracción, siempre sobre la base de las conductas que se generan en la realidad.

Según Fontán(1998) la acción o conducta es el movimiento corporal voluntario, que por medio de una relación causal genera una modificación en el mundo exterior, el cual se entiende que puede ser apreciado mediante los sentidos, los cuales se comprende como resultados

Pues es claro que la conducta e la persona ha de generar un cambio directo sobre los bienes jurídicos de la persona afectada, hecho que puede ser verificado en la realidad.

Según Bacigalupo (1998) la acción se concibe como un fenómeno que tiene el carácter de ser puramente causal, pues implica que el sujeto agente la ha realizado con la intención de cumplir con un objetivo concreto

Entonces es claro que la conducta, implica la existencia de un proceso humano externo, y que puede ser susceptible de autocontrol, pues no puede ser sancionable los procesos de la naturaleza, las ideas, entre otros

Claro está que para el Derecho Penal es el comportamiento humano es la materia que le sirve de análisis, y solo se sancionara aquellos que lesiones bienes jurídicos que se encuentran protegidos, teniendo en cuenta que dicha acción para ser sancionada debe pasar por las categorías jurídicas del delito como son la tipicidad, antijuricidad y la culpabilidad.

C.ASPECTOS DESCRIPTIVOS:

Los elementos descriptivos son aquellos que pueden ser comprendidos mediante los sentidos. Pero también exigen un cierto grado de interpretación (Bramont- Arias, 1996)

Villa Stein(2008) señala que estos elementos son aquellos que refieren a hechos que son de la realidad natural, observable o deducible. Tal es el caso de matar.

Es decir que existe la posibilidad de comprender lo que se regula y exige pues la realización de la acción, la transgresión del bien jurídico, puede verificarse en la realidad.

Respecto de la necesidad de interpretar, como bien ya se ha especificado, en estos elementos también se exige un nivel de interpretación a fin de comprender que es lo que se está

regulando, especificando, para lograr de este modo subsumirla a los hechos con mayor exactitud.

D.ASPECTOS NORMATIVOS

En relación a los elementos normativos son aquellos mediante los cuales ha de predominar una valoración, por ello para su comprensión no se puede realizar mediante los sentidos, sino más bien exige un conocimiento empírico cultural, criterios extra jurídicos (Bramont- Arias, 1996)

Villa Stein(2008) refiere que son aquellos elementos que comportan una valoración jurídica o sociocultural. Tal es el caso del termino cónyuge, ajeno, etc. para su comprensión se tiene que recurrir a conocimientos adicionales y extrajurídicos.

Es decir que para la comprensión de estos elementos no se realiza mediante la deducción de su significado en base a los juicios de la experiencia, sino más bien a través de una valoración jurídica social.

E.OBJETO JURÍDICO DE LA ACCIÓN:

El objeto jurídico viene a ser el bien jurídico que se tutela mediante el tipo penal (Bramont- Arias, 1996)

Para Bustos (1984) refiere que el bien jurídico constituye una fórmula de carácter normativo concreta respecto de una relación social específica

Es claro que los bienes jurídicos que merecen una protección jurídico penal es necesario que implique poner en peligro la armonía social, pues son de mayor incidencia, por tanto, el Estado realiza un mayor esfuerzo y utiliza el derecho penal como ultima ratio para lograr la tutela de los referidos bienes jurídicos

TIPO SUBJETIVO:

Respecto del tipo subjetivo se entiende que está orientado por la voluntad de la persona que comete el ilícito, por tanto es la voluntad el elemento que ha de ser valorado en el tipo penal, y que puede ser calificado como dolo o culpa. (Muñoz, F y García, M. , 2007)

Es claro que el Código Penal prohíbe que se establezca una determinación de responsabilidad penal, o culpabilidad sobre la base de elementos objetivos, sin tener en cuenta para la valoración de la existencia de un delito el elemento subjetivo. En consecuencia, tanto los elementos objetivos como el subjetivo son imprescindibles para la atribución de responsabilidad penal

Respecto del tipo subjetivo ha de configurarse en el tipo los siguientes elementos:

A. EL DOLO:

En relación al dolo se entiende que en el delito es necesario la existencia de la conciencia y la voluntad en el sujeto que realiza el delito (Mir, 1990)

Es claro que por conciencia lo que implica es que la persona tiene conocimiento de que está realizando una acción ilícita. Y respecto de la voluntad, implica que la persona está realizando la acción con la plena intención, por tanto orienta su acción para lograr el resultado que se ha representado en su interior.

Respecto del dolo se clasifica en lo siguiente:

a) Dolo Directo:

Dolo directo implica la voluntad para la realización, el cual ha de ser suficiente para entenderla como tal. Por tanto, es la actitud que tiene el sujeto frente a los bienes jurídicos, el cual es la decisión de ir contra los mismos (Hassemer, 1990)

Se entiende que existe dolo directo cuando el sujeto realiza la acción típica en base a la finalidad que persigue, es decir que realiza la acción en la búsqueda de lograr concretar el ilícito

b) Dolo de Segundo Grado:

Por dolo en segundo grado se comprende a que las consecuencias son resultado por la elección de los medios que el sujeto ha elegido. (Bramont- Arias, 1996)

Es decir que el resultado se genera respecto de las demás personas que pudieran ser afectadas con la realización de la conducta ilícita

c) Dolo eventual:

En relación al dolo eventual, es aquella que se genera cuando la persona no quiere generar el resultado pero que si pudo prever o antelar la producción del resultado (Bramont- Arias, 1996)

Es claro que para considerar la existencia de dolo eventual que no basta la existencia de posibilidad de representación del resultado, sino que además se requiere que el sujeto haya querido la acción

B. LA CULPA:

Respecto de la culpa se comprende que resulta ser diferente al dolo, pues en la culpa no existe la intención de la persona de querer los resultados que se generaron en la realidad (Mir, 1990)

Es necesario precisar que el Derecho Penal peruano tiene el sistema *numerus clausus* en relación a los delitos culposos, lo que significa que la ley penal establece un número determinado de delitos que pueden ser sancionados penalmente ante la existencia de la culpa. Por tanto, la ley lo establece de manera taxativa

Para la determinación de la culpa se requiere de la valoración de los siguientes criterios:

a) Deber objetivo de cuidado:

Este criterio implica que se analizará que la persona que generó el resultado ilícito, actuó con el debido cuidado, conforme a los estándares establecidos en la sociedad.

No pudiendo exigirse una conducta diferente frente a la misma situación en el caso de que se verifique que cualquier persona hubiera actuado de la misma manera (hombre promedio) (Bramont- Arias, 1996)

Por tanto, en el caso se verifique que el sujeto actuó inobservando las reglas de cuidado, los cuales se pueden exigir a cualquier persona, se entiende que deberá ser sancionado penalmente.

b) Previsibilidad:

Por previsibilidad se entiende que se produce en el sujeto tiene la posibilidad de prever que ha de realizar una determinada acción podría generar los resultados ilícitos no queridos (Mir, 1990)

Tal capacidad de prever es producto de la experiencia de la persona, experiencia ordinaria que ha de obtener en el transcurso de su vida, por tanto, puede tener un conocimiento de ciertos resultados frente a determinadas acciones

c) El resultado:

Se entiende que el resultado es producto de una acción ilícita que no quiso la persona realizarla pero que pudo evitarla, por tanto el resultado no puede haber surgido de la autodeterminación para obtenerla (Bramont- Arias, 1996)

Por tanto, aquí se centra en la exigencia de una vinculación entre el resultado y la acción que la generó, denominada relación de causalidad.

2.2.11. Criterios de Imputación Objetiva

Sostiene la necesidad de hacer un cambio o el reemplazo entre la relación de causalidad, propia del causalismo en la que importa una

relación entre acción – nexos – resultado, en la que el resultado sea producto de la acción, situación que actualmente se encuentra desfasada en el sentido que no se puede considerar toda acción realizada por el sujeto agente deba considerarse como responsable del resultado lesivo al bien jurídico, esa como en el presente trabajo al bien jurídico Vida o el cuerpo y la salud.

Actualmente bajo el sistema Finalista se propone efectuar el reemplazo por consideraciones jurídicas y no naturales, es decir determinar la finalidad de sostener si una conducta debe ser considerada típicamente objetiva.

IMPUTACIÓN OBJETIVA DE LA CONDUCTA: se presentan una serie de criterios que pasamos a explicar:

a) El Riesgo Permitido.-

La acción realizada por el sujeto debe contener un peligro creado el cual debe ser típicamente relevante y no debe estar comprendido en el ámbito de los permitidos socialmente, ejemplo de ello son las lesiones deportivas en el Fútbol.

b) Disminución del riesgo.-

El agente más bien procura disminuir el riesgo al bien jurídico, por ejemplo el acto médico de urgencia. En la que el médico opera del cerebro para evitar que el edema cerebral produzca la muerte del paciente en estado de gravedad.

c.- Riesgo Insignificante, tolerable en función a la protección de un riesgo mucho mayor por uno de menor valor, por ejemplo la vida o la salud, ejemplo: casos de intubación en casos de Covid19 que permita a la persona tener oxigenación y con ello la vida.

d) Principio de Confianza.- Existe confianza que las personas actúen conforme a las reglas de técnicas y o de profesión, es decir actúen dentro del riesgo permitido. Ejemplo, el cirujano espera que el material quirúrgico que emplea en una intervención haya sido esterilizado por el personal de enfermería.

e) Prohibición de Regreso.- cuando el sujeto actúa conforme al rol que le asiste, no tiene responsabilidad penal prohibiendo que la conducta se le pueda imputar en el marco de la ejecución y/o resultado lesivo al paciente, en los casos que el médico actúe con electroshock para reanimar al paciente generando lesiones a nivel del tórax.

f) Imprudencia de la víctima, en este caso es la propia víctima quien se coloca en una situación de riesgo e incremento de riesgo que lesiona el bien jurídico protegido, casos de automedicación colocándose medicina a la cuál es alérgica, cerrando las vías de acceso de ingreso de oxígeno, la cual no puede ser recuperada por el médico de urgencias.

2.2.12. Delitos Imprudentes

El Derecho Penal peruano, respecto de los delitos culposos, la considera una excepción a la regla, pues la mayoría de los delitos establecidos en el referido cuerpo normativo son de naturaleza dolosa.

Se entiende que el médico asume una **obligación de medios**, respecto a la prestación de su servicio médico, y como tal se compromete no solo a aplicar las técnicas previstas para tratar la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica fundada en una buena praxis, sino que también se requiere que aplique tales conocimientos y pericia con el cuidado y la precisión que le es exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención. (Salazar, B. y Quintana, R. , 2004)

Al respecto de las intervenciones quirúrgicas, la OMS brinda formularios y protocolos para lograr la protección del paciente en caso se someta a estas intervenciones, siendo tales reglas de cumplimiento obligatorio, tanto para el ámbito privado como en el público, con el fin de generar seguridad y confianza entre las personas y los servicios médico-sanitarios.

El Profesor SALINAS SICCHA, Ramiro: (2003) señala que el delito imprudente es el resultado de la inobservancia de las técnicas de profesión...establece que la inobservancia de estas reglas de profesión, como el caso de los médicos “están considerados como circunstancia que agravan la acción culposa” justificando que el

hecho de tener una profesión (en términos generales) deben realizar y desempeñarse en actividades que exigen máxima diligencia y observar no solo las reglas generales sino técnicas propias de la profesión.

En este sentido justifica la incorporación de tipificar como agravante las circunstancias en la que, la lesión sea producto de la inobservancia de las reglas de profesión.

Agregando que la agravante se fundamenta sobre la función social que desarrolla el agente en el marco del conglomerado social conforme lo establece el profesor BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto: (1996).

2.2.13. Consideraciones sobre el Derecho Comparado

CODIGO PENAL ESPAÑA

La Legislación española en el mismo sentido que nuestra legislación sostiene la necesidad de diferenciar entre delitos de naturaleza dolosa y de naturaleza imprudente, en este último caso cuando de manera expresa así lo disponga la ley penal.

Asimismo la legislación Española sostiene que la diferencia entre infracción imprudente grave y menos graves, con las diferencias en la consecuencia jurídica, pero en ambas admite que la causal que la muerte del sujeto agraviado fuere consecuencia de imprudencia profesional, esto es de manera general aplicable a casos concretos

en vía de tipificación del hecho, no contiene una norma concreta aplicable al caso de las imprudencias médico profesionales.

De la misma manera en el caso de lesiones impudentes admite como consecuencia de impudencia profesional, de manera general y sin contener un tipo específico aplicable al caso de la impudencia médico profesional.

En ambos casos si establece la imposición de inhabilitación para el ejercicio médico

CODIGO PENAL ARGENTINA

La legislación admite la existencia que en los casos de imprudencia, impericia o negligencia en su arte o profesión, o en la inobservancia de reglamento o de deberes a su cargo causare la muerte de una persona

En igual sentido si el agraviado hubiere sufrido lesiones como producto de la inobservancia de las reglas de profesión.

No establece la necesidad de imposición de pena de inhabilitación.

CODIGO PENAL COLOMBIA

Al igual que las legislaciones precedentes admite la existencia de un delito de homicidio culposo, sin embargo no establece que el resultado pueda ser producto de inobservancia de las reglas de profesión o reglamentos o normas relacionadas con la actividad

profesional, tampoco refiere normas específica aplicable al caso de inobservancia de reglas de profesión médica. El texto normativo es general y aplicable todos los casos que el resultado sea producto de la culpa es decir que el resultado lesión (vida o cuerpo y la salud) se producto de infracción del deber objetivo de cuidado y que el agente haya previsto el resultado.

2.3. Marco Conceptual

Con la finalidad de verificar conceptos y teorías aplicables al trabajo de investigación.

2.3.1. Delito: Es la acción u omisión típica, antijurídica y culpable (Teoría del Delito) la cual el sujeto se hace merecedor de una sanción penal (Pena)

En el marco de la Teoría del Delito, esta a su vez tiene elementos como la tipicidad, y esta contiene los elementos objetivos y elementos subjetivos del tipo penal, los cuales consisten en:

a) Elemento Objetivo del Tipo Penal, constituyen la verificación de los elementos existentes en la realización del hecho delictivo, como son sujeto autor, agraviado, bien Jurídico, Verbo Rector, elemento normativo, elemento descriptivo, objeto de acción, lugar, tiempo, modo y circunstancias.

b) Elemento Subjetivo del Tipo Penal

Contiene el Dolo y la Culpa

Dolo: consiste en el conocimiento de los elementos del tipo objetivo conforme al tipo penal concreto

La misma admite tres formas

- **Dolo Directo**, conocimiento directo de la realización del hecho delictivo, ejemplo, adquirir un arma para matar a una persona que le ha hecho daño a su familia
- **Dolo de Consecuencias Necesarias**, admite la realización de dolo directo y asume como necesaria la lesión o puesta en peligro de otros bienes jurídicos, caso de los atentados terroristas, dolo directo que busca atacar contra la seguridad del Estado, y asume como necesario que pueda lesionar o incluso matar a personas y producir daños materiales.
- **Dolo Eventual**, admite que en la acción realizada existe la probabilidad de lesionar el bien jurídico. Ejemplo los casos que la legislación especial establece que el sujeto debe presumir la ilicitud del dinero, bienes o efectos y aun así adquiere bienes inmuebles o la convierte, en el delito de lavado de activos.

Culpa, conforme al sistema finalista que orienta nuestra legislación penal el dolo se encuentra en la tipicidad subjetiva, por ende la culpabilidad ya no constituye como así lo establecía la teoría causalista, culpa consciente o culpa inconsciente, actualmente la teoría de la culpabilidad consiste en:

- a)** Infracción del Deber de Cuidado, consiste en el hecho que la acción realizada por el autor no ha cumplido con las leyes, reglamentos, normas, y en su caso los protocolos profesionales en general y en particular los protocolos médicos.
- b)** Comportamiento Imputable al Sujeto Autor
- Imprudente: Consiste en el accionar fuera de los marcos legales y/o protocolos establecidos previamente
 - Impericia: Consiste en el accionar si el conocimiento técnico adecuado por parte del sujeto autor
 - Negligencia: Consiste en el accionar fuera de los procedimientos y/o conocimientos profesionales en general y médico en específico.
- c)** Teoría de la Previsibilidad: Consiste en que realizada la acción con infracción de las normas y/o protocolos, sea imprudente, con impericia, o con negligencia, es previsible la lesión al bien jurídico vida o cuerpo y la salud.

2.3.2. Guías para la Práctica Clínica

Desde el punto de vista del Derecho Penal, en la teoría del delito tenemos que el tipo objetivo del delito contiene como uno de sus elementos al elemento normativo, se trata de conocimientos que provienen de los conocimientos científicos, técnicos, artes y que permiten al derecho penal solucionar el conflicto jurídico

En principio estos están referenciados a la ciencia médica en general y en específico a la especialidad médica.

El protocolo médico consiste en un conjunto de reglas, métodos, procedimientos, evaluaciones, diagnóstico, que el médico debe seguir frente a la presencia de una persona afectada su salud, y con determinados cuadros clínicos, la misma que determina la intervención terapéutica para la recuperación.

La elaboración de estos protocolos tienen en su estructura un aspecto formal y un aspecto sustancial, el primero de ellos derivados de la atención médica general y la segunda relacionado con la intervención médico específica o por especialidades, de tal suerte que el médico no solo debe cumplir uno de las anotadas sino ambas dentro de las cuales tenemos los procedimientos de naturaleza personal del médico, es decir debe llegar en estado de ecuanimidad, con capacidad de discernimiento, a la hora previamente señalada para la intervención, quirúrgica a una persona que le aqueja su estado de salud (aspecto formal)

En el aspecto sustancial, es menester el conocimiento de las técnicas de intervención, conocimiento especial que le permita tener un grado de preparación previa para la intervención médica.

De manera tal que la creación o elaboración de protocolos médicos, no son fruto de una mera casualidad, sino que obedecen a la elaboración de ciertos criterios y métodos para la obtención de información como son:

- a) Verifica el problema de salud de las personas y se efectúan estudios que permiten obtener conocimientos para afrontarlos
- b) Recolección de datos con fines de elaborar un documento que contenga la información previamente recabada
- c) Discusión y análisis de la información obtenida por profesionales médicos especializados, con la finalidad de poner en plan piloto antes de colocar en marcha en la institución médica.
- d) Luego de efectuar la difusión del documento y fase experimental, procede la de implementación
- e) Se debe efectuar un control y monitorizar el cumplimiento del protocolo, con el fin de garantizar su valor y utilidad, es permanente.

Sin embargo la labor no se agota únicamente en la elaboración del protocolo sino que debe definir qué tipo será, por ejemplo los niveles de atención médica, es decir si requiere el paciente atención ambulatoria o en su caso internamiento, o si requiere atención de emergencia, urgencia o de atención por consultorio, o en su caso rehabilitación, lo cual como se puede apreciar no

es posible efectuarse a través de un solo profesional sino un equipo multidisciplinario, el cual se establece de manera clara y precisa la atención en el protocolo de atención de salud.

El protocolo debe contener al menos dos partes, a) documento Teórico, conceptos, teorías, de la manera comprensible y breve, en segundo lugar b) documentos operativos, que permitan aplicar el mismo, y que deben conocer al momento de la atención médica, (Hoja de anamnesis y/o exploración y seguimiento, algoritmo diagnóstico, algoritmo terapéutico, etc.).

En mérito a lo señalado podemos advertir que la ciencia médica no implica necesariamente la aplicación únicamente los conocimientos adquiridos a nivel de estudios universitarios, practicas pre profesionales a través de Servicio Urbano Marginal en Salud, o el internado, en tanto los conocimientos adquiridos permiten establecer procedimientos o métodos de tratamiento intra y extra hospitalario, que deben ser previamente aprobados por las entidades del Estado a través del Ministerio de Salud (Sistema Integral de Salud), y/o por EsSalud (Seguridad Social) desde el punto de vista de la salud Pública y de las clínicas desde el punto de vista de la salud privada.

Por ello son conocimiento técnico - científicos que no podrían ser aplicados por cualquier persona, sino aquella que dedican su vida al estudio de la medicina, radicando allí la diferencia con las otras profesiones no relacionadas con el campo de la medicina, que cuentan con reglas establecidas en los Códigos de ética de actuación profesional, y reglas profesionales adquiridas en

estudios universitarios y la práctica profesional, diferenciándose asimismo con la aplicación de las reglas de tránsito cuyo incumplimiento si esta debidamente detallado en los artículos 111 y 124 del Código Penal al sostener una gravedad de la pena a imponer en dichos casos.

Por ejemplo en el caso que la acción lesione un bien jurídico con inobservancias de las reglas de profesión, la pena a imponer será de un año y no mayor de cuatro años, sin que se haya contemplado la inhabilitación como pena principal al ejercicio de la profesión.

Mientras que en los casos que la acción que lesiona al bien jurídico usando vehículos y infraccionando las reglas de tránsito la pena privativa de la libertad es ostensiblemente mayor no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y asimismo impone pena de inhabilitación como pena principal conforme al art. 36 de nuestra legislación penal.

Por ello consideramos que en el caso de los médicos, que infrinjan los protocolos médicos y reglas de profesión médica, se trata de un comportamiento de mayor gravedad que afecta al bien jurídico vida y cuerpo y la salud.

Por ello es necesario incluir un tipo penal que permita agravar el comportamiento negligente de los médicos por incumplimiento de protocolos y reglas de profesión con resultado lesivo a la vida o a la salud de las personas que confían en el sistema de salud y que por el contrario se ven afectadas por falta de aplicación de manera oportuna de los protocolos de atención médica.

2.3.3. Doctrina sobre Delito Imprudente

Conforme lo establece el profesor HANS HEINRICH, JESCHECK (2014) quien establece que el dolo es el conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del hecho que pertenecen al tipo legal, con ello lo que quiere señalar es que el sujeto autor tiene conocimiento de la realización del hecho, claro ello en la actualidad llega a establecer tres tipos de actuación dolosa dolo directo, en el contexto señalado precedentemente, dolo de consecuencia necesaria en la que el sujeto autor realiza una acción en la que busca un resultado con conocimiento de ello y asumiendo como consecuencia necesaria la lesión a otros bienes jurídicos, y dolo eventual, en la que la acción realizada tiene una probabilidad de lesión a bien jurídico.

Lo que sostiene el autor es que en las legislaciones sobre derecho penal parte general, se puede verificar la existencia de dos tipos de delitos desde el punto de vista del tipo subjetivo, los delitos dolosos y los delitos culposos, en la primera lejos de la clasificación implica un conocimiento de la realización de una acción u omisión que lesiona o coloca en peligro al bien jurídico protegido.

Por el contrario en la segunda clasificación señala el autor que quien actúa imprudentemente QUE SIN QUERERLO REALIZA EL TIPO DE UNA LEY PENAL A CONSECUENCIA DE UNA INFRACCIÓN DE UN DEBER DE CUIDADO, es decir normas, reglamentos, protocolos previos a la realización de la acción y que su conocimiento y actuación CONTRARIA A SU OBLIGACION, O NO SE DA CUENTA DE ELLO O LO TIENE POR

POSIBLEMENTE CONFIANDO EN QUE EL RESULTADO NO TENGA LUGAR.

Considera por ende que la imprudencia no es una forma atenuada del dolo, sino una forma diferente de imputación subjetiva

Considera que el tipo de injusto se determina a través de la existencia de tres elementos

- .- Por medio de la reconocibilidad del peligro de realización del tipo
- .- Cuidado objetivamente debido, el cual debe cumplirse
- .- acaecimiento de resultado típico, producto de la acción realizada

Por otro lado el Profesor REATEGUI SANCHEZ, James (2014) considera que los delitos imprudentes han ido variando de acuerdo al tiempo, considera asimismo que la imprudencia no es una forma menos grave del dolo, sino algo distinto, tiene diferente naturaleza, el primero es un contenido psicológico y la imprudencia es un fenómeno normativo, por ende, establece que solo corresponde que es un problema del injusto penal y no de la culpabilidad.

Como se puede apreciar sostiene que el delito imprudente se debe a la ausencia de realización de normas previas (existente previa a los hechos imputados) y que el sujeto agente incumple o en su caso no realiza afectando con ello el bien jurídico.

Considera que se trata de una estructura normativa en tanto en el código penal vigente, estableciendo requisitos para que se puede verificar:

Infracción del Deber de Cuidado, a la cual le agrega que esta se puede infringir mediante negligencia, imprudencia e impericia

Estructurando la siguiente identificación:

En la imprudencia el sujeto autor, realiza acción arriesgada, con ligereza, o indebida audacia, el peligro radica en la conducta realizada por el autor, pero siempre en el marco de la infracción de un deber de cuidado, el cual constituye una norma precedente a los hechos, leyes, reglamentos

Conforme a lo señalado considera que el sujeto autor teniendo conocimiento de las normas o reglamentos previos, y la importancia del respeto a ellas, realiza una acción sin contemplar los requisitos establecidos por ley, de manera imprudente, esto es fuera de la ley, con impericia con desconocimiento de los aspectos técnicos que permitan una buena actuación, y en su caso con negligencia referido a los aspectos profesionales y como en el caso propuesto, las reglas de la profesión médica, que no son solamente protocolos médicos sino conocimiento de la ciencia médica, siendo así es previsible que se lesione un bien jurídico, como la vida y la salud.

El resultado debe haber sido producido causalmente por la acción, considerando que no admite la comisión del delito por omisión, y este debe ser realizado por la posición de riesgo que asume el sujeto autor contraria al deber de cuidado, es decir como consecuencia de la infracción del deber de cuidado.

Considera la imprudencia corresponde al lado Subjetivo de la Tipicidad por Imprudencia, la cual se caracteriza según el autor en la ausencia de dolo.

PEREZ BARBERA, Gabriel (2010) El Dolo Eventual, establece sobre la conceptualización del dolo (eventual) y de la imprudencia dentro del sistema, aclarando que conforme lo establece el profesor JAKOBS lo que diferencia es la ausencia de conocimiento, entendido esto como Psíquico, considerando el autor que el tratamiento señalado constituye un beneficio o atenuación por defectos volitivos, por ende no debe ser permitido.

RODRIGUEZ HURTADO, Mario Pablo: Manual de Casos Penales (2008) establece el concepto de Culpa, conforme lo establece el art. 11 del Código Penal estableciendo en principio conforme a nuestra legislación señala que son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley. Agregando que corresponde la imputación a una persona por la comisión (actuar) negligente, ello se debe a que el autor o sujeto agente omite su deber su deber objetivo de cuidado.

Admite la infracción del Deber Objetivo de cuidado, clasificando como la inobservancia del cuidado, sin que medie ninguna causa de justificación, la cual la configura de dos formas:

- a) El deber de cuidado interno, peligros que pueden ser percibidos por el sujeto agente
- b) El Deber de Cuidado Externo, relacionado directamente con las normas externas “ previas a los hechos” el mismo que se da en tres posible casos:
 - Imprudencia: Cuando de manera confiada el agente no actúa con la atención y/o acuciosidad debida para evitar el peligro

- Impericia: Cuando la lesión al deber objetivo de cuidado ocurre por una evidente falta de preparación técnica
 - Negligencia: Cuando no se tornan las previsiones mínimas necesarias ante una determinada situación que puede resultar peligrosa
- c) Deber Subjetivo de Cuidado: lo evaluable en este aspecto es el nivel de previsibilidad del sujeto autor, que la infracción del deber haga previsible la lesión al bien jurídico.

Considera el autor que en accionar del sujeto agente debe percibir la obligación del cumplimiento, ello necesariamente implica un aspecto subjetivo desde el punto de vista del autor, quien conoce las disposiciones normativas precedentes y su obligación de cumplimiento para una convivencia social en el marco de la legalidad, sin embargo y a pesar de ello su accionar externo lo realiza sin el debido cuidado bajo cualquiera de las formas, contra la ley (imprudente) con ausencia de conocimiento técnico (Impericia), negligencia (sin previsiones protocolares y/o conocimientos científicos) teniendo como resultado la lesión al bien jurídico (Vida o la salud).

2.3.4. Intervención del Estado en Procedimientos de Salud

El Estado Peruano emite normas en materia de Salud con el objetivo de brindar atención de salud, ante ello ha emitido la Resolución Ministerial N° 1021-2010-MINSA Guía Técnica de Implementación de la Lista de Verificación de la seguridad de la Cirugía, cuya finalidad como así lo indica en el

documento normativo es disminuir los eventos adversos asociados a la atención de los pacientes en sala de operaciones y recuperación en establecimientos de salud.

Como vemos es una realidad problemática la existencia de situaciones adversas relacionadas directamente con la intervención quirúrgica efectuadas de profesionales médicos con consecuencias fatales y lesiones al cuerpo y la salud, que ha merecido la atención por parte del Estado a través del Ministerio respectivo.

Considera un evento adverso, a todo hecho o accidente que causeo podría causar daño al paciente sea por las condiciones de asistencia o del propio estado de salud del paciente, y con ello se genere un efecto adverso a la salud del paciente.

Se puede verificar en el documento que la lista de verificación cuenta con la designación de profesionales médicos especializados y profesional que conforme parte de atención de calidad en la Institución de Salud que no tengan la calidad médico, la preocupación mayor constituye en verificar el cumplimiento de las obligaciones (lista) que deben cumplir antes de proceder a efectuar una intervención quirúrgica, entre ellas tenemos de manera general:

Estrategia de Cirugía Limpia que implica lavado e higiene correcta de las manos del personal que interviene en el acto médico, uso apropiado de antibióticos, preparación de la piel, anestesia segura por un profesional entrenado, uso de pulsioxímetro, monitoreo, control de presión, temperatura.

Todo ello en tres procesos de verificación denominados procedimientos de entrada, pausa quirúrgica y salida.

La cual explicamos a continuación

a) Fase de Entrada

La cual se complementa con la de aplicación de anestesia, requiere la presencia de médico cirujano, anestesiólogo y enfermera.

- Confirmar la identificación del paciente, procedimiento quirúrgico a ser sometido
- Confirmación del consentimiento del paciente a la cirugía y anestesia
- Marcación del sitio quirúrgico
- Chequeo completo de seguridad anestésica
- Pulsioximetría en el paciente
- Conocimiento de existencia de alergias en el paciente
- Verificar si tiene dificultad para respirar
- Riesgo de pérdida de más de 500ml de sangre en el procedimiento quirúrgico.

b) Fase de Pausa Quirúrgica

La que se toma el equipo justo antes de iniciar la incisión en la piel, y verificar si se han efectuado los controles de seguridad esenciales

- Confirmar identificación del paciente por parte del equipo de verificación
- Cumplimiento de protocolo de asepsia por el personal que interviene en el acto médico.(miembros del equipo)

- Profilaxis antibiótica administrada 60 minutos previos a la intervención, para reducir riesgos de infección quirúrgica
- Previsión de accidentes críticos por parte del cirujano y el anestesiólogo
- Visualización de imágenes esenciales
- Procede a la intervención Quirúrgica

c) Fase de Salida

Se cumple antes de retirar el campo estéril y haber verificado la preparación final de la herida y antes que el cirujano abandone la sala de operaciones.

- Cirujano revisa todo el equipo, condiciones de salud del paciente, atención y procedimiento intraoperatorio y post operatorio cuidado de la herida.
- El anestesiólogo revisa todo el equipo y condición del paciente al momento de culminar la operación
- La enfermera revisa todo el equipo, por ejemplo en recuento de las gasas que se han utilizado en el procedimiento quirúrgico e instrumental
- Identificación de muestras biológicas

Como se puede advertir el procedimiento de operación tiene protocolos de obligatorio cumplimiento por parte de los profesionales médicos y de enfermería que son parte del equipo de intervención, sin embargo efectuada las consultas se ha llegado a establecer que en los Hospitales Público los médicos responsables por especialidad y Unidad elaboran y

presentan un protocolo a la Dirección del Hospital los cuales son aprobados y puestos en ejecución.

Lo contrario se ha podido efectuar la consulta en caso los Hospitales del Seguro Social – EsSalud los protocolos son institucionales, es decir ya están establecidos, y cada unidad adapta a su realidad.

Sin embargo en casos de emergencia social como es por ejemplo la Pandemia por COVID19

El Estado es capaz de unificar criterios de atención, en casos de problemas de salud situacionales y territoriales, existe un comité Epidemiológico que contribuye a la elaboración de protocolos de atención médica.

Como vemos no es solo una actividad que le corresponda al Estado en general, sino que puede efectuarse protocolos por Comités Epidemiológicos, por los propios médicos especialistas que luego son aprobados por la Dirección del Hospital

2.3.5. VIGENCIA DEL TIPO PENAL DE HOMICIDIO CULPOSO Y LESIONES CULPOSAS EN NUESTRA LEGISLACIÓN

Nuestra legislación penal vigente desde su origen con el Código Penal vigente desde el mes de abril del año 1991, incorpora los artículos 111 referido al delito de homicidio culposo y el art. 124 referido al delito de lesiones culposas.

Respecto al primero de los tipo penales referidos la tipicidad incorporada establece básicamente que la persona que por culpa ocasiona la muerte de

una persona se impondrá la pena privativa la libertad no mayor de años, y asimismo precisa que en los casos la existencia de varias víctimas o cuando el delito resulte de la inobservancia de reglas de profesión, ocupación o industria la pena será no menor de dos años ni mayor de seis años

Por Ley N° 27753 de fecha 23 de mayo del año 2002, se modifica la norma y se incorpora el supuesto jurídico que establece que si el hecho se comete cuando el sujeto se encontraba conduciendo un vehículo en estado de ebriedad, superior a 0.50 gramos por litro de sangre, o cuando el delito se comete por infracción de las reglas de tránsito, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro año ni mayor de ocho años y con inhabilitación conforme al artículo 36 del Código Penal

Asimismo modifica la pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de cuatro años respecto a los casos en las que el delito se cometa por infracción de las reglas de profesión, ocupación o industria, y en los casos que exista varias víctimas la pena será no mayor de seis años

Luego de ello por Ley N° 29439 de fecha 19 de noviembre del año 2019, se modifica la norma en el extremo que en casos de infracción de reglas profesión, ocupación e industria le pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años

Asimismo incorpora que en los casos de conducción de vehículos de servicio público cuando el sujeto tiene más de 0.25 gramos por litro de

sangre la pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al art. 36 del Código Penal

Como se puede apreciar nuestra legislación penal ha merecido modificaciones respecto al tipo base incorporado en el Código Penal que entró en vigencia en el mes de abril del 1991.

Misma situación que se advierte de la vigencia inicial del artículo 124 del Código Penal respecto al delito de lesiones culposas, cuya vigencia señalaba que si el delito se comete por culpa la pena privativa de la libertad será no mayor de un año y en caso las lesiones sean de naturaleza grave la pena será no menor de uno ni mayor de dos años

Por ley N° 27753 de fecha 09 de junio del año 2002 se incorpora cuando el delito se comete por infracción de las reglas de profesión, ocupación o industria, y cuando las víctimas sean varias personas la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al artículo 36 del Código Penal.

Por Ley N° 29439 de fecha 19 de noviembre del año 2009 se incorpora la norma que establece que en los casos que el delito se cometa cuando el sujeto conduce vehículo motorizado en estado de ebriedad mayor a 0.50 gramos por litro de sangre en casos de vehículos privados y en caso de servicio público estado de ebriedad superior a 0.25 gramos por litro sangre, y asimismo por infracción de la reglas de tránsito.

Como se puede verificar ambas normas vigentes al año 1991 han sido modificadas con la finalidad de agregar conductas agravadas y en su caso incrementar la pena privativa de la libertad abstracta, basándose en realidades sociales como lo es personas que conducen vehículos en estado de ebriedad o que infraccionan las reglas de tránsito, y que eventual y lamentablemente atropellan ciudadanos produciéndole la muerte o lesiones al cuerpo y la salud.

El presente trabajo se basa en datos de la realidad que se obtienen de los medios de prensa publicados en las páginas web

2.4. Sistema de Hipótesis – Variables e indicadores – Cuadro de Operacionalización de Variables

Las actividades de riesgo como las intervenciones médicas orientadas a preservar la vida o la salud de las personas deben ser ejecutadas observando las reglas de la profesión médica y su inobservancia deben ser necesariamente sancionadas como homicidio culposo o lesiones culposas agravadas demostrativas del no cumplimiento de responsabilidad profesional.

2.4.1. Variables Operacionalización de Variables

Variables

Incorporación a nuestra legislación penal los tipos penales de Homicidio Culposo Agravado y Delito de Lesiones Culposas Agravadas por inobservancia de las Reglas de Profesión Médica

Definición Conceptual

La inobservancia de las reglas de profesión médica por negligencia hace previsible la lesión al bien jurídico vida o cuerpo y la salud, por ende debe ser incorporado a la legislación nacional como fórmula agravada.

Operacionalización de Variables

La tipificación como fórmula agravada del delito de negligencia médica, cumple una función disuasiva en beneficio de la sociedad.

Dimensión

Corresponde a Delitos de infracción culposa agravada por infracción del deber de cuidado, negligencia y teoría de la previsibilidad.

III.- METODOLOGÍA EMPLEADA

3.1. Tipo y Nivel de Investigación

3.1.1 De acuerdo a la Orientación o finalidad: Aplicada.

Por la finalidad de la investigación es Básica porque los conocimientos se concentrarán en la elaboración de un marco teórico, el cual será desarrollado en función a la información que se obtenga, el objetivo de este tipo de investigación es lograr incrementar los conocimientos científicos, pero sin llegar a una aplicación en la realidad. (Muntané, 2010)

En la investigación ello se realizará con la producción del marco teórico y demás aspectos del trabajo, respecto a variables de negligencia médica, detallando los conceptos, características y demás cuestiones, así como respecto del derecho a la salud, en relación a contenido, características, protección, entre otras cuestiones.

3.1.2 Por su profundidad:

Teniendo en cuenta su profundidad, este tipo de investigación es Descriptiva porque la investigación se fundamenta en el análisis del fenómeno que se pretende su estudio, para comprender el problema mediante la observación para la descripción de las características del problema que es centro del estudio

En la investigación se describirá las características, componentes de cada una de las variables del problema, siendo necesario no solo la comprensión de la negligencia como figura jurídico penal subjetiva de

responsabilidad penal, sino y sobre todo en que consiste la infracción del deber de cuidado como marco continente de la negligencia médica que afecta el derecho a la salud como derecho individual y social de la persona reconocido en el sistema jurídico interno e internacional.

3.1.3. Por su naturaleza:

Teniendo en cuenta la naturaleza de la investigación su enfoque será cualitativo porque se aplicaran técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos importantes y relevantes para la contrastación de la hipótesis planteada (Hernández, R., Fernández, C y Baptista, L. , 2010)

3.1.4 De acuerdo a la Técnica de Contrastación: Explicativa.

a) Por su profundidad: Es un proyecto descriptiva en la cual se debe efectuar el análisis de la información y del fenómeno jurídico advertido

b) Por su Naturaleza: Es un proyecto es una investigación Cualitativa, con la finalidad de obtener datos, analizar e interpretar la información y con ello contrastar la hipótesis formulada

3.2. Población y muestras de Estudio

Se trata de un análisis no estadístico de tipo conceptual por ende la muestra está referida a la identificación de contenido teórico relacionado específicamente con los delitos culposos tipificados en nuestra legislación sustantiva contemplados en el Código Penal y la

incorporación de agravante en los casos de infracción del deber de cuidado por negligencia médica.

Por ende en la presente investigación se puede verificar mediante obtención de muestras las cuales consisten en la obtención de datos cualitativos obtenidos de los medios de prensa y de caso publicado por el Ministerio Público referidos a problemas que acarrea la negligencia médica y la infracción de protocolos médicos generales y de especialidad en la afectación del derecho a la salud y la necesidad de establecer un tipo penal agravado que sancione dichas omisiones lesivas del referido bien jurídico.

3.2.3. Casos de Negligencia Médica

Caso de Diana Kimberly Pescorán Alagón quien ingreso a una Clínica para un procedimiento de liposucción y murió a consecuencia de una encefalopatía aguda irreversible, según la necropsia. Fecha 16 de noviembre del 2022

<https://elcomercio.pe/lima/policiales/san-borja-una-joven-muere-tras-realizarse-una-liposuccion-y-familiares-denuncian-negligencia-medica-diana-pescoran-alagon-elmer-arroyo-rmmn-noticia/>

Casos Varios de Negligencia

- Mujer que acudió a Hospital para operación de vesícula y término con el intestino perforado, fallece producto de negligencia, fecha 11 de noviembre del 2022
- Hombre murió durante operación de manga gástrica en clínica y su familia denuncia negligencia médica, fecha 18 de setiembre del 2022
18/09/2022
- Se sometió a una cirugía estética triple, quedó en coma por tres meses y murió por una bacteria
26/07/202208:30
- “Me han sacado una parte del intestino delgado”: mujer denuncia que le dejaron gasa en el vientre tras cesárea
25/07/202213:34
- Iquitos: joven fallece tras someterse a una liposucción en clínica clandestina
- La información corresponde a publicaciones efectuadas por el diario El Comercio conforme al enlace que se adjunta al presente trabajo, verificándose casos de negligencia médica denunciados por medio de la prensa escrita correspondiente a años previos 2021, 2020, 2019 etc.

Enlace

<https://elcomercio.pe/noticias/negligencia-medica/>

Asimismo de la Página del Ministerio Público se ha obtenido la información siguiente:

Condenan al Médico Marco Antonio Juárez Juárez como autor del delito de Homicidio Culposo a pena privativa de la libertad de un año suspendida en su ejecución por el plazo de 1 año imponiendo reglas de conducta conforme al art. 58 del Código Penal, por haber actuado con negligencia al haber causado la muerte de una paciente a la que atendió por cesárea en una clínica privada de Arequipa, señalando que la infracción de cuidado y reglas de profesión y actuación negligente omitiendo cumplir con su deber de cuidado que consiste en controlar la evaluación de la paciente y evidenciar los signos post operatorios ante cualquier contingencia. Actuando con un retraso de 3 horas desde que la paciente presentó complicaciones hasta decidir acudir a un centro de salud, no contar con riesgo quirúrgico ni evaluación preanestésica

<https://www.facebook.com/reel/1099541954096889?mibextid=6AJuK9&s=chYV2B&fs=e>

3.3. Diseño de Investigación

El presente trabajo se trata de una tesis cualitativa en la que se obtienen datos teóricos, se efectúa un análisis que permitirá dar respuesta a la problemática surgida y comprobar la hipótesis formulada

3.4. Técnicas e Instrumentos de Investigación

Fichaje Bibliográfico:

Constituye una técnica que permite recoger la información, y es propicio para la selección, organización, el citado y la confrontación de los datos que se obtengan de los textos. Por tanto, es eficaz para la investigación (Calero, 2008)

En la investigación se aplicará el fichaje para recabar información de los libros que son de la especialidad de derecho penal que traten el tema de la negligencia, la teoría de la tipicidad, el derecho a la salud, entre otros temas que están relacionados al problema de estudio

FICHA DE RECOLECCION DE DATOS

La ficha es el instrumento que permitirá la recolección eficaz y ordenada de la información que es relevante para el asunto que se está estudiando (Calero, 2008)

En la investigación se ha procedido a utilizar las fichas para recoger información de los libros de derecho penal, utilizándose las fichas de resumen para registrar los conceptos más importantes de cada texto, y las fichas de paráfrasis para plantear ideas de los autores explicándose con las propias palabras del investigador

De la misma forma la muestra obtenida consiste en la toma de muestras de información periodística obtenida de las páginas de internet, cuyos enlaces se detallan en la presente información.

3.5. Procesamiento de Datos.

Uso de métodos con la finalidad de efectuar el proceso de análisis de los datos obtenidos en el proceso de investigación como son:

- **Deductivo:**

Este método constituye un proceso de elaboración de un razonamiento que va a partir de una verdad que es universal a fin de lograr obtener conclusiones particulares (Maya, 1997)

En la investigación ello se podrá realizar para la elaboración de las conclusiones finales vinculados al problema, luego de todo el proceso de investigación.

Pues el problema parte de las abstracciones jurídicas que protegen el derecho a la salud y los sucesos de las negligencias médicas que las vulneran, siendo estas las variables de las que se procederá a obtener las conclusiones

El Derecho a la salud es reconocido en todos los Instrumentos Internacionales sobre Protección a los Derechos Humanos, que ha sido incorporada por la Constitución Política del Perú, y que se implementa a través de políticas públicas, y permitiendo la

participación de la salud privada, todo ello con la finalidad de cubrir las necesidades de la población.

Es a partir de ello que la atención individual por los profesionales de salud requiere el cumplimiento de los protocolos generales y de especialidad con la finalidad de proteger la vida y la salud de la población

El incumplimiento de las mismas implica una infracción del deber de cuidado, siendo posible imputar a título de negligencia que genera la lesión al bien jurídico.

Por ello la necesidad de considerar la negligencia médica bajo el contexto señalado como agravante del delito de homicidio y/o lesiones agravadas

- **Inductivo:**

Mediante este método se elaborará un razonamiento partiendo del análisis de hechos singulares para lograr establecer las leyes que lo contengan (Hernández, R., Fernández, C y Baptista, L. , 2010)

En la presente investigación se realizará un estudio del problema de la negligencia médica que se genera en la realidad, y ello con la finalidad de establecer los criterios que sustenten la responsabilidad penal por tal suceso por afectar derechos fundamentales de las personas como el derecho de la salud

- **Analítico:**

Este método es aquel que consiste en la disgregación del problema que se investiga, en consecuencia, se procede a descomponer el problema en los elementos, para así poder observar las causas, efectos, etc. y luego de ello examinar para comprender mejor y lograr plantear en base a ese conocimiento teorías nuevas (Lopera, J, Ramirez, C, Zuluaga, M. y Ortiz, J., 2010)

En la investigación se realizará, por tanto, un análisis de los elementos de la negligencia médica y la vulneración que ello genera en el derecho a la salud de las personas, analizando cada aspecto del problema descrito

- **Sintético:**

Mediante este método se procederá al análisis y síntesis de la información que se ha recopilado, para de este modo, lograr constituir las ideas (Maya, 1997)

En la investigación ello se concretará mediante el estudio minucioso de cada elemento del problema planteado para la investigación la negligencia médica y la vulneración que genera en el derecho a la salud de las personas, para luego plantear las conclusiones

- **Hermenéutico:**

Es mediante este método que se realiza la interpretación de los institutos jurídicos que están vinculados al problema que se investiga, logrando determinar los criterios o las razones que establezcan la solución (Ruedas, M., Ríos, M. y Nieves, F. , 2009)

En consecuencia, es mediante este método que en la investigación se ha de interpretar los alcances de la negligencia médica frente a la vulneración que genera al derecho a la salud de las personas, con la finalidad de lograr establecer una solución coherente

IV.- PRESENTACION DE RESULTADOS

4.1. Propuesta de Investigación

El presente trabajo concluimos en la necesidad de incluir en nuestra legislación penal sustantiva agravante por el delito de Homicidio culposo y agravante por el delito de lesiones culposas por infracción del deber de cuidado en casos de negligencia médica, por ende no corresponde proponer una propuesta de investigación por ser concluyente.

4.2. Análisis de Interpretación de Resultados

En el presente trabajo se llega a establecer la definición de delito imprudente o de infracción culposa, que como se manifestó oportunamente no se encuentra la definición conceptual en la ley penal sustantiva, en efecto conforme se verifica en los artículos 11 y 12 del Código Penal establece que en nuestra realidad jurídica se considera como delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas así lo establezca son penadas por ley, agregando que al agente de infracción culposa será sancionado cuando el código señale de manera específica se trata de una conducta culposa.

Lo cual nos genera un primer marco de análisis, ¿en qué constituye delito culposo conforme al modelo finalista que tiene el Código Penal Peruano de 1991 vigente a la fecha?, en principio tenemos que efectuar la precisión que al señalar que se trata de un modelo finalista significa que la finalidad del derecho penal constituye en la protección al bien jurídico como base de la

protección del derecho penal, por ello cualquier acción tendiente a lesionar con conocimiento (Dolo) o por infracción del deber de cuidado (culpa) constituye un delito que merece una sanción de pena privativa de la libertad conforme lo establece el art. 28 de nuestra legislación sustantiva.

Conforme se ha efectuado la anotación en el presente trabajo la definición conceptual de dolo no se encuentra incluida en nuestra legislación, en el art. 14 primer párrafo del Código Penal establece en contrarium sensu establece que el error de tipo penal constituye el desconocimiento de uno o más elementos del tipo penal objetivo, y como se afirma el dolo por el contrario viene a ser que el sujeto agente al momento de desplegar la acción u omisión tiene conocimiento de cada uno de los elementos objetivos del tipo penal, es decir y básicamente que su acción u omisión será capaz de lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido por el tipo penal.

De manera muy breve establecemos lo que nos indica la teoría del derecho penal en el sentido de la existencia de la denominada:

a) Dolo Directo, donde el sujeto tiene conocimiento que su acción u omisión lesiona o pone en peligro al bien jurídico protegido por el tipo penal, en los casos de homicidio simple por ejemplo, el sujeto agente idea, delibera, decide cometer el hecho, consigue los instrumentos que le permitan realizar el hecho, ejecuta el delito, es decir realiza la acción tendiente a lesionar la vida del sujeto agraviado, y finalmente consuma o llega al resultado buscado que es la muerte del sujeto agraviado, allí se

puede verificar de manera clara y precisa el conocimiento directo de la realización de los elementos del tipo penal objetivo.

- b) Dolo Indirecto o de consecuencias necesarias, en la que se presenta un doble sentido el primero buscado o deseado por el sujeto agente y un segundo que lo asume como necesario, es el caso del delito de Terrorismo, que busca afectar la tranquilidad y seguridad de la sociedad en su conjunto, pero que a su vez considera como necesaria la lesión de otros bienes jurídicos como son la vida el cuerpo y la salud los bienes de las personas que integran o forman parte de la sociedad.
- c) Finalmente el Dolo Eventual, en la cual la acción del sujeto agente existe una alta probabilidad de lesionar un bien jurídico protegido por la ley, como es el caso de manejar a a excesiva velocidad en una zona universitaria, cuando el semáforo esta en rojo y en verde para los estudiantes, es evidente que existe una alta probabilidad que los alumnos que están con luz verde ingresaran y cruzaran la pista para llegar al extremo y se produce el impacto produciendo lesiones a la vida o al cuerpo y la salud.

Pues hasta esta línea de interpretación, el Código Penal tampoco establece o señala el que consiste el delito culposo, por ende las categorías sustantativas establecen no se trata de un delito donde el sujeto agente busca la comisión del delito, sino por el contrario esta se realiza por:

- a) Infracción del deber de cuidado, esta es fundamental en el sentido que el cumplimiento de las reglas de cuidado por parte del sujeto

agente constituye un hecho atípico y por ende no constituye delito, y por ende no procede apertura de proceso de investigación y/o restricción de derechos fundamentales personales como la libertad ambulatoria y/o reales en el caso de medidas cautelares contra bienes patrimoniales, por el contrario la existencia de norma previas o protocolos previos que establecen procedimientos de obligatorio acatamiento con la finalidad que su cumplimiento disminuya el riesgo de lesionar bienes jurídicos, y por el contrario su falta de cumplimiento o infracción de las normas previamente establecidas incrementan el riesgo de lesión de bienes jurídicos como la vida el cuerpo y la salud.

Ejemplo de ello constituye la conducción de un vehículo automotor, la cual ya es per se una actividad riesgosa, que cualquier persona que tenga la necesidad de realizar dicha actividad debe requerir al Estado a través del Ministerio de Transportes el otorgamiento de licencia de conducir, previo proceso de evaluación física, psicológica, de conocimiento y manejo conforme a los protocolos o normas previamente aprobadas por el Estado

Solo así podrá obtener la autorización que le permita proceder como tal, pero asimismo dicha actividad requiere de manera obligatoria contar con un seguro obligatorio contra accidentes de tránsito como condición para proceder, asimismo contar con revisión técnica anual para el caso de vehículos que tenga una antigüedad mayor a tres

años, pero no es todo, sino que consideramos que nada se lograría, si una persona que cuenta con licencia, con SOAT vehicular y revisión técnica, infringe las reglas de tránsito como son las máxima velocidad en las vías nacionales, y conduce un vehículo a excesiva velocidad impactando a otro y produciendo lesiones en el conductor y pasajeros de otra unidad vehicular.

Por ello es que el primer elemento que se debe tener en consideración en el establecimiento del delito culposo es que conociendo el ciudadano la existencia de reglas de contenido obligatorio, infringe estas reglas, produciendo una lesión a dos bienes jurídicos de tal importancia como la vida y el cuerpo y la salud.

Es nuestro código Penal en este sentido en los artículos 111 párrafos dos y 124 Párrafo tres del Código Penal establece que si el delito se produce porque sujeto responsable no observa las reglas de profesión, se le impondrá pena privativa de la libertad.

Conforme se puede verificar nuestra legislación sustantiva en términos generales señala que la infracción de las reglas de profesión y como consecuencia de ello produce la lesión de bienes jurídicos vida y/o salud merece la imposición de pena privativa de libertad no menor de un año, no mayor de seis años en caso de homicidio culposo y no mayor de cuatro años si se trata de lesiones culposas, lo cual conforme al art. 57 del Código Penal en caso la

pena privativa de la libertad a imponer sea de cuatro años y que el procesado tenga un comportamiento procesal adecuado, no por la lesión al bien jurídico, le podría corresponder una pena suspendida a pesar producir la muerte de personas o generar lesiones graves como es poner en peligro la vida de la víctima o que requiera de 20 días a más de atención médica facultativa o descanso médico.

Me explico, conforme a nuestra legislación penal sustantiva el art. 57 establece que el Juez está facultado para imponer una pena privativa de la libertad de carácter suspendido, es decir, no ejecutar la pena en un establecimiento penitenciario, las condiciones que establece nuestra normatividad es que la pena no sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad, como segundo y fundamental requisito es el comportamiento procesal que tenga el procesado es decir sus condiciones personales, personalidad, modalidad del hecho punible, naturaleza del delito, hagan inferir al Juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito.

Ello es verificado por el Juez y en los casos de prognosis positiva procede la imposición de una pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución, imponiendo conforme al art. 58 del Código Penal reglas de conducta que debe cumplir bajo apercibimiento de amonestación, prórroga de la suspensión de la pena e inclusive la revocatoria de la suspensión de la pena y su conversión a pena

privativa de carácter efectivo y su cumplimiento en el establecimiento penitenciario.

Esta norma es aplicable por ende a todos los casos en los que se infracciona el deber de cuidado con resultado muerte o lesión al cuerpo y la salud, pudiendo imponerse una pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución.

En el presente trabajo consideramos que respecto a las profesiones que deban tener normas previas que protejan la vida, el cuerpo y la salud de los trabajadores, son absolutamente necesarias, pero estas se dan en el marco de la actividad laboral, ocupacional etc. Es decir las personas o trabajadores no tienen problemas de salud que atender de manera prioritaria, sino que se les brinda protocolos de seguridad con la finalidad de colocar en riesgo la vida y la salud.

A diferencia en los casos donde personas que se encuentran con afectaciones a la salud, acuden a los establecimientos de salud, ya con problemas que afectan la salud de las personas buscando la atención de profesionales de salud, de acuerdo a la especialidad que corresponda, por ejemplo oncología, y dentro de ello médico cirujano oncológico, que en el marco de la especialidad verifican la presencia de problemas de salud, a través de una serie de estudios a los que son sometidos los pacientes con la finalidad de establecer si tienen o no un tumor y este resulta siendo oncológicamente maligno y/o benigno, en el primer caso si estos han tenido contacto con los

bordes de la persona y verificar a través de estudios si la enfermedad se ha diseminado en el organismo del mismo.

Allí por ejemplo se han presentado dificultades en los estudios realizados, por ejemplo someter a una persona con problema oncológico en el seno se procede a efectuar una operación de extracción de tumor que tenga contacto con los bordes sin efectuar los estudios necesarios que permitan al médico especialista proceder quirúrgicamente, dicha situación hace que la enfermedad se disemine a través de los ganglios por el cuerpo de la paciente con resultado grave para la salud y en casos acelerar el proceso oncológico con metástasis en otras partes del cuerpo.

Evidentemente estamos frente a un problema de infracción del deber de cuidado, en tanto el proceso oncológico no puede ser visto de una manera general sino a través de estudios específicos a los que es sometido el paciente con la finalidad de verificar su real estado de salud y proceder como se indicó a la intervención quirúrgica sin riesgo para la salud del paciente.

En dicho caso se puede verificar que el profesional médico, ha cumplido con los protocolos médicos y estudios necesarios con la finalidad de minimizar el riesgo al paciente, por ende no se ha cometido ninguna infracción al deber de cuidado, y por ende no se puede imputar negligencia en el accionar realizado.

Sin embargo, ante la existencia de casos en los que el médico cirujano, no realiza los estudios necesarios e interviene quirúrgicamente al paciente se lo esta colocando en una situación de alto riesgo de diseminación por procesos de metástasis en clara afectación a la salud y la vida del paciente, en estos casos si es posible señalar que el médico especialista ha infringido el deber de cuidado y por ende es factible la imputación a título de negligencia.

Por ende se trata de personas que ya tienen afectaciones serias a la salud y que requieren la atención de profesionales que no solo le brinden instrumentos para su seguridad personal, sino que le brinde sus conocimientos para recuperar la salud que se encuentra afectada por ende no pueden ser verificada u homologarse las actividades profesionales en general con la profesión médica y en específico las especialidades médicas.

Consideramos que existe una mayor exigencia como riesgo el solo brindar instrumentos de seguridad, a indicar tratamientos y/o procedimientos e intervenciones médicas que permitan la recuperación de la salud de las personas

La primera es una situación técnica básicamente, mientras que en la segunda se trata de conocimientos no solo de naturaleza técnica sino conocimientos científicos desde la ciencia médica.

Por esta razón es que consideramos que si bien nuestra legislación penal sustantiva contiene en los artículos 111 y 124 los delitos de homicidio culposo y/o lesiones culposas, no es la misma situación la obligación de proteger a través de procesos de seguridad laboral la vida de personas que se encuentran en pleno uso de sus facultades físicas y psicológicas, que proteger la vida y la salud de pacientes que muchas veces ya acuden a los centros de salud con afectaciones graves, más aun teniendo en consideración que el en Perú si bien constitucionalmente se reconoce el derecho a la salud art. 11 de la Constitución Política, no todos los ciudadanos tienen la posibilidad de contar con un seguro obligatorio o regular en el sistema de seguro social EsSalud, con el que la gran mayoría de la población no cuenta por ello el Ministerio de Salud a través de los hospitales públicos, y un número menor que cuenta con recursos con la finalidad de acudir a una clínica y atención médica particular, no deben existir diferencias en la atención médica en ningunos de los estamentos señalados, sin embargo conocemos de las falencias de los sistemas de salud pública y la gran cantidad de atenciones que diariamente se presentan en los hospitales generalmente del Estado. Ello puede producir el relajamiento en el cumplimiento de los protocolos y reglamentos médicos que permitan proteger y reducir el riesgo de lesión a los bienes jurídicos señalados.

Esto conlleva a una exigencia mucho mayor en el caso de las atenciones médicas y el personal que se involucra en ello, precisamente por tratarse de personas o pacientes que encima de tener una afectación a la salud, no se cumple con los protocolos médicos de oportunos.

Asimismo hemos verificado que conforme al art. 111 Segundo Párrafo y artículo 124 Tercer Párrafo referido a la infracción de reglas genéricas de la profesión, se impone pena privativa de la libertad de escaso valor respecto al valor vida y/o cuerpo y la salud, y no se coloca pena principal la de inhabilitación conforme al inciso 4 del Código Penal, lo cual resulta absolutamente necesario en los casos establecidos en el presente trabajo.

4.3. Docimasia de Hipótesis

Las actividades de riesgo como las intervenciones médicas orientadas a preservar la vida o la salud de las personas deben ser ejecutadas observando las reglas de la profesión médica y su inobservancia deben ser sancionadas necesariamente como delitos de homicidio agravado o Delito de lesiones culposas agravadas con pena privativa de la libertad e inhabilitación, demostrativas de incumplimiento de responsabilidad profesional.

V.- DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Como se ha sostenido en el presente trabajo nuestra legislación penal sustantiva establece que la responsabilidad penal procede por acción u omisión dolosa o culposa,

Considerando que en el caso de los delitos dolosos se verifica que el sujeto agente realiza una acción u omisión con conocimiento de la realización de los elementos de la tipicidad objetiva, es decir conoce que su accionar concreto lesiona o pone en peligro al bien jurídico protegido, como en el caso de los delitos de homicidio simple su accionar está dirigido a lesionar la vida del sujeto agraviado.

Más allá de establecer la diferencia entre el dolo de consecuencias necesarias y el dolo eventual, no corresponde profundizar en este tema por razón que en ambos casos el sujeto agente o considera necesario la lesión a otros bienes jurídicos o considera que su acción tiene una alta probabilidad de lesión al bien jurídico protegido.

Mientras que por el contrario en los casos de delitos de infracción culposa o delito imprudente, delito culposo, como quiera que la doctrina ha señalado, nos encontramos frente a una situación distinta por la misma naturaleza del accionar del sujeto agente, en efecto en este tipo de delitos se debe tener en consideración lo siguiente:

a) Infracción del Deber Objetivo de Cuidado, la cual como se ha señalado consiste en reglas aprobadas previamente que su cumplimiento reducen el riesgo de lesión al bien jurídico vida y/o cuerpo y la salud.

Nuestra legislación establece que si el delito resulta de la inobservancia de las reglas de profesión, ocupación o industria, corresponde la imposición de pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de seis años.

En dicha disposición legal se incluye a todas las profesiones, ocupaciones e industrias que permiten la realización de actividad laboral, y de hecho no se limita exclusivamente a aquellas en las cuales se puedan verificar riesgos a dichos bienes jurídicos, obviamente también se encuentra la inobservancia de las reglas de profesión médica.

Una primera conclusión que se desprende de ello es que debemos separar los riesgos de la actividad laboral y los mecanismos de seguridad que reduzcan la misma, de los riesgos que generen la infracción de los protocolos médicos y la realización de estudios necesarios que permitan en primer término reducir la gravedad de la afectación al paciente sea esta por emergencia o urgencia.

Consideramos que incluir la infracción de deber de cuidado a título de negligencia médica en dicha disposición legal implica que de encontrarse responsable al médico responsable de la intervención o procedimientos médicos le podría corresponder una pena privativa de la libertad no menor de 1 años, y como se indicó esta conforme al art. 57 del Código Penal podría tener la calidad de pena suspendida en su ejecución, es decir el sujeto no se restringe su libertad ambulatoria a condición de cumplimiento

de ciertas reglas de conducta bajo apercibimiento de revocar la suspensión de la pena, y asimismo no se impone como pena principal la de inhabilitación conforme al art. 36 inciso 4 del Código Penal.

No se trata de un bien jurídico innoble, se trata de la vida y la salud de las personas que ya se encuentra afectada por problemas de salud y que busca en el sistema de salud público o privado una solución al problema que lo aqueja, por ende se trata de un bien jurídico que ya se encuentra afectado y que por la indolencia en el cumplimiento de protocolos y procedimientos médicos no obtiene la solución esperada sino por el contrario acentúa la lesión hasta extremos de perder la vida o quedar con problemas de salud graves como producto de dicha infracción.

Por ello sostenemos que en el caso de los profesionales médicos, el lado sensible de la salud afectada, requiere que el personal no solo tenga un adecuado conocimiento de los procedimientos y conocimientos de la ciencia médica, sino asimismo de los protocolos previamente establecidos por el Ministerio de Salud e inclusive el Sistema de Seguridad Social (Es Salud) razón por la cual no se puede equipar la responsabilidad penal por infracción o inobservancia de las reglas de profesión en términos generales. Es decir debe actuar con diligencia, prudencia, pericia y utilizando los medios ordinariamente adecuados para la realización de la atención médica y/o quirúrgica, lo cual permitiría sostener que actuó de acuerdo a su profesión médica y de producirse una muerte no producto de infracción del deber objetivo, no tenga responsabilidad penal aplicándose en este caso el

inciso 8 del artículo 20 del Código Penal obrar en cumplimiento de un oficio, la cual constituye una eximente de responsabilidad penal.

Sin embargo si su accionar se aleja del cumplimiento del deber objetivo se lo debe considerar un accionar negligente y al haberse lesionado el bien jurídico vida, esta consideramos debe incorporar como un tipo penal agravado que diferencie la responsabilidad de los médicos con la finalidad que se cumplan con los procedimientos y conocimientos médicos que permitan la protección de los bienes jurídicos vida, el cuerpo y la salud.

Mientras que ante el incumplimiento o inobservancia de las reglas de cuidado a título de negligencia se debe imponer una pena privativa de la libertad agravada no menor de cuatro años ni mayor de seis años y aplicar una pena de inhabilitación como pena principal y conjunta a la restricción a la libertad personal.

O en su caso considerar que en los casos en las que se trate de una infracción del deber de cuidado ostensiblemente grave la prohibición de la imposición de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución, correspondiendo la imposición de pena efectiva, conforme se encuentra vigente la última parte del art. 57 del Código Penal que prohíbe la imposición de pena suspendida para los delitos de corrupción de funcionarios, en los casos de delitos contra mujeres o integrantes del grupo familiar y lesiones leves en casos de violencia familiar en agravio de mujeres.

CONCLUSIONES

1.- Considero que en el caso de los delitos culposos, se debe precisar en primer orden en que consiste la infracción del deber de cuidado, las cuales constituyen reglas o normas de aplicación obligatoria por las personas en el marco de su accionar, sea este desde el punto de vista técnico, profesional.

2.- Una vez identificadas las normas y/o protocolos médicos de obligatorio cumplimiento recién estaremos en la condición de poder establecer si el accionar u omisión del profesional médico se ha producido a título de negligencia, siendo previsible la lesión al bien jurídico vida o el cuerpo y la salud.

3.- Que, las diferencias señaladas entre infracción del deber de cuidado en reglas de profesión, ocupación, implica la afectación a protocolos de seguridad en el trabajo que permitan disminuir el riesgo de lesión de los trabajadores y/o personal

4.- Que, en el caso de la infracción del deber de cuidado las normas previas y/o protocolos médicos relacionados a la atención de personas, tiene una naturaleza distinta, ya que esta implica brindar protección a problemas de salud previos a la atención facultativa, los cuales requieren conocimientos de técnica y ciencia científicos médica general y específica.

5.- Se debe incluir en nuestra legislación penal sustantiva agravante por infracción del deber de cuidado a título de negligencia médica en los delitos de homicidio culposo y lesiones culposas, incrementando la pena mínima a cuatro años no

menor de seis años y establecer como pena principal la de inhabilitación por el plazo de la condena conforme al art. 36 inciso 4 del Código Penal

RECOMENDACIONES

1.- Incorporar a nuestra legislación sustantiva una agravante que establezca el tipo penal de Delito de Homicidio Culposo y delito de lesiones culposas con la agravante por incumplimiento de protocolos médicos a título de negligencia, incrementando la pena abstracta vigente

2.- Propuesta de Incorporación en los artículos 111 Delito de Homicidio Culposo Cuarto Párrafo y artículo 124 Delitos de Lesiones Culposas Quinto Párrafo.

Art. 111

Cuarto Párrafo

“La Pena Privativa de la libertad será no menor de cuatro años ni mayor de 6 años e inhabilitación conforme al artículo 36 inciso 4, si la muerte se comete por infracción del deber de cuidado de reglas médicas a título de negligencia.

Artículo 124

Quinto Párrafo

“La Pena Privativa de la libertad será no menor de cuatro años ni mayor de 6 años e inhabilitación conforme al artículo 36 inciso 4, si la lesión se comete por infracción del deber de cuidado de reglas médicas a título de negligencia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografía

Altavilla, E. (1990). *La Culpa*. Bogotá : Themis.

Bacigalupo, E. (1998). *Principios del Derecho Penal Parte General, 5° Edición* .
Madrid : Akal.

Bramont- Arias, L. (1996). El Tipo Penal. *Derecho y Sociedad*.

Bustos, J. (1984). *Manual de Derecho Penal Español- Parte General*. Barcelona:
Editorial Aries.

Bustos, J. (2004). *Derecho Penal Parte General*. Lima : Ara.

Calero, M. (2008). *Técnicas de Estudio e Investigación* . Lima : San Marcos.

Fontan. (1998). *Derecho Penal Introducción y parte General*. Buenos Aires:
Abeledo Perrot.

García, j. (2011). La Responsabilidad Penal Médica. *Pensamiento Penal* .

Guzmán, F. (1998). El Acto Médico: Consideraciones Esenciales. *Médico Legal*
Revist Colombiana para los Profesionales de la Salud.

- Hassemer, W. (1990). Los Elementos Característicos de Dolo. *Crónicas Extranjeras*.
- Hernández, R., Fernández, C y Baptista, L. . (2010). *Metodología de la Investigación* . Chile: Mc Graw Hill.
- Lopera, J, Ramirez, C, Zuluaga, M. y Ortiz, J. (2010). El método analítico como método natural. *Nómadas Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*.
- Luzón, D. (1996). *Curso de Derecho Penal - Parte General*. Madrid: Editorial Universitas S.A.
- Maya, E. (1997). *Métodos y Técnicas de Investigación*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Mir, S. (1990). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: PPIJ.
- Montaudón, S. (2016). La responsabilidad penal en el ejercicio de la medicina. *Revista Sanidad Militar*.
- Muntané, J. (2010). Introducción a la Investigación Básica. *Revisiones Temáticas* .
- Muñoz, F y García, M. . (2007). *Derecho Penal Parte Generalm Setima edición* . Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nava, J. (2012). Doctrina y Filosofía de los Derechos Humanos : Definición,Principios, Características y Clasificaciones. *Razón y Palabra*, Número 81.
- Nuñez, R. (1974). La Estructura Jurídica del Delito Culposo. *Dialnet*.

- Peña, O. y Almanza, F. . (2010). *Teoría del Delito - Manual Práctico para su aplicación en la Teoría del Caso* . Lima: APECC.
- República, L. (9 de Agosto de 2019). *Trujillo: Denuncian presunta mala praxis en Hospital Belén*. Recuperado el 16 de noviembre de 2019, de La República: <https://larepublica.pe/sociedad/2019/08/10/trujillo-denuncian-presunta-mala-praxis-en-hospital-belen/>
- Reyes, I. (2015). Un Concepto de Riesgo Permitido Alejado de la Imputación Objetiva. *Revista Lus et Praxis*.
- Riú, J. (1981). *Responsabilidad Profesional de los Médicos*. Buenos Aires: Lerner Editores Asociados .
- Ruedas, M., Ríos, M. y Nieves, F. . (2009). Hermenéutica: La Roca que Rompe el Espejo. *Investigación y Posgrado, volumen 24, número 2*.
- Ruiz, A. (2010). Los Delitos Culposos. *Revista URP*.
- Salazar, B. y Quintana, R. . (2004). La mala praxis: Responsabilidad penal del profesional en medicina . *Revista de Medicina Legal*.
- Schone, W. (1983). El concepto de Omisión y la Negligencia. *Cuadernos* .
- Sogi, C, Cárdenas, M y Zavaleta, S. (2014). Denuncias éticas de médicos colegiados en Perú 1991- 2010: Frecuencia y Naturaleza. *Acta Médica Peruana, volumen 31, número 2* .
- Torrice, D. (7 de Febrero de 2018). *La Libertad: Dictan prisión efectiva para pediatra por negligencia médica*. Recuperado el 16 de Noviembre de 2019,

de La República: <https://larepublica.pe/reportero-ciudadano/1181713-la-libertad-dictan-prision-efectiva-para-pediatra-por-negligencia-medica/>

Varas, J. (2011). Responsabilidad médica y acto médico. *Revista Obstet. Ginecolol., volumen 6.*

Villa stein, J. (2008). *Derecho Penal - Parte General*. Lima: Grijley.

Villavicencio, F. (2004). Los Delitos Imprudentes de Comisión . *Derecho y Sociedad* .

Villavicencio, F. (2006). *Derecho Penal Parte General* . Lima : Grijley.

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal - Parte General*. Bueno Aires: Roque de Palma.

Salinas Siccha, Ramiro. (2003). Derecho Penal Parte Especial. GRIJLEY Tercera Edición, Lima

Peña Cabrera F. Alonso (2010). Derecho Penal Parte Especial. Tomo II. IDEMSA. Lima.

Bramont A. Luis.(1996) Manual de Derecho Penal Especial Tercera Edición. San Marcos – Lima

REATEGUI James, (2014) Manual de Derecho Penal Parte General. Pacífico. Lima

Pérez Barbera, Gabriel (2011) El Dolo Eventual – Hacia el Abandono de la Idea de Dolo como Estado Mental, HAMMURABI –Bs.Aires.

Hans – Heinrich Jescheck – Weigend, Thomas, (2014) Tratado de Derecho Penal
Parte General Volumen II, Instituto Pacífico, Lima.

Rodríguez Hurtado, Mario Pablo, (2008) Manual de Casos Penales, La Teoría
General del Delito E importancia Práctica en el Marco de la Reforma Procesal
Penal,

Cooperación Técnica Alemana.

Enlace

Código Penal España

<https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-penal-articulo-142/>

<https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-penal-articulo-152/>

Código Penal Colombia

https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130808_01.pdf

Código Penal Argentina

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#15>

Elaboración de Protocolos Clínicos

<https://www.elsevier.es/es-revista-atencion-primaria-27-articulo-protocolos-clinicos-como-se-construyen-14307>

Enlace de Muestras Obtenidas Casos de Negligencia Médica

Caso de Diana Kimberly Pescoran

<https://elcomercio.pe/lima/policiales/san-borja-una-joven-muere-tras-realizarse-una-liposucion-y-familiares-denuncian-negligencia-medica-diana-pescoran-alagon-elmer-arroyo-rmmn-noticia/>

Enlace Casos Varios

<https://elcomercio.pe/noticias/negligencia-medica/>

Caso Publicado por el Ministerio Público

<https://elcomercio.pe/noticias/negligencia-medica/>

ANEXOS

ANEXO N°01 Matriz de Consistencia

Título:			
<u>Problema</u>	<u>Objetivos y Justificación</u>	<u>Hipótesis</u>	<u>Metodología</u>
¿Se requiere la incorporación y tipificación del delito de Negligencia Médica por incumplimiento de reglas del deber de	Objetivos General Determinar la necesidad de la incorporación de la inobservancia de Reglas de Profesión Médica con resultado lesivo por	Las actividades de riesgo como las intervenciones médicas orientadas a preservar la vida o la salud de las personas deben ser ejecutadas	Enfoques: Cualitativo Tipos de Investigación: Según su fin: Básicas (Teóricas o Puras) y Aplicadas Según su

<p>cuidado como delitos de Homicidio Culposo y lesiones culposas agravadas respectivamente ?</p>	<p>negligencia como tipo penal de infracción culposa agravada en nuestra legislación nacional.</p> <p>Específicos</p> <p>Analizar en el marco de la Teoría Finalista, el delito imprudente por infracción del deber de cuidado objetivo.</p> <p>Analizar la institución de la negligencia en el ámbito penal, y su relación con la profesión médica y el accionar</p>	<p>observando las reglas de la profesión médica y su inobservancia deben ser sancionadas necesariamente como Delito de Homicidio culposo agravado Delito de Lesiones culposas agravadas, demostrativas del no cumplimiento de responsabilidad profesional.</p>	<p>alcance (o nivel de profundidad del conocimiento):</p> <p>Teórica Explicativa</p> <p>Diseño de Investigación</p> <p>Investigación Descriptiva Explicativa</p> <p>Técnicas e Instrumentos</p> <p>Recolección de Datos Análisis de Casos</p>
--	--	--	---

	<p>fuera del deber de cuidado.</p> <p>Analizar el contenido del Derecho a la Salud desde la perspectiva nacional e internacional, a fin de comprender la importancia de su protección frente a la infracción normativa y negligencias médicas.</p> <p>Proponer la incorporación como fórmula agravada de los delitos de</p>		
--	---	--	--

	<p>homicidio y lesiones culposas previstas en los arts. 111 y 124 del Código Penal respectivamente cuando se inobserven las reglas de profesión médica y que produzcan muerte y lesión en el agraviado.</p> <p>Justificación</p> <p>Teórica, que permita efectuar un análisis teórico de los fundamentos que permitan su incorporación como tipo penal</p>		
--	--	--	--

	<p>agravado.</p> <p>Jurídica, la necesidad de incorporar el tipo penal de Homicidio Culposo y lesiones culposas por infracción del deber a título de negligencia como fórmula agrava</p> <p>Práctica</p> <p>Se considera que la incorporación del tipo penal agravado permitirá aplicar sanciones de acorde a la infracción del deber de cuidado</p>		
--	--	--	--

	y la lesión a bienes jurídicos fundamentales y tener carácter preventivo		
--	--	--	--

ANEXO N°02 Matriz de Operacionalización

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	OPERANILIZACION	DIMENSION
-----------------	----------------------------------	------------------------	------------------

<p>Incorporación a nuestra legislación penal los tipos penales de Homicidio Culposo Agravado y Delito de Lesiones Culposas Agravadas por inobservancia de las Reglas de Profesión Médica</p>	<p>La inobservancia de las reglas de profesión médica por negligencia hace previsible la lesión al bien jurídico vida o cuerpo y la salud, por ende debe ser incorporado a la legislación nacional como fórmula agravada.</p>	<p>La tipificación como fórmula agravada del delito de negligencia médica, cumple una función disuasiva en beneficio de la sociedad.</p>	<p>Corresponde a Delitos de infracción culposa agravada por infracción del deber de cuidado, negligencia y teoría de la previsibilidad.</p>
--	---	--	---

