

DERECHO PENAL CENTRAL



La imprudencia profesional. Especial referencia a la previsión en el código penal ecuatoriano

Professional imprudence. Special reference to the provision in the ecuadorian penal code

RICARDO REYES VASCO

ID Director de Litigio Estratégico de la Fiscalía General del Estado

RESUMEN

La entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador en el año 2014, trajo consigo una serie de avances para el país, la inclusión en sus primeros 78 artículos de una parte general, y por supuesto adaptándose de una u otra forma a los sistemas penales de la mayoría de países que nos rodean. En el caso de la imprudencia, se reguló en el artículo 27, ya con un deber de cuidado como su núcleo, lo que quiere decir que el Código Penal toma la postura normativa de la imprudencia. En su parte especial, se tipificó la imprudencia profesional, pero solo en el ámbito del homicidio, lo curioso de esto es que la amenaza penal resulta ser menor que un homicidio imprudente normal, cuando tradicionalmente los legisladores de otros entornos se han decantado por establecer una punibilidad igual o mayor, puesto que, una de las justificaciones que brota para este motivo, es el mayor grado de preparación y el lugar en donde se desenvuelven profesionalmente. Justamente a lo largo de este manuscrito se abordaran las nuevas regulaciones de la imprudencia en el Derecho Penal Ecuatoriano así como criterios dogmáticos y jurisprudenciales sobre la imprudencia profesional, que obligan a prestarle una importante atención al tema y no pasarlo por desapercibido.

PALABRAS CLAVE: Delito imprudente, concurso de delitos, derecho penal, regulaciones.



Recibido: 24/11/2024

Aceptado: 22/12/2024

ABSTRACT

The entry into force of the Comprehensive Organic Criminal Code of Ecuador in 2014 brought with it a series of advances for the country, the inclusion in its first 78 articles of a general part, and of course adapting in one way or another to the penal systems of the majority of countries around us. In the case of recklessness, it was regulated in article 27, with a duty of care as its core, which means that the Penal Code takes the normative position of recklessness. In its special section, professional negligence was classified, but only in the field of homicide. The curious thing about this is that the criminal threat turns out to be less than a normal reckless homicide, when traditionally legislators in other environments have opted to establish an equal or greater punishability, since one of the justifications that arises for this reason is the greater degree of preparation and the place where they work professionally. Precisely throughout this manuscript, the new regulations on recklessness in Ecuadorian Criminal Law will be addressed, as well as dogmatic and jurisprudential criteria on professional negligence, which force us to pay important attention to the subject and not let it go unnoticed.

KEY WORDS: Reckless crime, concurrence of crimes, criminal law, regulations.

<https://orcid.org/0009-0004-7582-5071>

Licencia Creative commons atributiva No Comercial 4.0 Internacional

© 2025 Universidad Central del Ecuador

ISSN-e 2697-3359

ISSN-i 2697-3251

fjcps.rderechopenal@uce.edu.ec

INTRODUCCIÓN:

En lo que a la legislación anterior se refiere, el derogado Código Penal Ecuatoriano que data de 1971, hacía alusión a la imprudencia profesional ligándola a algunos tipos imprudentes específicos, mencionándola como impericia en su arte o profesión y lo concebía como si se tratara de una imprudencia común con una sanción que llegaba a un máximo de 5 años, sin considerar la inhabilitación profesional², además de asumir a la negligencia como algo alejado o distinto de la imprudencia profesional. Sin embargo al analizar la sanción que se preveía referente al homicidio imprudente común, la consecuencia penológica era más benigna³, puesto que en los artículos que contemplaban la imprudencia profesional ya tomaba en cuenta el posible resultado de muerte de una persona para su criminalización y como se dijo anteriormente con una pena privativa de libertad de hasta cinco años.

En este recorrido comparado de antecedentes, y en lo que a España respecta, la primera modalidad de imprudencia profesional la recogió el Código Penal de 1944 en su artículo 565, sin embargo solo establecía tal imprudencia para los conductores de vehículos motorizados, por lo que en principio resultaba criticable ligar la imprudencia profesional a un ámbito determinado, más aún cuando se piensa que los resultados que se producen en otras profesiones son igual, o hasta más catastróficos, que los producidos por los accidentes de tránsito, sin embargo se sostén que su existencia en el C.P respondía a meras cuestiones de política criminal⁴.

Se partía de la idea de similitud entre los conceptos de negligencia e impericia, dando paso a la aplicación de la imprudencia profesional en el caso de estricta profesionalidad. De este modo, el TS español entendía por profesión el arte, hábito o continuidad del empleo que realiza, distinguiendo así una *imprudencia profesional*, que tiene que ver con la impericia, y una *imprudencia del profesional*, como la imprudencia estrechamente de un profesional en el desarrollo de su profesión u oficio⁵.

Imprudencia profesional e imprudencia del profesional.-

Lo anteriormente dicho sirvió pues, para ya no considerar una responsabilidad objetiva del profesional, ya que antes solo y únicamente se consideraba la calidad de profesional para aplicar la agravación, empero también surgieron críticas destinadas a que dicha agravación solo debía aplicarse a los casos de estricta profesionalidad, la misma que debe entenderse como habitualidad y continuidad en el empleo que se posee y desarrolla públicamente, es así que se sostiene que la aplicación agravada no se debe dar a cualquier imprudencia realizada por un profesional⁶. En la sentencia de 16 de diciembre de 1997 se ha recogido toda esta evolución de interpretación respecto de la imprudencia profesional y del profesional⁷, así como en otras sentencias en donde se expone estos avances. A manera de resumen po-

2 Artículos 428 al 433 del CP de 1971, que tratan sobre los delitos contra la salud pública estableciendo en su artículo 434 la modalidad imprudente de los anteriores mencionados, con una sanción privativa de libertad de 6 meses a 5 años, tomando en cuenta que incluyen tanto la imprudencia común y la profesional en el mismo artículo, lo mismo ocurre con el artículo 421 sobre los accidentes de tránsito y 117 sobre entrega de mapas y estrategias militares al enemigo, con las mismas consecuencias penológicas,

3 Artículo 460 del C.P de 1971, trata al homicidio inintencional.- El que inintencionalmente hubiere causado la muerte de otra persona, si el acto no estuviere más severamente reprimido, será penado con prisión de tres meses a dos años.

4 QUINTANO RIPOLLES, Antonio, *Derecho Penal de la Culpa (imprudencia)*, ed. Bosch, Barcelona, 1958, p. 542.

5 GUISASOLA LERMA, Cistina, *La Imprudencia Profesional*, op. Cit., p. 17,18.

6 HAVA GARCIA, Esther, *La Imprudencia Medica*, op. Cit., p. 21, 22.

7 STS, núm. 1561/1997 (Sala de lo Penal), de 16 diciembre de 1997.

demos decir, que la profesionalidad debe ser entendida como un elemento adjetivo mas no sustantivo de la conducta, que el autor de la imprudencia la cometa en el ejercicio de su profesión la cual debe ser su medio de vida ordinario, la conducta debe ser realizada en atención a las actuaciones que de manera habitual son exigidos y se practican ordinariamente en su rama⁸. El otorgamiento de un título profesional, de acuerdo con la normativa docente y académica, crea una presunción de competencia que encuentra su fase negativa en la impericia, entendida por tal, la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión de que se trate, y esa impericia tanto puede encontrar su fundamento causal en la ignorancia o en la defectuosa ejecución del acto requerido por la *lex artis*, pudiendo así distinguirse entre la culpa del profesional, que al fin y al cabo no es más que la imprudencia o negligencia comunes cometida por el profesional en el ejercicio de su arte u oficio, se podría decir en palabras más sencillas que la imprudencia del profesional responde a los deberes generales de cuidado, por ejemplo: el hecho de que un médico no se dormirá o no se retirará del sitio en el que procede que esté; y la culpa propiamente profesional, que descansa en la impericia⁹, la misma que respondería a deberes de cuidado específicos derivados de la profesión, a manera de ejemplo: el hecho de que el médico administrará correctamente los medicamentos con sus dosis indicadas, o que evaluará correctamente al paciente, pues de este modo en el Código Penal Español de 1989, se establece además de la imprudencia temeraria una añadidura de la imprudencia profesional respecto a las lesiones y muerte, específicamente en los artículos 418, 419, 421 -2, como consecuencia de una impericia o negligencia profesional, lo que resulta sorprendente es que se imponía la pena máxima de prisión menor y a esta se la podía elevar en uno o dos grados, según el juicio del Tribunal¹⁰.

Sin embargo en el actual Código Penal Español dicha modalidad agravada se mantiene, pero ya no en el aspecto penológico sino, en la aplicación de una sanción de inhabilitación especial de ejercicio de la profesión, sin embargo se dice, es por esta razón que aún se debe considerar y no alejarse de la distinción que ha venido haciendo la doctrina jurisprudencial respecto a la diferenciación de la imprudencia profesional e imprudencia del profesional, es decir la agravación actual se debería aplicar solo a la imprudencia profesional¹¹.

En definitiva, los desarrollos y esfuerzos dogmáticos jurisprudenciales por tratar de delimitar a la imprudencia profesional de la imprudencia del profesional se han quedado cortos de claridad pero muy grandes en ambigüedad, es decir, no se ha trazado una línea jurisprudencial que responda a una clara distinción entre estos dos temas¹², por el contrario, los criterios diferenciadores han sido equívocos y opacos, de hecho esto se corrobora con la aplicación de diferentes imprudencias a supuestos exactamente iguales, ¿Cuál es la consecuencia de lo dicho? La no aplicación de la agravante en un caso y en otro si, por lo que, en lo que a este tema respecta, no ha existido una justicia material acertada¹³.

Considero que los esfuerzos del Tribunal Supremo por desarrollar un lineamiento efectivo y realizar la mencionada distinción, se han producido para, en primer lugar distinguir una

8 STS, de 22 de octubre de 1958 y STS, de 16 de junio de 1972, 4 de mayo y 21 de junio de 1974.

9 STS, Núm. 820.-Sentencia de 26 de junio de 1980, P. 1.

10 GUÍASOLA LERMA, Cistina, *La Imprudencia Profesional*, op.cit., p. 19.

11 REIGOSA GONZÁLEZ, Juan José, "La Imprudencia Médica", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* N°2, ed. Universidad de la Coruña: Servicio de Publicaciones, 1998, p. 418.

12 SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Medicinas Alternativas e Imprudencia médica*, ed. Bosch, Barcelona, 1999, p. 23.

13 TENA ARAGÓN, María Félix, "la imprudencia profesional y la imprudencia del profesional", en *la imprudencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, dir. Cano Maillo Pedro, Madrid, 2005, p. 91, en el mismo sentido, GUÍASOLA LERMA, Cistina, *La Imprudencia Profesional*, op.cit., p. 31, TAMARIT SUMALLA, Josep María, en *Comentarios a La Parte Especial del Derecho Penal*, dir. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, ed. Aranzadi, Navarra, 2004, p. 124.

imprudencia profesional –general- de la imprudencia temeraria, y segundo para no aplicar la agravación referente a la profesionalidad y, de este modo tratar por la vía jurisprudencial de regular la excesiva extensión de la pena interpuesta por el legislador¹⁴; por lo dicho entonces dicha distinción es estéril, por lo tanto si un profesional infringe un deber de cuidado en el ejercicio de su profesión, y esta infracción tiene como consecuencia la lesión de un bien jurídico –en este caso la muerte- se debe considerar infringidas las normas de comportamiento de la profesión determinada y por ende considerarla como una imprudencia profesional¹⁵.

En el caso del Ecuador la mencionada distinción únicamente serviría para, en algunos casos aplicar el tipo penal de homicidio imprudente común y en otros el homicidio imprudente por mala práctica profesional, ya que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no ha existido ni existe la diferenciación entre grave y leve, sin embargo por lo dicho en párrafos anteriores resultaría más benigno ser aplicada la imprudencia profesional en este caso por la diferente pena que ha establecido el legislador y que en este trabajo la considero equivocada puesto que la profesionalidad ni quita ni aumenta imprudencia. Sobre esta cuestión reflexionamos seguidamente.

Para establecer las observaciones y críticas sobre el artículo 146 del Código Penal Ecuatoriano a las cuales ya he hecho referencia y establecer una posible solución o cambio en el mismo; una vez dejado claro ya la estéril distinción entre las dos imprudencias profesionales, considero importante referirme sobre ciertos puntos, con carácter previo.

Las “profesiones” objeto de atención.

Como ya se ha mencionado al inicio de este trabajo, la sociedad ha ido avanzando y desarrollando nuevas actividades complejas que atraen con ellas nuevos riesgos a los bienes jurídicos, riesgos que, por su utilidad y tecnicismo se han convertido en *riesgos permitidos*. Al estar frente a unas actividades de esta naturaleza, se las debe revestir de ciertos lineamientos a seguir por las personas que las desarrollan y de este modo prevenir el incremento de estos riesgos y las lesiones a bienes jurídicos.

Por lo dicho anteriormente, al hablar de avances y desarrollo de actividades, se habla del avance de la tecnología y la ciencia, es decir una evolución de la investigación científica, la misma que es inherente al ser humano, por lo que nunca podremos prescindir de ella. Por lo tanto, los grupos que manejen y posean tal conocimiento técnico, ocupan un papel sobresaliente en la sociedad actual, incluso sabiendo la importancia de tal saber desde años atrás, el mismo hoy en día –por el desarrollo de la sociedad en sí- ya no se adquiere fácilmente, puesto que los saberes técnico-científicos no son transmisibles generacionalmente, por el contrario requieren de un largo proceso de preparación –estudio- y llevan en sí un alto grado de complejidad, con el añadido de que estos conocimientos se deben aprender en instituciones especializadas¹⁶ –Universidades-.

¿Se debe dar una especial importancia y función al ámbito profesional? Por supuesto, ya que la sociedad presume su capacidad especial y confía en la misma; en un concepto básico diríamos que las profesiones son conductas encaminadas al aseguramiento del desarrollo de

¹⁴ GRATACÓS GÓMEZ, Núria, “La Imprudencia En El Nuevo Código Penal. Especial Referencia De La Imprudencia Profesional Y La Inhabilitación Especial Para El Ejercicio De Una Profesión, Oficio O Cargo”, en Derecho y Salud N°5, ed. Asociación Juristas de la Salud, 1993, p. 68.

¹⁵ HAVA GARCIA, Esther, *La Imprudencia Medica*, op.cit., p. 30.

¹⁶ YÁÑEZ PÉREZ, Sergio, *Refuerzo de la responsabilidad profesional por el Derecho Penal*, en “Responsabilidad Penal y Responsabilidad Civil de los Profesionales”, XXIIº Coloquio de Derecho Europeo, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de Laguna, ed. Carlos María Romeo Casabona, Tenerife, 1993, p. 68.

la sociedad y el bienestar de los individuos que forman parte de ella, es decir, la actividad profesional está encaminada al servicio de la colectividad, por lo tanto resulta lógico que para poder desempeñarlas se requiere de un alto conocimiento teórico adquirido en centros de estudio superior¹⁷.

En vista de los conocimientos que posee el profesional, normalmente escasos o nulos en el cliente, se produce una relación de dependencia entre las dos personas, dependencia que se legitima con el vínculo de confianza que se genera. La relación que aquí se da es la de conciencia frente a confianza¹⁸, empero en vista del incremento de casos en donde se han visto involucrados los profesionales de distintas áreas y, por ende, el incremento de las lesiones de los bienes jurídicos que mayor valor tienen en la sociedad –vida, integridad física– resulta necesario el planteamiento de intervención penal, el cual es el mecanismo más fuerte de represión con el que cuenta un Estado.

En el tema que nos atañe, que es el *homicidio imprudente por mala práctica profesional*, no hay mucho que criticar en referencia a la intervención del Derecho Penal. Sin embargo, hablando en líneas legislativas y político-criminales, podemos decir que encontramos, por un lado, la posición despenalizadora, encaminada a la eliminación de determinadas conductas que ya resultan obsoletas para la protección penal por el desarrollo de la sociedad y por otro lado, el avance de la tecnología y las ciencias que proponen actividades representantes de nuevos peligros sociales, frente a los cuales el derecho penal no puede permanecer indiferente, puesto que los mismos necesitan de su intervención para prevenir lesiones a bienes jurídicos, por el desarrollo cultural y la evolución social¹⁹. Es por esto que en ciertos códigos penales de otros países se han tipificado nuevas conductas de imprudencia, las cuales no van ligadas específicamente al bien jurídico vida, ni a la medicina, que es la rama de las profesiones que permanece en íntima relación con el bien jurídico máspreciado –la vida–.

Ahora bien, la regulación penal vigente en el Ecuador parte de un código penal obsoleto que data 1947, por lo que queda claro que, para la actualidad, no servía en absoluto. Empero, en el derogado cuerpo legal se tipificaba el homicidio por mala práctica profesional en diversos tipos penales: en los delitos de la salud pública (arts. 428 al 434)²⁰ y accidentes de tránsito (art 421)²¹, por otro lado tipificaba el homicidio imprudente con una pena más benigna que los anteriores (art. 460)²².

En el actual Código Penal Ecuatoriano, la tipificación del homicidio imprudente por mala práctica profesional se hizo en un solo artículo (art. 146)²³ y lo que resalta en primera instancia en este código es su acogida el sistema de *numerus clausus*, que resulta más adecuado para dejar a un lado el ámbito genérico de tipificación.

17 Ibídem, p. 68

18 PEREZ OLEA, Jaime, "El Tratamiento Médico y la Práctica Quirúrgica", en Revista de Ciencias Penales, Tomo XXXVII, vol. II, 1981, p. 91.

19 YÁÑEZ PÉREZ, Sergio, *Refuerzo de la responsabilidad profesional por el Derecho Penal*, en "Responsabilidad Penal y Responsabilidad Civil de los Profesionales", op.cit., p. 71.

20 Manifiestan que de existir muerte de una persona por negligencia o impericia en su profesión u oficio, la pena privativa de libertad será de 6 meses a 5 años.

21 De igual forma estipula una pena de 6 meses a 5 años si se produce la muerte de una persona por impericia o negligencia en la profesión u oficio.

22 La pena por cometer un homicidio inintencional era de 3 meses a dos años.

23 La pena establecida en este delito, en su comisión simple era de 1 a 3 años.

La pena aplicable.

También llama la atención la amenaza penológica que el COIP establece para el homicidio culposo por mala praxis, ya que es más atenuada en relación con el artículo 145, cuestión que no pasaba con el anterior código penal, cuando debería entenderse a la imprudencia profesional como una imprudencia especial que incluye mayor gravedad que la común. Sin embargo, añade junto a la pena privativa de libertad, la inhabilitación en el ejercicio de la profesión u oficio.

Ahora, teniendo en consideración lo que establece el art. 65 del Código Orgánico Integral Penal²⁴, la inhabilitación solo procederá cuando el hecho haya tenido una relación directa en el ejercicio de la profesión, es decir, no se la podrá interponer por cualquier otra conducta penalmente relevante que haya realizado un profesional, sino solo en aquel acto que se configure como habitual y constituya el *modus vivendi* del profesional, además, en los casos en que el condenado no cumpla con la pena privativa de libertad por cuestiones de suspensión condicional de la pena, la inhabilitación profesional procederá a partir del momento en que se dicte dicha suspensión, puesto que de lo contrario, si esperaríamos que en primer lugar, se cumplan las condiciones impuestas por el juez y, posteriormente a estas empiece a concurrir la inhabilitación, estaríamos quebrantando el fin de prevención especial que conlleva la mencionada sanción.

Finalmente lo correcto desde nuestro punto de vista es lo que ha realizado el legislador español, al igualar la pena privativa de libertad en ambas imprudencias –común y profesional- y a la imprudencia profesional adherirle también la pena de inhabilitación profesional, siempre y cuando dicha imprudencia haya alcanzado la categoría de imprudencia grave, puesto que en el sistema Español existe la diferenciación entre delitos graves y menos graves, por lo tanto, tomando en cuenta que la imprudencia menos grave no se castiga con inhabilitación, no se puede afirmar que no exista imprudencias profesionales menos graves, sino que la imprudencia profesional puede ser grave o menos grave, pero de alcanzar el rango de grave se le adjunta la inhabilitación. Considerando de esta manera a la imprudencia profesional grave merecedora de mayor sanción.

Cabe decir que la pena de inhabilitación profesional no solo se establece para el homicidio por mala práctica profesional, además se impone en delitos dolosos es el caso de los artículos 217, 268, 330, 233, 338 del COIP en los mismos que se impone una inhabilitación profesional de 6 meses. Lo curioso que resulta sobre este análisis, es a) que se trata de inhabilitación profesional ante delitos dolosos, por los que no encuentra en estas figuras un correlato de imprudencia profesional y b) que en el homicidio imprudente por mala práctica profesional no se establece el tiempo de inhabilitación, sino que se apunta al proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión luego de cumplida la pena, es decir los jueces decidirán qué medidas imponen y por qué tiempo lo hacen para que el profesional se someta a ellas y pueda volver a ejercer la profesión. Sin embargo, en la mayoría de los casos los juzgadores deciden simplemente aplicar la inhabilitación del ejercicio, pudiendo optar por otros medios menos dañinos como puede ser imponer al profesional un determinado número de horas de formación complementaria en lo que falló y así lograr una actualización de conocimientos.

²⁴ ART. 65 COIP: Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio.- Cuando el delito tenga relación directa con el ejercicio de la profesión, empleo u oficio de la persona sentenciada, la o el juzgador, en sentencia, dispondrá que una vez cumplida la pena privativa de libertad, se la inhabilite en el ejercicio de su profesión, empleo u oficio, por el tiempo determinado en cada tipo penal.

En conclusión decimos que, efectivamente existe la pena de inhabilitación profesional, pero, la duración de la misma no se contempla en el tipo penal del 146, es decir, una vez sancionado el profesional, queda inhabilitado para su ejercicio y los jueces deciden cómo, y por qué tiempo se lo volverá a habilitar.

Sobre la pena de inhabilitación profesional se han producido varias críticas fundadas en la gravedad elevada para quienes la reciben, ya que la aplicación de la misma conlleva al condenado a la inactividad que puede apartarlo de su campo laboral. Cuestiones como esta han hecho que se plantee la eliminación de la imprudencia profesional del código penal²⁵. Es por esto que se ha llegado a sostener que la inhabilitación representa para los gremios médicos –y también las demás profesiones- un daño tal, que jamás se podría llegar a rehabilitar a la persona que no se encuentre en la evolución diaria del ejercicio, lo que puede recaer en una incapacidad completa del ejercicio profesional respectivo. Incluso estas posiciones van más allá, al momento de sostener que, están conscientes que la voluntad legislativa no era la de impedir su rehabilitación, sino más bien ceder a la presión de las víctimas, las cuales no desean la prisión, sino la separación del ejercicio profesional, inclusive afirmando que en la mayoría de los casos de denuncias por mala práctica profesional conllevan consigo intereses económicos²⁶. Conuerdo con Hava García al no adherirse a este pensamiento, puesto que la persona sobre la cual recae la sanción de la inhabilitación de su profesión u oficio, es obvio que sentirá una separación de su entorno de desarrollo de su determinada profesión y precisamente ese es el sentido de la sanción impuesta²⁷.

El motivo por el que el legislador ecuatoriano ha decidido mantener la tipificación de la imprudencia profesional con la imposición de la pena de inhabilitación- responde a criterios político criminales, dejando en claro que no existe una diferencia sustancial objetiva con la imprudencia común²⁸; empero las razones por la que se ha considerado a la imprudencia profesional más grave las podemos encontrar en criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo de España, en donde manifiestan textualmente "...la inobservancia de la "lex artis" y de las precauciones y cautelas más elementales, siendo totalmente imperdonable e indisculpable que, una persona que pertenece a la profesión o actividad de que se trate, y a la que se presumen especiales conocimientos y el dominio de la técnica propia de las mismas, proceda de un modo ignaro e indocto, mostrando ignorancia suma de las reglas fundamentales del ejercicio profesional, o conduciéndose con singulares descuido, abandono o ligereza, propios de las normas deontológicas que rigen el ejercicio de su profesión, arte u oficio..."²⁹.

Conjuntamente a estas opiniones, se une también parte de la doctrina que mantiene el fundamento de esta distinción de gravedad, diciendo que, así como el Estado exige un título para su habilitación en determinados ámbitos producto de lo cual la infracción de normas técnicas es más grave, o por que la persona no tiene dicha cualificación técnica que se le presume³⁰, es decir, las personas destinadas a recibir los servicios del profesional, entregan

25 GARCÍA RIVAS, Nicolás, "la imprudencia profesional: una especie a extinguir", en Revista de Derecho Social nº6, ed. Bomarzo, 1999, p. 81,82.

26 Así lo sostiene GARCÍA ANDRADE, José Antonio, *Reflexiones sobre la responsabilidad médica*, ed. Edersa, Madrid, 1998, p. 17,18.

27 HAVA GARCIA, Esther, *La Imprudencia Medica*, op.cit., p. 34.

28 COBO DEL ROSAL, Manuel, *Derecho Penal, Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 639.

29 STS, 22 de abril de 1988, nº 1033, p. 4.

30 SOLA RECHE, Esteban, ROMEO CASABONA, Carlos María y HERNANDÉZ PLASENCIA, José Ulises, "La Responsabilidad profesional del Médico en el Derecho Penal", en *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales: presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo: XXIIº Coloquio de Derecho Europeo*, ed. Universidad de la Laguna, 1993, p. 111.

una especial confianza en sus conocimientos profesionales y en su aplicación y desarrollo adecuado.

Para Silva Sánchez, la relación entre destinatarios de los servicios profesionales y los profesionales es una relación de confianza cualificada³¹, en donde si los destinatarios dejan de confiar en sus tratantes, se incrementa el riesgo para los bienes jurídicos. Además, sostiene Silva, dicha confianza cualificada se da porque su base se encuentra no solo en que el profesional asuma el cuidado del paciente o beneficiario, sino también en que el profesional que lo asume se privilegia de un monopolio, protegido por el Estado para el desarrollo de determinados comportamientos, basada en la presunción de conocimientos de ciertas materias y dominio de ciertas técnicas, por lo que concluye diciendo que, el asumir el cuidado profesional da paso a la abstención de terceros y de otros profesionales³².

Con lo dicho anteriormente, con estos argumentos se quiere empezar a distinguir entre una infracción desmesurada del deber de cuidado y una infracción con una carga menos de descuido, en vista de que –como se mencionó en párrafos anteriores- las normas técnicas de profesiones también contienen los comportamientos comunes de cuidado en los actos que las mismas protegen y regulan. Es por esto que, abundando en las reflexiones anteriores, considero imposible la distinción que se ha querido hacer entre imprudencia común del profesional e imprudencia del profesional en estricto sentido.

Injusto culposo profesional y peligrosidad. Juicio crítico.

Ahora bien, con lo que se ha sostenido respecto a que la infracción de normas de cuidado en el desarrollo de una profesión, no es suficiente para afirmar que existe un mayor injusto sobre la imprudencia y que, por ende, no se la debía imponer una pena privativa de libertad mayor a la imprudencia común. El legislador Español, en el código de 1995, decidió igualar la pena privativa de libertad en ambas imprudencias por cuestiones político criminales, empero, añadió la inhabilitación como pena accesoria a la imprudencia profesional (grave), considerándole como una imprudencia especial, en donde la pena accesoria mencionada no guarda relación con un mayor contenido de injusto, sino que, responde a criterios preventivos-especiales. Cabe recalcar que el Ecuador la Legislación penal no distingue entre la gravedad de los delitos, como si lo hace el Código Penal Español, es por esto que en Ecuador concebimos a la imprudencia profesional como una imprudencia grave –por la aplicación de la inhabilitación- merecedora de mayor sanción, dicho en palabras más sencillas: imprudencia profesional grave (España) equivale a la imprudencia profesional (Ecuador, art. 146). Casos análogos sobre sanciones preventivo-especiales pueden ser la privación de la licencia de conducir o la del porte de armas de fuego³³, y es este el lineamiento adecuado –desde mi punto de vista- que se debería seguir en la legislación ecuatoriana.

Para finalizar, la misma imprudencia cometida por un profesional en el ejercicio de su profesión así como la cometida por una persona con un arma de fuego o utilizando un vehículo automotor, no se diferencian en el injusto, pero presentan además características distintivas. Las actividades mencionadas, son estadísticamente más peligrosas, por lo tanto, el individuo que, dentro de la esfera de estas actividades actúa con conductas imprudentes, es distinguido como incapaz de controlar esos peligros permitidos, es decir, se manifiesta

31 ROMEO CASABONA, Carlos María, "Evolución del Tratamiento Jurídico-Penal de la Imprudencia del Personal Médico-Sanitario", en Revista Jurídica de Castilla y León n° 13, 2007, p. 246, 247.

32 SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Medicinas Alternativas e Imprudencia médica*, Op. Cit., p. 24.

33 HAVA GARCIA, Esther, *La Imprudencia Medica*, op.cit., p 36.

con una carga de peligrosidad a la cual hay que neutralizar³⁴, es por esto que la legislación ecuatoriana ha visto necesario alejar de ese riesgo al individuo que se ha constatado que lo incrementa por sobre lo tolerado³⁵, por lo que ha establecido la inhabilitación como pena accesoria en delitos que conlleven el ámbito profesional.

Es necesario decir que el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, en su artículo 60 asume el carácter de la inhabilitación como pena no privativa de libertad y no como medida de seguridad, y es acertado lo dicho en vista de que las medidas de seguridad obliga a tener en consideración como presupuesto la peligrosidad del delincuente, por lo tanto dependerá de cada caso concreto. Si la consecuencia jurídica se impone con independencia de la peligrosidad solo se la puede catalogar como una pena³⁶.

En necesario aclarar las dudas que se pueden suscitar al tomar en cuenta el artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal, el mismo que plantea que no se puede castigar a un individuo por razón de su peligrosidad³⁷. Considero que, efectivamente, ninguna persona es sancionada por su peligrosidad, puesto que las personas han de ser sancionadas por imprudencia siempre y cuando hayan infringido el deber de cuidado que personalmente les correspondía, pero una vez sancionado un profesional, se considera peligroso su ejercicio, y es por esto que se ha venido sosteniendo que dicha pena accesoria de inhabilitación cumple un fin preventivo especial.

Resumiendo, la gravedad de una imprudencia no es mayor por el hecho de cometerse en el desarrollo de una profesión, por lo que no es factible distinguir entre infracciones de cuidado generales y deberes específicos pertenecientes a una profesión determinada, ya que en todos los casos, el individuo realiza la infracción de cuidado que le correspondía personalmente en relación con la actividad de peligro que desarrollaba, por lo que decimos entonces, que lo relevante para la inhabilitación es la peligrosidad salida a flote del ejercicio del profesional sancionado, con un adicional, que estas actividades inciden en los bienes jurídicos más relevantes de las personas como la vida, y por ende la persona que infringe las reglas de cuidado, actúa sin haber adquirido la pericia mínima, o realizando su conducta con grave descuido³⁸.

Por esto hemos dicho que no cabe la distinción entre una imprudencia del profesional y una imprudencia profesional, puesto que un profesional realiza una imprudencia al aumentar el riesgo por la inadecuada práctica de su profesión, con consecuencias lesivas para el bien jurídico, revelando como consecuencia la peligrosidad del ejercicio del profesional sancionado que fundamenta la pena de inhabilitación.

La imprudencia por lo tanto, no se debe presentar como más grave por el hecho de calificarse como una imprudencia profesional, o por imprudencia cometida utilizando un vehículo motorizado, lo que si resulta distintivo, es que en el desarrollo y ejercicio de las profesiones se está en relación frecuente con bienes jurídicos de suma importancia –vida, integridad física- y por ende se exige un mayor cuidado debido, y si se lo infringe, dicha infracción resulta más intensa.

34 TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Delitos Contra la Seguridad en el Trabajo, Cuestiones Concursales: Clasificación de la Imprudencia*, en Revista de Derecho Social nº 3, ed. Bormazo, 1998, p. 176.

35 HAVA GARCIA, Esther, *La Imprudencia Medica*, op.cit., p 37.

36 FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José, "La Imprudencia en el Código Penal de 1995 (Cuestiones de lege data y lege ferenda)", en Cuadernos de Política Criminal nº 62, ed. Edersa, 1997, p. 340, 341.

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

38 CHOCLÁN MONTALVO, Antonio, *Deber de cuidado y delito imprudente*, ed. Bosch, Barcelona, 1998, p. 88.

Finalmente, el sostener que el Código Penal Ecuatoriano, en relación a la imprudencia profesional, debería igualar la pena de privación de libertad a la imprudencia común y además añadirla a esta la pena de inhabilitación, responde justamente a la afirmación de que, al añadir la pena de inhabilitación no quiere decir que el hecho en su contenido de injusto o culpabilidad sea más grave, pues en los casos de imprudencia profesional el mismo Código ya especifica medidas de prevención especial, por lo que dicha pena viene a tener una función de seguridad frente a la peligrosidad manifiesta por el profesional al momento de ejercer su profesión³⁹.

Los destinatarios de la norma.

El Tribunal Supremo español, ya en su sentencia del 12 de julio de 1978 establece tres requisitos o características para poder catalogar una imprudencia profesional:

- Profesional de la actividad concreta.
- Ejercicio habitual y público.
- Que este ejercicio profesional constituya su “*modus vivendi*”.

Sin embargo, Santiago Mir Puig manifiesta que la aplicación de la imprudencia profesional no se enfoca exclusivamente a la imputación del profesional en concreto, sino por el contrario se dirige al análisis de una infracción del cuidado exigido dentro de un determinado ámbito profesional, dicho en otras palabras, no es necesaria la categoría de profesional de la persona sino solo que dicha persona haya infringido un debido deber dentro de una actividad profesional⁴⁰.

Es así que, como se mencionó anteriormente en el análisis del artículo 146 del COIP, además de las consideraciones mencionadas, debemos añadir la acotación de que en el citado artículo no se debe confundir el requerimiento de un sujeto activo cualificado por el simple hecho de mencionar la infracción de un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, pues como acertadamente dice Santiago Mir no es necesario la cualificación del sujeto como profesional, más bien basta que una persona realice actividades dentro de un ámbito profesional, en resumen no hace falta un título profesional para que un sujeto pueda cumplir este tipo penal.

Por referirnos a un ámbito distinto, es el caso de los delitos contra la salud pública, específicamente al art. 216 del Código Penal Ecuatoriano⁴¹, en donde si acepta la modalidad imprudente, más no la imprudente profesional. Sin embargo, es claro que dichos delitos, en su mayoría, pueden ser cometidos por personas que se desarrollen en el ámbito profesional. Así lo ha entendido el legislador Español, pues tipifica en los delitos contra la salud pública las imprudencias profesionales conjuntamente con su respectiva pena de inhabilitación. Refiriéndonos al artículo 363 del Código Penal Español, encontramos en la redacción del tipo, que podrán cometer el ilícito los productores, distribuidores o comerciantes, cuestión que ha planteado a la jurisprudencia y dogmática a tomar criterios sobre quienes pueden ser sujetos

³⁹ CHOCLÁN MONTALVO, Antonio, *Deber de cuidado y delito imprudente*, op. Cit., p. 89.

⁴⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, op. Cit., p. 292.

⁴¹ **Artículo 216.- Contaminación de sustancias destinadas al consumo humano.**- La persona que altere, poniendo en riesgo, la vida o la salud, materias o productos alimenticios o bebidas alcohólicas destinadas al consumo humano, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Con la misma pena será sancionada la persona que, conociendo de la alteración, participe en la cadena de producción, distribución y venta o, en la no observancia de las normas respectivas en lo referente al control de los alimentos. La comisión de esta infracción de manera culposa, será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses.

activos del delito en cuestión⁴², pues para resolver este asunto, el Tribunal Supremo en una sentencia sobre un caso muy conocido, aplica la agravación a un comerciante sin título, en los siguientes términos: “el carácter profesional de la imprudencia, por otra parte, no se debe entender de una manera puramente formal y por lo tanto limitada al ejercicio de una profesión titulada. Naturalmente que el otorgamiento de un título profesional es suficiente para estimarla, pero ello no significa que quede fuera de una protección penal más elevada otros ámbitos de actividad social más o menos constante que, por sus características, requieren especiales conocimientos y capacidades como consecuencia de los bienes jurídicos que puedan llegar a ser afectados”⁴³. En conclusión toda persona puede ser sujeto activo en el artículo 363; si bien es cierto que en el 216 del Código Penal Ecuatoriano no especifica sujetos activos, tampoco contempla una inhabilitación profesional; no nos referiremos a los demás ámbitos de imprudencia profesional, puesto que este no es el motivo del presente trabajo. En fin, como se ha dejado claro, la imprudencia profesional no solo debiera recaer en el homicidio.

Adecuación de los criterios de la imprudencia profesional a las previsiones del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano.

Con independencia de lo anunciado y desarrollado en epígrafes anteriores, referente a la imprudencia profesional, ahora quedan por analizar las previsiones relativas a la imprudencia profesional en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano, cotejarlas con los argumentos del trabajo para que, de esta forma podamos dilucidar si tales previsiones han sido correctas y adecuadamente tipificadas en el Código Penal Ecuatoriano.

Está claro que no se puede negar la necesaria tipificación de una imprudencia profesional, precisamente porque los avances de la ciencia y la tecnología demandan mayor preparación respecto a las personas que desarrollan sus actividades en estos ámbitos, y más aún, desde que los conocimientos se volvieron complicados en su transmisión y aprendizaje. Es decir, para prevenir riesgos de lesiones a bienes jurídicos, se debe dotar de lineamientos al desarrollo de estas actividades, por lo tanto se debe dar una especial importancia a los profesionales ya que su desempeño siempre estará ligado al desarrollo de la sociedad, precisamente por el campo en el cual se desempeñan y es por esto que se les exige conocimientos especiales para desempeñar su actividad, con un adicional, generalmente al encontrarse desarrollando sus actividades profesionales, están en íntima relación con los bienes jurídicos más importantes que protege el Derecho Penal.

En tanto, es adecuada la línea político criminal que ha dado lugar a la tipificación de las imprudencias profesionales, empero, si se sostiene su tipificación, esta, por ende, debe tener una amenaza penal diferente a la imprudencia común, puesto que de lo contrario no tendría ningún sentido incluirla.

Por lo estipulado en líneas anteriores, se entiende que la pena establecida para esta clase de imprudencia debe ser mayor (en referencia al añadido de la pena de inhabilitación), ya que tiene mayor responsabilidad quien tiene mayor formación; en suma, la imprudencia profesional es la infracción del deber de cuidado realizada en el ejercicio de su profesión, o dicho en otras palabras, cabe imprudencia profesional si el hecho revelara la incapacidad técnica para ejercer su profesión determinada.

En el Artículo 27 Código Penal Ecuatoriano, nos establece el lineamiento de la imprudencia de la siguiente manera:

42 GUISASOLA LERMA, Cistina, *La Imprudencia Profesional*, op.cit., p. 174.

43 STS, de 23 de abril de 1992. F. 8

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

En el artículo citado, además de establecernos los requisitos de la imprudencia, también es claro que optamos por el sistema de *numerus clausus*, el más adecuado según líneas político criminales.

El artículo 145 del Código Penal Ecuatoriano en su primer inciso nos estipula el homicidio imprudente común de la siguiente manera:

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

Mientras que en el Artículo 146 del Código Penal Ecuatoriano se tipificó el homicidio imprudente por mala práctica profesional que en su forma simple manifiesta:

Artículo 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional.- La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley.

Y además en su inciso cuarto (art. 146) nos establece las pautas para la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado:

Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

Respecto de este inciso, el delito imprudente es un delito de resultado, es decir sin la producción de un resultado típico no hay responsabilidad por imprudencia. El legislador ha aplicado la técnica de la imprudencia para fortalecer la protección a los bienes jurídicos que, como sabemos, han sido preservados fundamentalmente frente a ataques dolosos. Pese a que concurren todos los elementos del delito imprudente, no podemos hablar de responsabilidad penal por imprudencia si no existe la producción de un resultado lesivo para el bien jurídico⁴⁴; además se debe acotar que el resultado debe ser consecuencia directa de la falta al deber de cuidado, es decir, que si en una situación determinada, pese a que haya la existencia de una infracción a un deber de cuidado, se produce una lesión al bien jurídico, pero

44 MAPELLI CAFARELA, Borja, *Curso Derecho Penal Parte General*, op. Cit., p. 166.

dicha lesión no tiene relación de causalidad con la mencionada infracción, debemos llegar a la conclusión de inexistencia de imprudencia con respecto al bien jurídico lesionado.

Por ejemplo: un médico receta a su paciente medicamentos para el dolor de cabeza a pesar que el paciente acudió a la consulta por una fuerte gripe que le aquejaba (clara existencia de la infracción del deber de cuidado por parte del médico), posteriormente el paciente al llegar a su casa se da cuenta que la misma ha sido robada, acto seguido se le explota un aneurisma cerebral y muere; el médico y su infracción no tenía nada que ver con el motivo del fallecimiento del paciente, puesto que ningún medicamento para el dolor de cabeza puede ocasionar una explosión de un aneurisma.

Por otro lado, también se establece que se debe prestar atención a las capacidades individuales del profesional, es decir, su experticia o experiencia referente a la actividad que desempeñe, y de este modo poder establecer si el resultado le era previsible o no, y de serlo entonces llegar a la conclusión que le era evitable, puesto que de aquello que es imprevisible no existe ni puede existir un deber de cuidado para intentar evitarlo⁴⁵, en conclusión, no se puede hablar de una infracción si el autor no puede reconocerla como tal⁴⁶.

Ahora bien, el Código Penal Ecuatoriano define lo que se debe entender por imprudencia en el art. 26, sin alejarse del contenido que actualmente posee la imprudencia, es decir como la infracción de un deber de cuidado; importante cambio de concepción, ya que anteriormente asistíamos a una concepción psicologista de la imprudencia.

En lo que respecta a los delitos de la parte especial del código, se van produciendo sus diferentes matices que ya se hemos apuntado, específicamente los propios de la imprudencia común y la imprudencia profesional, cuya principal diferencia radica en el cometimiento del hecho en el ejercicio de su profesión, lo que debe ser entendido no desde un punto meramente formal sino también material. Es decir, no es requisito fundamental poseer un título profesional sino solo desarrollar su actividad en un ámbito profesional y que dicho desarrollo sea habitual y continuo de modo que represente su modo de vida, mientras que en la imprudencia común el acaecimiento del hecho imprudente puede ser dado por cualquier persona, profesional o no, en cualquier circunstancia de peligro, no necesitando ser habitual su desempeño imprudente.

Empero con los artículos citados, se desprende una observación de acuerdo a la tipificación de la imprudencia profesional, pues hemos sostenido que la infracción de un deber de cuidado en la rama profesional no determina un incremento de la penalidad de modo general, es decir, la infracción del deber de cuidado profesional, no representa un mayor grado de injusto, puesto que, como se explicó en párrafos anteriores, el cuidado objetivo que haya infringido el profesional, será el mismo que infrinjan los no profesionales: el necesario, esto además queda por demás sentado si tenemos en cuenta lo que estipula el artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal, al momento de mencionar que: "Art 27.- Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado que *personalmente le corresponde* produciendo un resultado dañoso".

Sin embargo la pena de privación de libertad desde nuestro criterio, es inadecuada en el artículo 146, ya que se debe imponer la misma pena general tanto en los homicidios imprudentes comunes como en los homicidios por mala práctica profesional, la distinción radica en la pena accesoria que se imponen a los profesionales, la pena de inhabilitación. La misma no significa, como se ha dicho, que el hecho en su injusto sea más grave, sino que el Código

45 LUZÓN PEÑA, Manuel, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 291.

46 GARCÍA, Percy, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, ed. Grijley, Lima, 2008, p. 432, 433.

Penal posee medidas de prevención especial, siendo la pena de inhabilitación una de estas (como son también las suspensiones de licencias de conducir, o suspensiones de licencias para ejercer el cargo de agente aduanero, etc.), la misma que cumple una función de seguridad frente a la peligrosidad revelada por el profesional en el ejercicio de su profesión, que como se dijo anteriormente, no es sancionado por peligroso, sino porque, una vez sancionando un profesional, se presume peligroso su ejercicio.

Otra cuestión de especial observación, al realizar un análisis comparativo entre códigos penales Ecuatoriano y Español, sobresalta en la asignación de la imprudencia profesional solo al delito de homicidio, mientras que el legislador Español asigna imprudencias profesionales a un sinnúmero de ámbitos no solamente al homicidio. Salta al pensamiento la ausencia legislativa en los casos de lesiones imprudentes también al feto, o aborto imprudente, por ejemplo. Y por ende sobre este último es de cuestionarse si el mismo debe ser tratado como un homicidio imprudente por mala práctica profesional o de ser el caso un homicidio imprudente común, o si es un hecho atípico, cuestión que ha planteado varias discusiones y análisis en la doctrina y jurisprudencia española.

CONCLUSIONES:

Sin duda, al no encontrarse tipificado expresamente en el Código Penal la forma imprudente del aborto, se debe sostener que la solución a estos supuestos es la atipicidad, por respeto al principio de legalidad de los delitos y de las penas.

La misma solución se planteó frente a la legislación Española antes de la reforma del código de 1995 respecto de las lesiones al feto, que ya se incorporaron. Jurisprudencialmente se dieron criterios sobre los cuales las lesiones al feto pueden ser imputables al autor sosteniendo que, mientras no alcance la categoría de persona, es más objeto que sujeto pasivo del delito, y afirman que en estos casos de vida dependiente, las lesiones causadas en el periodo de gestación deben tener relevancia penal porque la acción se intenta y realiza sobre la madre, y el resultado trasciende al feto por ser parte integrante de la misma, todo lo dicho se dio en base a una condena del Tribunal Supremo, en donde se sanciona a una comadrona por omitir poner en conocimiento del médico de guardia la situación de una mujer en estado de parto con evidentes señales de sufrimiento fetal, lo cual tuvo como resultado una parálisis cerebral del niño. De los hechos relatados se concluyó que existe una infracción grave del deber de cuidado debido por la comadrona y también un nexo de causalidad. Empero en la argumentación de la sentencia se expone argumentos de *lege ferenda*, la sentencia manifiesta "mientras no alcance la categoría de persona es más objeto que sujeto pasivo del delito; pero puede afirmarse que, en estos supuestos de vida dependiente, las lesiones causadas durante el curso de la gestación deben tener relevancia penal porque la acción se intenta y realiza sobre la madre, y el resultado trasciende al feto por ser parte integrante de la misma (...) Afirmando como realidad penal el delito de lesiones al feto a través de la violencia ejercida sobre la madre embarazada"⁴⁷.

Ahora bien, si lo que se piensa es en proponer que la acción y el resultado se dividan respectivamente, entre la madre y el feto, es totalmente descabellado basar la tipicidad sobre este fundamento, ya que este reparto de elementos del tipo plantea una deducción de tentativa de delito respecto a la madre, y un resultado sin acción respecto al feto, el problema

⁴⁷ ROMEO CASABONA, Carlos María, "Evolución del Tratamiento Jurídico-Penal de la Imprudencia del Personal Médico-Sanitario", en Revista Jurídica de Castilla y León nº 13, op. Cit., p. 249.

radicaría en si el sujeto pasivo del delito de lesiones puede ser el feto⁴⁸; pese a lo dicho, cualquier criterio jurisprudencial, respecto a la punición sobre estos supuestos se trata de una cuestión de *lege ferenda* ya que, de *lege lata* es acertada la impunidad vía atipicidad.

Por otro lado, si bien es cierto que la actividad médica está en mayor relación con la imprudencia profesional, no es la única rama profesional la cual se ve afectada por esta forma de comisión, en principio, mencionaremos los ámbitos que conllevan también una alta relación, tal es el caso de la imprudencia profesional en el ámbito de las relaciones laborales de la construcción, en el ámbito de la función pública, delitos contra la salud pública, en el ámbito alimentario, farmacéutico, etc. En suma, el Código Penal Ecuatoriano liga la única imprudencia profesional al delito de homicidio, con el adicional que en el artículo pertinente describe los requisitos necesarios que se deben cumplir para determinar la infracción del deber de cuidado, con ello quiere decir que las profesiones que resultan potencialmente comisivas del art. 146, son las que poseen un ámbito de desenvolvimiento con mayor tecnicismo, como los ingenieros, arquitectos, médicos, cuerpos militares, etc.

Respecto de los delitos de lesiones imprudentes, hay que aclarar que el artículo 156 del Código Orgánico Integral Penal se remite al artículo 146 para determinar la infracción del deber objetivo de cuidado, pero esto no quiere decir que asimile las lesiones imprudentes profesionales, puesto que son cuestiones distintas, lo que realiza el artículo 156 es remitirse al 146⁴⁹ solo y únicamente con el fin de determinar las pautas para establecer una infracción al deber objetivo de cuidado, cuestión que desde mi punto de vista, dichas pautas deben venir establecidas en la Parte General del Código Orgánico Integral Penal al momento de definir la imprudencia en el artículo 27. En fin, no están previstas las lesiones imprudentes por mala práctica profesional, puesto que, como se ha dicho anteriormente el Código Penal Ecuatoriano únicamente establece una imprudencia profesional al homicidio, y la cuestión respecto de las lesiones únicamente se remite al artículo 146 con el fin de establecer una guía para determinar la infracción del cuidado debido, es decir, son dos cuestiones totalmente diferentes.

Ahora bien, en referencia a la **imprudencia común**, como se mencionó a inicios del presente trabajo, el Código Penal Ecuatoriano se ha decantado por la fórmula de *numerus clausus* para la tipificación de los delitos imprudentes, los cuales han sido destinados al homicidio art 145, lesiones del art. 152, incendios forestales art. 246, delitos de tránsito arts. 376-382, contaminación de sustancias para el consumo humano art. 216 y evasión art. 274.

48 ROMEO CASABONA, Carlos María, "Evolución del Tratamiento Jurídico-Penal de la Imprudencia del Personal Médico-Sanitario", en Revista Jurídica de Castilla y León nº 13, op. Cit., p. 249,250.

49 **Artículo 152.- Lesiones.**- La persona que lesioné a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas: 1. Si como resultado de las lesiones se produce en la víctima un daño, enfermedad o incapacidad de cuatro a ocho días, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a sesenta días. 2. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de nueve a treinta días, será sancionada con pena privativa de libertad de dos meses a un año. 3. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de treinta y uno a noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. 4. Si produce a la víctima una grave enfermedad o una disminución de sus facultades físicas o mentales o una incapacidad o enfermedad, que no siendo permanente, supere los noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. 5. Si produce a la víctima enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano o alguna grave enfermedad transmisible e incurable, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Si la lesión se produce durante concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública, será sancionada con el máximo de la pena privativa de libertad prevista para cada caso, aumentada en un tercio. La lesión causada por infringir un deber objetivo de cuidado, en cualquiera de los casos anteriores, será sancionada con pena privativa de libertad de un cuarto de la pena mínima prevista en cada caso. **Para la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado se considerará lo previsto en el artículo 146.** No serán punibles las lesiones derivadas de acciones terapéuticas ejecutadas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad que precautele la salud del paciente.

Estos son los únicos delitos en la legislación ecuatoriana en los que cabe la modalidad imprudente, llamando la atención a la ausencia de los delitos contra bienes jurídicos colectivos como los delitos contra los recursos naturales, contra el medio ambiente y la naturaleza, contra el derecho a la cultura, contra la seguridad de sistemas de información, contra la fauna, etc., en donde solo cabe modalidad dolosa.

No hay que descartar tampoco, que en estos ámbitos delictivos también puede configurarse imprudencias profesionales, ya que no están ligadas solo al homicidio, cuestión distinta es que dichos delitos sean los más notorios socialmente por su obvia mayor gravedad, pero ello no quiere decir que no existan imprudencias profesionales con resultados diferentes a la muerte.

Finalmente, podemos cuestionarnos el posible concurso de leyes referente al homicidio imprudente y el homicidio imprudente por mala práctica profesional. En tal punto, considero que no podrá proceder dicho concurso, puesto que, si bien se sabe que el concurso de leyes supone que un mismo hecho encaja en varios tipos penales de la misma naturaleza, y que por principio de favorabilidad, el cual está consagrado en el Artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal numeral 2, se deberá aplicar la norma menos rigurosa.

No se podrá de ninguna manera aplicar dicho concurso, en vista de que el hecho que se estipula en estos dos tipos penales son de naturaleza diferente, pues, por un lado en el homicidio imprudente por mala práctica profesional, se exige que el sujeto activo cometa un homicidio en el ejercicio de su profesión, es decir, realizando su labor que supone su modus vivendi y su habitualidad, y que además, conlleve consigo una necesaria habilidad y conocimiento profesional, y por otro lado en el homicidio imprudente (art 145) es necesaria una imprudencia común, es decir, no se necesita que la misma sea realizada en un ámbito profesional, por lo que los hechos de estos dos tipos penales siempre serán diferentes; resumiendo, el profesional que cometa una imprudencia en el ejercicio de su profesión, jamás podrá ser imputado por un homicidio imprudente común, ya que se trata de un hecho específico que recaerá solo y únicamente en un tipo penal específico, que además exige una profesionalidad.

Lamentablemente, según el COIP, el profesional que causa la muerte negligentemente en el ejercicio de su profesión, soportará una pena menor privativa de libertad que el resto de los actores homicidas negligentes, a la que se sumaría una pena de inhabilitación una vez satisfecha la pena privativa de libertad.

BIBLIOGRAFIA:

- CHOCLÁN MONTALVO, Antonio, *Deber de cuidado y delito imprudente*, ed. Bosch, Barcelona, 1998.
- COBO DEL ROSAL, Manuel, *Derecho Penal, Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José, "La Imprudencia en el Código Penal de 1995 (Cuestiones de lege data y lege ferenda)", en Cuadernos de Política Criminal nº 62, ed. Edersa, 1997.
- GARCÍA ANDRADE, José Antonio, *Reflexiones sobre la responsabilidad médica*, ed. Edersa, Madrid, 1998.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, "la imprudencia profesional: una especie a extinguir", en Revista de Derecho Social nº6, ed. Bomarzo, 1999.
- GARCÍA, Percy, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, ed. Grijley, Lima, 2008.
- GRATACÓS GÓMEZ, Núria, "La Imprudencia En El Nuevo Código Penal. Especial Referencia De La Imprudencia Profesional Y La Inhabilitación Especial Para El Ejercicio De Una Profesión, Oficio O Cargo", en Derecho y Salud N°5, ed. Asociación Juristas de la Salud, 1993.
- GUISASOLA LERMA, Cistina, *La Imprudencia Profesional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- HAVA GARCIA, Esther, *La Imprudencia Medica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

- LUZÓN PEÑA, Manuel, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- MAPELLI CAFARELA, Borja, *Curso Derecho Penal Parte General*, Tecnos, Madrid, 2011.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, BdeF, Buenos Aires, 2000.
- PEREZ OLEA, Jaime, "El Tratamiento Médico y la Práctica Quirúrgica", en Revista de Ciencias Penales, Tomo XXXVII, vol. II, 1981.
- QUINTANO RIPOLLES, Antonio, *Derecho Penal de la Culpa (imprudencia)*, ed. Bosch, Barcelona, 1958.
- REIGOSA GONZÁLEZ, Juan José, "La Imprudencia Médica", en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña N°2, ed. Universidad de la Coruña: Servicio de Publicaciones, 1998.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, "Evolución del Tratamiento Jurídico-Penal de la Imprudencia del Personal Médico-Sanitario", en Revista Jurídica de Castilla y León n° 13, 2007.
- SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Medicinas Alternativas e Imprudencia médica*, ed. Bosch, Barcelona, 1999.
- SOLA RECHE, Esteban, ROMEO CASABONA, Carlos María y HERNANDÉZ PLASENCIA, José Ulises, "La Responsabilidad profesional del Médico en el Derecho Penal", en Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales: presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo: XXIIº Coloquio de Derecho Europeo, ed. Universidad de la Laguna, 1993.
- TENA ARAGÓN, María Félix, "la imprudencia profesional y la imprudencia del profesional", en *la imprudencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, dir. Cano Maillo Pedro, Madrid, 2005, p. 91, en el mismo sentido, GUISASOLA LERMA, Cistina, *La Imprudencia Profesional*, op.cit., p. 31, TAMARIT SUMALLA, Josep María, en *Comentarios a La Parte Especial del Derecho Penal*, dir. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, ed. Aranzadi, Navarra, 2004.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Delitos Contra la Seguridad en el Trabajo, Cuestiones Concursales: Clasificación de la Imprudencia*, en Revista de Derecho Social nº 3, ed. Bormazo, 1998.
- YÁÑEZ PÉREZ, Sergio, *Refuerzo de la responsabilidad profesional por el Derecho Penal*, en "Responsabilidad Penal y Responsabilidad Civil de los Profesionales", XXIIº Coloquio de Derecho Europeo, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de Laguna, ed. Carlos María Romeo Casabona, Tenerife, 1993.