



LW  
LP

U<sup>Q</sup>FQ

LAW WORKING PAPERS





LAW WORKING PAPERS

---

## La Comisión por Omisión Culposa y Dolo Eventual. Un Análisis Doctrinario sobre su Procedencia y Discusión Actual.

Karen Yamila Ponce Ferrera

2026 / 05

**USFQ Law Working Papers**

Colegio de Jurisprudencia  
Universidad San Francisco de Quito USFQ  
Quito, Ecuador

---

**En contestación a:** n/a

**Recibido:** 2026 / 02 / 20

**Difundido:** 2026 / 05 / 13

**Materias:** Derecho penal, mala práctica médica, comisión por omisión.

**DOI:** <https://doi.org/10.18272/0hys0078>

**Citación sugerida:** Ponce Ferrera, Karen Yamila “La Comisión por Omisión Culposa y Dolo Eventual. Un Análisis Doctrinario sobre su Procedencia y Discusión Actual”. *USFQ Law Working Papers*, 2026/04, <https://doi.org/10.18272/0hys0078>

---

©Karen Yamila Ponce Ferrera

El presente constituye un documento de trabajo (working paper). Puede ser descargado bajo acceso abierto en: <http://lwp.usfq.edu.ec>. Sus contenidos son de exclusiva responsabilidad de los autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre su trabajo. USFQ Law Working Papers no ostenta derecho o responsabilidad alguna sobre este documento o sus contenidos.

Acerca de

## USFQ Law Working Papers

USFQ Law Working Papers es una serie académico-jurídica de difusión continua, con apertura autoral para profesionales y de acceso abierto. Introduce en Ecuador un novedoso tipo de interacción académica que, por sus características particulares, tiene el potencial de ser pionero en rediseñar el discurso público del Derecho. Su objetivo es difundir documentos de trabajo (*working papers*) con impacto jurídico, que pueden abarcar cualquier asunto de las ramas de esta ciencia y sus relaciones con otras áreas del conocimiento, por lo que está dirigida a la comunidad jurídica y a otras disciplinas afines, con alcance nacional e internacional.

USFQ Law Working Papers difunde artículos académicos y científicos originales, entrevistas, revisiones o traducciones de otras publicaciones, entre otros, en español o inglés. Los contenidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre sus trabajos. La difusión de los documentos es determinada, caso a caso, por el Comité Editorial. Se prescinde de la revisión por pares con el fin de dar a toda la comunidad académica la oportunidad de participar, mediante la presentación de nuevos trabajos, en la discusión de todos los contenidos difundidos.

USFQ Law Working Papers nace, se administra y se difunde como una iniciativa de la profesora Johanna Fröhlich (PhD) y un grupo de *alumni* del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito USFQ (Ecuador). Su difusión se realiza gracias al apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas USFQ (Ecuador).

**Más información:** <http://lwp.usfq.edu.ec>

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**La comisión por omisión culposa y dolo eventual. Un análisis doctrinario sobre su  
procedencia y discusión actual.**

**Karen Yamila Ponce Ferrera**

**Jurisprudencia**

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

Quito, 20 de noviembre 2025

### © DERECHOS DE AUTOR

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

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

Nombres y apellidos: Karen Yamila Ponce Ferrera

Código: 00320918

Cédula de Identidad: 1719985663

Lugar y Fecha: Quito, 20 de noviembre 2025

## **ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN**

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

## **UNPUBLISHED DOCUMENT**

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

**La comisión por omisión culposa y dolo eventual. Un análisis doctrinario  
sobre su procedencia y discusión actual.<sup>1</sup>**

**Negligent commission by omission and eventual intent. A doctrinal analysis  
of its admissibility and current discussion.**

Karen Yamila Ponce Ferrera<sup>2</sup>

Kaponce.fl@gmail.com

**RESUMEN**

La comisión por omisión ha sido desarrollada escasamente en el ámbito sanitario nacional, existiendo duda si estos casos se resuelven bajo el artículo 146 del COIP. No obstante, la normativa evidencia que solo existe comisión por omisión dolosa según el artículo 28 del COIP, que excluye cualquier forma de omisión por comisión culposa, por ser equivalente a una acción. Esta limitación ha generado confusión entre la culpa consciente y el dolo eventual, afectando la imputación penal en la mala práctica médica. Este trabajo analiza las principales posturas doctrinales y un caso hipotético para demostrar que, cuando el profesional conoce un riesgo grave y decide mantenerlo, podría configurarse el dolo eventual por comisión por omisión. Se concluye que la comisión por omisión imprudente no existe en el ordenamiento ecuatoriano y que las conductas omisivas deben distinguirse estrictamente entre culpa y dolo, para garantizar una adecuada protección de la vida como bien jurídico.

**PALABRAS CLAVES**

Comisión por omisión, dolo eventual, culpa consciente, *lex artis*, mala práctica médica.

**ABSTRACT**

*Commission by omission has been scarcely developed within the national healthcare system, and there is doubt as to whether these cases fall under Article 146 of the COIP. However, the regulations clearly state that only intentional commission by omission exists, according to Article 28 of the COIP, which excludes any form of omission due to negligence, as it is considered equivalent to an action. This limitation has generated confusion between conscious negligence and intent, affecting the criminal liability in cases of medical malpractice. This paper analyzes the main doctrinal positions and a hypothetical case to demonstrate that when a professional is aware of a serious risk and decides to maintain it, intent by omission could be established. It concludes that negligent commission by omission does not exist in the Ecuadorian legal system and that acts of omission must be strictly distinguished between negligence and intent, to guarantee adequate protection of life.*

**KEYWORDS**

*Commission by omission, eventual intent, conscious negligence, lex artis, medical malpractice.*

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por José Guillermo Moya Valdivieso.

<sup>2</sup> ©Derechos de autor: Por medio del presente documento certifico que he leído la política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

## **SUMARIO:**

- 1. INTRODUCCIÓN. - 2. ESTADO DEL ARTE. - 3. MARCO TEÓRICO. - 4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.- 5. DESARROLLO. - 5.1. CONCEPTO Y ALCANCE DEL DERECHO PENAL SANITARIO. - 5.2. RIESGO PERMITIDO Y RIESGO PROHIBIDO. - 5.3. *LEX ARTIS* COMO CRITERIO DE EVALUACIÓN DE LA CONDUCTA DEBIDA CONFORME A DERECHO “LA CONDUCTA ALTERNATIVA CONFORME A DERECHO”. - 5.3.1. *LEX ARTIS AD HOC*. - 5.4. EL DOLO EVENTUAL Y LA IMPRUDENCIA EN SUPUESTOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL ÁMBITO PENAL SANITARIO. - 5.5. ESTRUCTURA DE LA OMISIÓN. - 5.6. COMISIÓN POR OMISIÓN Y JUICIO DE IMPUTACIÓN HIPOTÉTICA DEL RESULTADO. - 5.7. LA CLAÚSULA DE EQUIVALENCIA DEL ARTÍCULO 23 DEL COIP. - 5.8. TIPICIDAD DE LA OMISIÓN DOLOSA EN EL ARTÍCULO 28 DEL COIP. - 5.9. ANÁLISIS DE UN CASO HIPOTÉTICO. - 5.9.1. ANÁLISIS EN EL ORDENAMIENTO ECUATORIANO. - 6. CONCLUSIONES

### **1. Introducción**

En el presente trabajo, se hará un análisis acerca de la comisión por omisión en el marco jurídico ecuatoriano tomando en cuenta el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal (COIP); el dolo consagrado en el artículo 26. Este artículo aborda la regulación de la mala práctica profesional en el ámbito sanitario.

Es importante mencionar que la culpa es solamente punible cuando está tipificado en el COIP. Es por eso por lo que el artículo 27 del COIP taxativamente refleja qué es la culpa y en qué casos se le puede aplicar. En concordancia con lo expuesto, en Ecuador existen casos polémicos donde donde la infracción del deber objetivo de cuidado no se encuentra tan fina, y que incluso, podría configurarse un dolo eventual.

El objetivo de esta investigación es delimitar los conceptos de dolo eventual y culpa consciente, y verificar en qué casos se configuran. Es fundamental enfocarse en la delgada línea de estos dos elementos subjetivos del tipo ya que la normativa actual no hace alguna precisa diferenciación, y a su vez, imputar estos delitos como culposos

podría llevar a una mala interpretación, debido a que no es reconocida la comisión por omisión imprudente.

Adicionalmente, se estudiará la doctrina sobre culpa y dolo para analizar si existen otras legislaciones donde estos dos conceptos son utilizados correctamente. Por último, este trabajo concluye con la necesidad de examinar la figura de comisión por omisión en el COIP y se plantea una reflexión crítica sobre la congruencia de mantener estos elementos vigentes o si se debiera reconsiderar la configuración normativa y jurisprudencial para evitar violaciones al bien jurídico protegido, que en este caso es la vida.

## 2. Estado del Arte

Este apartado expone las posturas de ciertos autores de la responsabilidad penal sanitaria en supuestos de comisión por omisión y entre la conceptualización de la culpa consciente y dolo eventual.

Agustín Jorge Barreiro analiza la relación que existe entre el derecho penal sanitario con la responsabilidad penal del profesional médico. Barreiro cuestiona que la mala práctica médica debe ser sancionada dolosamente en casos muy específicos o sumamente dañinos. También explica su teoría que al trabajar en el ámbito médico siempre va a existir un riesgo de poner en peligro un bien jurídico como sería la vida de un paciente, es por eso que cuestiona que el derecho penal debe ser de *última ratio* ya que por la existencia de la *lex artis* el profesional no busca el resultado de lesionar un bien jurídico protegido. Es más, promueve la idea de que la mayoría de las acciones u omisiones deben ser consideradas como imprudencias punibles y en casos muy extremos como una conducta dolosa.<sup>3</sup>

De este modo, Lyonel Calderón Tello se apoya en la filosofía de Tomás de Aquino donde ubica la prudencia en el entendimiento, lo que significa que las personas puedan pensar con anticipación y actuar correctamente, aunque no exista certeza del resultado. Asimismo, distingue entre culpa consciente y culpa inconsciente concluyendo que para la existencia de una imputación penal es necesaria la cognoscibilidad jurídicamente exigible mas no el conocimiento propio del riesgo.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Agustín Jorge Barreiro, “Aproximación al estudio del derecho penal sanitario”, en *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, coord. De Jesús- María Silva Sánchez, Joan J. Queralt Jiménez, Mirentxu Corcoy Bidasolo Ma. Teresa Castiñeira Palou ( Uruguay, 2017), 617- 642.

<sup>4</sup> Calderón Tello Lyonel “clases de culpa o imprudencia: fundamentación de la imprudencia como cognoscibilidad relevante”, *El delito culposo o imprudente en Derecho penal y su regulación en el COIP*,

Siguiendo la línea, Gabriel Pérez Barberá extiende el análisis del dolo y la imprudencia, proponiendo una visión normativa en vez de un análisis psicológico. Él plantea que el dolo tiene que dejar de verse como un estado mental, ya que en el derecho penal se sabe que se comete dolo por quien está consciente de que va a cometer una lesividad y además quiere el resultado, sin embargo, esa posición se analiza más en el ámbito psicológico porque es muy difícil cuestionar lo que en realidad está pensando el autor y confirmar si en realidad quería que se produzca dicho resultado. Es por eso por lo que Barberá considera tratar el dolo desde un punto de vista normativo ya que, para él, la culpa y el dolo se encuentran al mismo nivel, lo que diferencia a estos dos términos es la gravedad con la que el autor se aleja del deber objetivo de cuidado. Esta interpretación abre, a mi criterio, un espacio interesante para reflexionar sobre las acciones u omisiones en el plano profesional como es en el área médica.<sup>5</sup>

En cuanto a la postura de Greco, menciona que el dolo debe analizarse desde una perspectiva cognitiva. Por lo tanto, el elemento central debe ser el conocimiento y no la voluntad del sujeto. También expresa que el conocimiento es lo que genera un dominio sobre el hecho, lo que demuestra la razón por la cual algunas conductas dolosas reciben un tratamiento jurídico más severo. Ahora bien, desde un enfoque psicológico, dice que la voluntad no altera el control que el sujeto ejerce sobre su acción, y tampoco justifica la necesidad de que exista un elemento volitivo en el dolo. Por esta razón, incluso cuando el resultado no es el que deseaba el sujeto en determinadas situaciones, se puede configurar el dolo si es que este actúa con conocimiento de los riesgos que se pueden producir. Greco concluye que no existe ningún fundamento en el cual se pueda exigir una voluntad que esté dirigida al resultado porque el dolo es exclusivamente conocimiento. Por esto, es posible que se pueda hablar de un dolo sin voluntad cuando el dominio del hecho se mantiene a pesar de que exista la ausencia de una intención psicológica.<sup>6</sup>

Por su parte, Carolina Bolea Bardón considera que la causalidad en los delitos de comisión por omisión no es física, ya que el no actuar de un sujeto no produce nada. En ese sentido, ella propone analizar estos delitos desde una perspectiva normativa para

---

calderón Tello Lyonel, Vera Rivera, María del Carmen (Barcelona, España: Bosch Editor, 2019), 149-198.

<sup>5</sup> Gabriel Pérez Barberá, *El dolo eventual hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental, dolo como concepto objetivo, dolo e imprudencia, relación y delimitación, datos psíquicos, relevancia, prueba del dolo en el proceso penal* (Hammurabi 2021). 848.

<sup>6</sup> Luis Greco, "Dolo sin voluntad" Revista Nuevo Foro Penal Vol. 13, No. 88, enero-junio 2017, pp. 10-38.

que, la persona que por su inacción produzca un resultado que incumpla el deber objetivo de cuidado y lesione un bien jurídico pueda ser imputada. Bajo esta lógica, la noción normativa que sugiere Bolea debe aplicarse a la causalidad, que en la omisión se entiende como la virtualidad causal de la acción debida. Esto quiere decir que debe evaluarse si existía la posibilidad de que el garante hubiera evitado un resultado en base a los criterios de imputación y no mediante un nexo físico. Esta misma perspectiva normativa también se proyecta sobre el elemento subjetivo, en la medida en que su valoración depende del contenido del deber infringido y de la posición de garante.<sup>7</sup> Entonces, desde un punto de vista omisivo, es necesario analizar la culpabilidad al momento en el que se va a evaluar la conducta del actor.

La colectividad de criterios de estos autores mencionados anteriormente, permite que se entienda cómo la comisión por omisión, la culpa y el dolo pueden tener diferentes aristas y reinterpretaciones, pero todos ellos llegando a la misma conclusión de que estos hechos deben ser analizados en un marco normativo, recalcando la importancia del deber objetivo de cuidado como el enfoque central para que exista una imputación penal, sobre todo a los profesionales que se encuentran en el ámbito sanitario.

### **3. Marco Teórico**

El presente marco teórico tiene como objetivo establecer una delimitación conceptual entre la imprudencia y el dolo eventual conforme a la postura de diferentes autores, con el fin de comprender en qué supuestos una omisión médica puede obtener relevancia penal, ya sea en el ámbito del dolo omisivo o de la imprudencia omisiva. Jakobs considera que la responsabilidad penal no se le atribuye a alguien solo por haber producido un daño directamente, sino que, también se debe hacer un análisis normativo en el cual se debe verificar si la persona tenía la competencia para evitar que un suceso ocurriera, pero aun así permitió que se dé el resultado. Conforme a su concepción, Jakobs explica que el injusto penal no se centra en el daño, sino en la lesión de la norma ya que es el único aspecto que el derecho penal toma en cuenta como jurídicamente relevante. Por esta razón, la función del derecho penal se enfoca en proteger un solo bien jurídico penal, que es la vigencia de la norma. Por tanto, la acción como la omisión

---

<sup>7</sup> Carolina Bolea Bardón, “Causalidad Hipotética e Incertidumbre en la Omisión”, en *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, coord. De Jesús- María Silva Sánchez, Joan J. Queralt Jiménez, Mirentxu Corcoy Bidasolo Ma. Teresa Castiñeira Palou ( Uruguay, 2017), 459- 470.

pueden afectar ese bien de la misma manera cuando el sujeto tiene la competencia necesaria para influir en el desarrollo del hecho.<sup>8</sup>

En otro sentido, José Antonio Caro John detalla cuándo una omisión debe ser tratada como culpa simple o si cruza la línea para llegar a un dolo eventual. Si una persona actúa dentro de un rol social natural, dicha conducta será protegida por la prohibición de regreso, lo cual quiere decir que no se le puede imputar por el daño lesivo del hecho principal, lo único que le atribuye es un delito por comisión por omisión culposa. Sin embargo, cuando la persona quebranta su rol estandarizado de su ejercicio y actúa en posición de garante, la no actuación de esa persona puede configurarse dolosa. En otras palabras, si el sujeto sí prevé el resultado, pero a su misma vez decide mantener la situación riesgosa, esta se liga al dolo eventual por comisión por omisión.<sup>9</sup>

Siguiendo la línea doctrinal, Lorenzo Morillas Cueva menciona que es necesario comprender la teoría jurídica del delito y sus aristas como los juicios de antijuricidad y culpabilidad, además de sus elementos subjetivos u objetivos que deben aplicarse. El autor menciona que el dolo cumple con dos funciones al mismo tiempo, la función en el injusto que expresa la voluntad de realizar el hecho prohibido que se integran los elementos subjetivos del tipo, y la función en la culpabilidad. Estas expresan el grado de reproche que permanece en la decisión del autor. Desde esta perspectiva, la conducta dolosa se puede analizar desde la función tipificadora, pero también desde el reproche personal, lo cual sirve para poder diferenciar entre los comportamientos que pudieran ser dolosos o culposos.<sup>10</sup>

Complementando lo anterior, Benítez Ortuzar determina que la responsabilidad en la actividad sanitaria usualmente se ubica en el marco de la imprudencia. Esto ocurre cuando el profesional incumple la *lex artis*, y como consecuencia, se da un resultado lesivo o incluso la muerte del paciente. A pesar de que el dolo es excepcional en este contexto, el autor señala que podría configurarse el dolo eventual en los casos en los que el experto de la salud, conociendo un riesgo grave derivado de su propia actuación, decide continuar asumiendo la posibilidad de que el resultado lesivo se materialice. A

---

<sup>8</sup> Günther Jakobs, “La Intervención delictiva” en *Derecho Penal y sociedad. Tomo II. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, coord. de Montealegre Lynett, Eduardo (Bogotá, Colombia, 2007), 15-31.

<sup>9</sup> José Antonio Caro John “participación delictiva y deber de solidaridad mínima” en *Derecho Penal y sociedad. Tomo II. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, coord. de Montealegre Lynett, Eduardo (Bogotá, Colombia, 2007), 35-49.

<sup>10</sup> Lorenzo Morillas Cueva “*Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*”, (Madrid, España: Dykinson 2010), 122-150.

diferencia de la imprudencia consciente, aunque el profesional también prevé el peligro, este actúa confiando en que el resultado no va a suceder. Por lo tanto, el autor expresa que, a pesar de que en estos dos supuestos el sujeto conoce la existencia del riesgo, en el dolo eventual el profesional no solo se representa la posibilidad del resultado lesivo, sino que lo acepta y actúa a pesar de ello. Por otro lado, la imprudencia consciente opera bajo la idea de que el daño no se producirá.<sup>11</sup>

#### **4. Marco Normativo y Jurisprudencial**

Este apartado tiene como objetivo exponer las normas y jurisprudencia que sustentan la comisión por omisión, *lex artis*, bienes jurídicos protegidos. Los cuerpos normativos que mayor relevancia tienen con respecto a la comisión por omisión en mala práctica profesional son los cuerpos nacionales, como es la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal, como normas fundamentales.

En Ecuador, existen principios constitucionales que sirven para la interpretación y aplicación de normas penales con respecto a la responsabilidad profesional. Uno de los deberes primordiales que están tipificados en la Constitución, es que el Estado debe garantizar que se protejan los derechos fundamentales de cada habitante, así como es el de la salud.<sup>12</sup> Además debe prever la paz y la seguridad integral para que se pueda vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción.<sup>13</sup>

En cuanto a la comisión por omisión, esta cobra importancia porque el Estado es quien debe prevenir e incluso sancionar conductas por parte de profesionales que por su acción o su inacción hayan incumplido el deber objetivo de cuidado y que como consecuencia se vulneren los derechos establecidos en la Constitución. Asimismo, la Constitución reconoce que el bien jurídico más importante es la vida.<sup>14</sup> Por tal razón, incluso la comisión por omisión puede tener un amparo constitucional. Es así que el artículo 54 de la Constitución establece que las personas serán responsables por mala práctica en el ejercicio de su profesión, especialmente cuando esta ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas. Así, se reconoce la responsabilidad civil y penal

---

<sup>11</sup> Ignacio Francisco Benítez Ortúzar “ El dolo en la actividad sanitaria con el resultado de lesiones o Muerte del paciente. El problema del dolo eventual” en *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, y administrativa del médico y otros agentes sanitarios” (España 2009) 121-240.*

<sup>12</sup> Constitución de la República del Ecuador, R.O 449, 20 de octubre de 2008, última reforma 30 de mayo 2024.

<sup>13</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008.  
Artículo 3.8 Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>14</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008.  
Artículo 66.1, Constitución de la República del Ecuador.

que deriva de un servicio prestado de una manera negligente.<sup>15</sup> En ese sentido, la puesta en riesgo puede ser cometida por conductas activas u omisivas.

En cuanto a la práctica, la Constitución menciona que todo ecuatoriano tiene como responsabilidad ejercer su profesión bajo el cuadro ético y diligente en el ejercicio de su profesión.<sup>16</sup> En estos casos, el artículo 146 del COIP establece lo siguiente: “*La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años...*”.<sup>17</sup> Por lo tanto, cuando la conducta profesional incumple con la *lex artis* y como resultado se genera un hecho lesivo, se configura el tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional.

En concordancia con lo expuesto, la *lex artis* es conocida por el estándar profesional que un experto en el área médica debe seguir para no vulnerar ningún bien jurídicamente protegido injustificadamente. Es por eso por lo que el artículo 27 del COIP expresa: “*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 una infracción en este código.*”<sup>18</sup> Esto demuestra que la culpa debe ser solo sancionada cuando el legislador de manera expresa lo tipifica.

Partiendo desde la materia de la omisión, el artículo 28 del COIP menciona: “*La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante...*”<sup>19</sup> Esto reconoce que solamente en esos supuestos la omisión cobra relevancia penal para los efectos en los cuales se equipara con la acción. De esta manera, la posición de garante y el conocimiento del riesgo constituyen la vía para permitir que la omisión sea imputada de manera dolosa, cuando el sujeto incumple con un deber jurídico específico de cuidado.

## **5. Desarrollo**

### **5.1 Concepto y alcance del derecho penal sanitario**

---

<sup>15</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Artículo 54 Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>16</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>17</sup> Artículo 146, Código Orgánico Integral Penal, [COIP], Registro Oficial, Suplemento 107, Quito, 03 de febrero de 2014 Reformado por última vez 24 de diciembre de 2019.

<sup>18</sup> Artículo 27, COIP.

<sup>19</sup> Artículo 28, COIP.

El derecho penal sanitario es una rama del derecho penal que regula cuándo las acciones u omisiones de los profesionales de la salud pueden acarrear responsabilidad penal. Barreiro menciona que cualquier tipo de intervención médica contiene un grado de riesgo ya que al estar frente a la anatomía biológica como es el cuerpo, no se puede obtener una seguridad máxima. De esta premisa, se alega un criterio propio que demuestra que al médico no se le puede valorar por el resultado, sea que cause una lesión o la muerte de un paciente; a estos profesionales se les debe valorar por los medios que ellos han empleado.<sup>20</sup> Como se ha mencionado anteriormente, cada médico debe cumplir con la exigencia debida que forma parte del objetivo de la *lex artis*, por lo tanto, si el profesional actúa conforme a la *lex artis*, se encuentra exento de responsabilidad penal. Solo existirá un interés de imputación penal cuando la actuación es irrazonable, sea por imprudencia, negligencia o impericia y que además sobrepase el riesgo permitido y caiga en la línea del riesgo prohibido, incluso puede configurarse el elemento de dolo eventual en las situaciones excepcionales en las que el profesional de la salud sabiendo el riesgo prohibido, continúa aceptando la posibilidad de causar un daño y deja el resultado lesivo al azar. En este contexto, la imprudencia y el dolo eventual también están expuestos penalmente cuando se conoce del peligro que no está permitido y aun así aceptan el riesgo.<sup>21</sup>

También el autor destaca que las intervenciones quirúrgicas del médico pueden producir afectaciones hacia los bienes jurídicos fundamentales como es la vida del ser humano. Esto significa que el derecho penal sanitario debe dirigirse hacia la protección reforzada del bien jurídico. Es por ello que, a pesar de que la actividad médica contemple ciertos riesgos que son inherentes, el límite que existe entre lo permitido y lo prohibido está determinado por el deber de garantizar que las actuaciones destinadas tanto al tratamiento o a la curación no comprometan de manera injustificada la vida del paciente.<sup>22</sup>

Barreiro también establece que el derecho penal sanitario se rige por el principio de *última ratio*, es decir: que la pena debe ser restrictiva y proporcional, aplicándose solo en los casos en los cuales se vulneró gravemente el estándar de cuidado.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Agustín Jorge Barreiro, “Aproximación al estudio del derecho penal sanitario”, 617-618.

<sup>21</sup> Id., 618- 624

<sup>22</sup> Id., 618- 624

<sup>23</sup> Id., 620- 642.

No cualquier actuación médica se debe ir por la vía penal, es más, muchos casos se resuelven por otras ramas del derecho, pero cuando estamos frente a una posible responsabilidad penal, se busca aplicar sanciones funcionales como, por ejemplo, una inhabilitación. De esa manera se protege la autonomía clínica siempre que estén en el rango del riesgo permitido.<sup>24</sup>

El marco normativo penal establece los principios de división de trabajo y confianza, lo que significa que cada participante es responsable de ejecutar su adecuada competencia, confiando que los demás también cumplirán con su deber, a excepción de que existan señales notorias en las cuales los profesionales no puedan actuar. Además, si el jefe del departamento médico incumple con su deber de coordinación, control o supervisión, este puede estar frente a la figura de imprudencia impropia.<sup>25</sup>

El autor aclara que el principio de confianza opera como un auténtico límite a la responsabilidad penal dentro del trabajo médico en equipo. Esto impide que se atribuya una responsabilidad por los actos ajenos cuando cada profesional actúa correctamente dentro del margen de su competencia. El médico puede confiar en que los otros miembros del equipo cumplirán de manera correcta en el ámbito de su competencia con excepción de que los integrantes sean inexpertos, tengan un grado de ineptitud, o conductas irregulares, lo que elimina la posibilidad de confiar. Sin embargo, la responsabilidad penal solo se amplía cuando estas señales se vuelven evidentes y el profesional pudiendo advertirles, decide no actuar. De lo contrario, la confianza es un mecanismo que sirve para preservar la seguridad jurídica del equipo médico y evita una expansión indebida de la imputación penal.<sup>26</sup>

Para concluir, el derecho penal sanitario, reconoce las posiciones de garante en situaciones donde el riesgo es alto, lo cual será útil para determinar el alcance de la comisión por omisión en situaciones médicas.

## **5.2 Riesgo permitido y riesgo prohibido**

Dentro de la teoría de la imputación objetiva, aparece el elemento del riesgo permitido. Este se entiende como el límite dogmático que elimina la importancia penal hacia ciertas conductas por parte de los médicos que, aunque estas puedan resultar riesgosas o peligrosas, terminan siendo socialmente aceptadas por haber sido necesarias

---

<sup>24</sup> Id., 617- 642.

<sup>25</sup> Id., 623- 642.

<sup>26</sup> Id.

y se ajustan a la práctica médica reconocida.<sup>27</sup> Sin embargo, como menciona Flores, el riesgo permitido se vuelve difícil de delimitar porque carece de fundamentos teóricos uniformes.<sup>28</sup>

A su vez, Ártico comparte la misma teoría de que el riesgo no se puede eliminar totalmente del ámbito médico porque en la práctica esta disciplina siempre va a contener riesgos inciertos. Es decir, la actividad médica presupone y acepta la existencia de diversos riesgos que pueden existir dentro de una actividad en concreto, es decir, por su propia naturaleza, prima la incertidumbre causal. Es por eso por lo que el riesgo permitido funciona como una causa de exclusión de la tipicidad, porque cuando la conducta se desarrolla en un margen estandarizado y conforme a la conducta debida, resulta típicamente irrelevante para el ordenamiento jurídico, aunque el resultado termine en una lesión o muerte. De todas formas, estos resultados pueden ser considerados tolerables.<sup>29</sup>

Caro John, plantea que el riesgo permitido delimita la libertad de acción dentro de la sociedad, pero este elemento no siempre está desaprobado jurídicamente. De igual manera, confirma que hay peligros que son necesarios para la convivencia moderna.<sup>30</sup> Esto quiere decir que, aunque exista un grado de peligrosidad, siempre que se encuentre el sujeto cumpliendo con su rol, esta acción será cubierta por el riesgo permitido.<sup>31</sup> Además, el autor agrega que el riesgo permitido se ve superado cuando la conducta del experto en la salud excede los límites normativos de su rol que se encuentran delimitados por las normas extrapenales.<sup>32</sup>

Lyonel Tello sostiene que el riesgo permitido en el ámbito penal opera como un límite normativo que está directamente relacionado con la imprudencia punible. Para él, no es típica cualquier previsibilidad, solamente la que supera el riesgo permitido y produce un resultado gravoso que afecte un bien jurídico protegido.<sup>33</sup> Asimismo, plantea que si el profesional contaba con la aptitud de prever el riesgo y además evitarlo, pero decidió no

---

<sup>27</sup> Allen Martí Flores Zerpa, “*observaciones al fundamento del riesgo permitido*”, Revista Derecho Penal y Criminología, vol. 46, n.º 120 (enero-junio de 2025), pp. 253-285.

<sup>28</sup> Id.

<sup>29</sup> Juan Cruz Ártico, “*El riesgo permitido en el derecho penal: fundamentos y determinación*”, Revista Pensamiento Penal septiembre 2015, 1-18.

<sup>30</sup> José Antonio Caro John, “*Algunas consideraciones sobre riesgo permitido en el Derecho Penal*”, Forseti. Revista de Derecho. Volumen 12, N.18, Lima, 2023, 41-66.

<sup>31</sup> Id.

<sup>32</sup> Id.

<sup>33</sup> Lyonel Fernando Calderón Tello, “*El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y la receptación*”, (tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal, 2017), 1-610.

hacerlo, se configura un riesgo jurídicamente desaprobado y puede llegar a ser imputable penalmente.<sup>34</sup> Aunque Tello no menciona explícitamente el término de riesgo prohibido, este sucede cuando el profesional sanitario traspasa el marco de tolerancia jurídica, y además vulnera las normas del ejercicio profesional porque ya no está frente a un resultado accidental, sino frente a una conducta que el ordenamiento jurídico considera no aceptable.<sup>35</sup>

Todos los autores mencionados anteriormente tienen una misma perspectiva acerca de estas teorías, coinciden en el núcleo conceptual en el que el derecho penal tolera un determinado grado de riesgo sobre todo en profesiones como la medicina. Sin embargo, tanto en las acciones como en las omisiones el experto que sale de los parámetros clínicos podría estar frente a una imputación penal lo cual ocurre cuando se cruza la línea del riesgo permitido y, por ende, da lugar al riesgo prohibido por imprudencia o por dolo eventual.

### **5.3 *Lex artis* como criterio de evaluación de la conducta debida conforme a derecho “La conducta alternativa conforme a derecho”**

Para poder determinar la responsabilidad penal en el ámbito médico es necesario implementar parámetros técnicos propios de la práctica profesional. Es decir, la *lex artis* es un conjunto de procedimientos, técnicas, y reglas generales que están asociadas al estado de la ciencia y de la técnica que determinan cómo un médico debe actuar.<sup>36</sup> El objetivo de estas reglas es regular la actuación del experto y asegurar que este se adecue a los principios científicos y además éticos que se encuentran universalmente aceptados. Se debe evaluar su conducta en base a los estándares permitidos y a las situaciones presentes.<sup>37</sup> En este sentido, la *lex artis* sirve para implementar un parámetro normativo que es útil para determinar si la omisión por parte de un profesional se constituye como una infracción al deber objetivo de cuidado o caso contrario, ver si una actuación se encuentra en el rango permitido del ejercicio médico.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> Tello, “*El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y la receptación*”, 1-100

<sup>35</sup> Id., 120-135.

<sup>36</sup> Alma Rosa Frías Enríquez, María de Jesús Medina Arellano, Pame Rodríguez Padilla, ed. R.M. Romero “*Responsabilidad administrativa, civil y penal del profesional de la salud*”, (Mexico: 2022), 130-136.

<sup>37</sup> Id., 25-45.

<sup>38</sup> Id., 53-79.

En el ámbito sanitario, la exigencia de la conducta debida puede configurarse por dos enfoques. El primero es la tesis general, la cual actúa como un parámetro de diligencia previamente definido y que además orienta la actuación médica con carácter abstracto. Normalmente provienen de la existencia de protocolos o instructivos médicos.

La doctrina de Ítalo Reyes sostiene que este estándar no puede asumirse como un criterio neutro. Esta debe ser precisa y desarrollada.<sup>39</sup> Esto implica que la regla de cuidado debe ser *ex ante*, considerando desde el inicio las condiciones que son relevantes al caso y las consecuencias que son potencialmente peligrosas asociadas a la intervención sanitaria.<sup>40</sup>

Por otro lado, la exigencia de la conducta debida puede configurarse a través de la tesis individualizadora. Esto se da porque a medida que el conocimiento médico se desarrolla y evoluciona constantemente volviéndose más especializado, demanda ajustar la regla de cuidado a la realidad concreta en la que el profesional actúa. Este enfoque no pretende transformar la medida objetiva a un juicio subjetivo. Lo que en realidad busca es reconocer que las circunstancias particulares y los conocimientos actuales o disponibles para el profesional forman parte de la construcción de la conducta debida.<sup>41</sup> Desde esta perspectiva, la valoración del caso concreto se adapta a la estructura de la exigencia de cuidado sin desnaturalizar su carácter normativo.

### 5.3.1 *Lex artis ad hoc*

Otro elemento que sustenta la regularización en el ámbito sanitario y que justifica la configuración de la conducta debida bajo la tesis individualizadora es la *lex artis ad hoc*. Esta sirve para complementar la *lex artis*, pero con la diferencia de que esta tiene un análisis más individualizado, en el que se analizan las incidencias particulares del caso y de los conocimientos especiales del agente. La cuestión que se discute es el análisis de la conducta del profesional según las condiciones específicas de cada caso, ya que es necesario incluir una investigación donde se valore ciertos factores clínicos, los medios que fueron disponibles al profesional, y a su vez determinar cuáles fueron las necesidades específicas del paciente. Como se ha mencionado con anterioridad a través de distintos autores, la medicina tampoco responde frente a parámetros exactos ni de

---

<sup>39</sup> Ítalo Reyes, “Sobre la construcción de la exigencia de cuidado”. En Política criminal. Vol. 10, N° 19 (Julio 2015), 59-72. Obtenida en: [[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_10/n\\_19/Vol10N19A3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_19/Vol10N19A3.pdf)]

<sup>40</sup> Id.

<sup>41</sup> Id.

manera uniforme, por eso este criterio reconoce que no se debe implementar un único curso de acción obligatorio para los distintos casos médicos, más bien propone analizar la acción de los profesionales ajustándose a cada circunstancia específica en modo, tiempo y lugar.<sup>42</sup>

Por lo tanto, la *lex artis* como la *lex artis ad hoc*, son mecanismos para determinar la actuación en el área sanitario por parte de los profesionales y lograr identificar si estos abandonaron el curso de acción sujeta al riesgo permitido, mientras que, cuando se trate de una omisión en el ejercicio, los profesionales se posicionarán frente a una responsabilidad penal bajo las normas generales y a las particularidades específicas de la práctica médica.<sup>43</sup>

#### **5.4 El dolo eventual y la imprudencia en supuestos de comisión por omisión en el ámbito penal sanitario**

De acuerdo con la última modificación del COIP con fecha 24 de octubre 2025, el artículo 26 mantiene la misma definición del dolo introducida en la reforma del 2019. Esto demuestra un cambio importante respecto al texto original del 2014. Este establecía que actuaba con dolo “la persona que tiene el designio de causar daño”.<sup>44</sup> Esta formulación respondía a un modelo estrictamente voluntarista, reducido al dolo de primer grado. Esto era porque se exigía la intención final de producir el resultado. Bajo esta lógica, el dolo de segundo grado como el dolo eventual estaban prácticamente excluidos, lo que en el ámbito sanitario llevaba a que conductas que eran altamente riesgosas fueran calificadas como imprudentes.

Con la reforma del 2019 y su vigencia actual en el 2025, el artículo 26 adquiere un modelo cognitivo y volitivo. Esto es porque actúa con dolo “*quien conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta*”.<sup>45</sup> Esta reforma ya no exige querer el resultado. Lo que pretende es que el sujeto decida mantener la conducta de acción o de omisión a pesar de que tenga conocimiento del riesgo y que, conociendo de los elementos objetivos del tipo, decida voluntariamente continuar su nexo causal. En ese sentido, recobra vital importancia la teoría de la imputación objetiva del resultado, ya que uno de sus requisitos fundamentales y que

---

<sup>42</sup> Alma Rosa Frías Enríquez, María de Jesús Medina Arellano, Pamela Rodríguez Padilla, “Responsabilidad administrativa, civil y penal del profesional de la salud”, 81-90

<sup>43</sup> Id., 130-135.

<sup>44</sup> Código Orgánico Integral Penal, [COIP], R.O 180 de 10-feb.-2014.

<sup>45</sup> Artículo 26, COIP.

forman parte de la tipicidad objetiva es la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y su eventual manifestación o concreción del riesgo en el resultado.<sup>46</sup> Esto permite integrar todas las formas del dolo, incluida el dolo eventual. Este adquiere relevancia en las situaciones sanitarias con respecto a la comisión por omisión porque la posición de garante intensifica el deber objetivo de cuidado. Cuando el profesional conoce de los riesgos que están prohibidos y aun así toma la decisión de no actuar, la conducta puede superar el nivel de la imprudencia consciente y adquirir relevancia penal hacia el dolo eventual.

Cuando estas categorías se trasladan al ámbito sanitario aparece una tensión dogmática. Esta es que la medicina opera bajo un margen inevitable de incertidumbre en el cual la previsibilidad nunca es absoluta. Es por eso por lo que cuando el profesional incluso no desee que se produzca el resultado, el conocimiento claro de un peligro grave, más la decisión de mantener la situación riesgosa, se puede obtener relevancia normativa y sobrepasar el riesgo permitido transformándose a riesgo prohibido y configurando el dolo eventual al dejar al azar la eventual concreción del riesgo en el resultado lesivo. Por otro lado, desde la perspectiva del COIP, la imprudencia consciente se caracteriza porque el profesional confía en que el resultado no se va a dar, mientras que en el dolo eventual se configura cuando pese a que prevé la posibilidad del resultado, acepta la continuación del riesgo. En cuanto a las situaciones omisivas, sobre todo en el ámbito sanitario, la diferencia entre culpa consciente y dolo eventual depende del grado de conocimiento de mantener un peligro que excede los límites del estándar de cuidado. En este punto, la doctrina resulta útil para complementar la lectura normativa del COIP. Ahora bien, es necesario recordar que, en virtud de los principios del derecho penal sanitario, los supuestos de mala práctica profesional con resultado de muerte ocurren principalmente en supuestos imprudentes.

A través de estos criterios, Bolea también apoya la teoría de que no solo debe demostrarse la existencia de una infracción al deber objetivo de cuidado, sino que también es necesario analizar los criterios que, al omitir una conducta, esta sobrepase el riesgo del nivel permitido y provoque un resultado lesivo o dañoso a un bien jurídico protegido. Así mismo, se vuelve relevante para el médico que abandona el curso de acción idónea, de la misma manera como ocurre en la omisión de procesos de

---

<sup>46</sup> Luis Greco, *“La teoría de la imputación objetiva, una introducción”*, (Perú: Editorial Zora, 2021), 20.

reanimación o la omisión de diagnósticos urgentes.<sup>47</sup> También plantea que un médico será únicamente responsable por comisión por omisión si el profesional se encuentra en la posición de garante.<sup>48</sup> Esta posición surge a raíz de la relación entre el médico y paciente, donde el profesional es quien toma el rol de proteger la salud y la vida. Finalmente, Bolea menciona que para imputar a alguien penalmente, cuando se comete una omisión no solo depende de la certeza científica del resultado, sino que además busca determinar si la omisión constituyó un riesgo que la norma no permite.<sup>49</sup> Para sintetizar las ideas de esta autora, se debe cumplir con ciertos elementos, como se ha mencionado a lo largo de este apartado. Estos son: la existencia de posición de garante, una vulneración al deber objetivo de cuidado, la existencia de un juicio hipotético de evitabilidad, y una conexión entre la omisión y el resultado. Una vez identificados estos elementos, el delito podrá estructurarse como un dolo eventual siempre y cuando el sujeto haya previsto el riesgo y aun así aceptó el resultado. No obstante, la doctrina no impide que existan casos en donde se pueda construir una teoría conforme al dolo eventual.

Ingebur Puppe ayuda al entendimiento del dolo eventual sin la necesidad de que el resultado dependa exactamente como el autor se lo había imaginado. Además, critica la teoría de la desviación esencial del curso causal porque si el resultado que se produce es por un suceso imprevisible, tampoco podría configurarse la figura de la imprudencia, porque cuando se habla de la imprudencia el requisito es que exista previsibilidad de manera ex ante. Con esto ella concluye que sería contradictorio hablar sobre un concurso entre la tentativa dolosa y la consumación imprudente en un mismo hecho porque este enfoque hace que se preste más atención a detalles causales que no determinan la existencia del dolo.<sup>50</sup>

La autora agrega el análisis de la *aberratio ictus* para fundamentar esta idea. Quiere decir que, para el análisis del dolo, no es necesario individualizar el objeto de la acción, ni tampoco que se siga exactamente el curso causal del actor. Lo que importa es que el sujeto quiera producir un daño a un bien jurídico protegido. Esta concepción demuestra que el dolo no se lo define solo por la presentación de un riesgo y tampoco se lo puede

---

<sup>47</sup> Carolina Bolea Bardón, “La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad”, InDret, revista para el análisis del derecho (2018), 9-10.

<sup>48</sup> Carolina Bolea Bardón, “La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad”, 10-11.

<sup>49</sup> Id.

<sup>50</sup> Ingeborg Puppe, citada en Josué Fossi, “El dolo eventual: Ensayo sobre un modelo límite de imputación subjetiva”, (Barcelona, España: Bosch Editor, 2022), 10-210.

definir solo por una coincidencia entre lo que se planeó y lo que verdaderamente ocurrió.<sup>51</sup>

Para que exista una imputación dolosa el autor debe tener pleno conocimiento de que su conducta genera un peligro elevado de producir un resultado, y de todas maneras decide actuar o no actuar a pesar de que este es consciente del riesgo existente. Si el peligro es completamente notorio, quiere decir que la confianza que tenía el sujeto de que el resultado no se iba a producir, refleja una falta de interés por la protección de la salud, o la vida, bienes jurídicos que forman parte de los principios rectores de la actividad sanitaria. Por ende, el dolo eventual solo se verifica cuando el riesgo que el autor tenía en mente se materializa y desencadena un resultado lesivo.<sup>52</sup>

A pesar de que las teorías de Puppe se desenvuelven en conductas activas, su perspectiva influye en el ámbito omisivo. Si el garante tiene conocimiento de que su omisión va a producir un resultado lesivo, confía en que nada va a pasar, y además no hace nada para evitarlo, esta inacción puede tener un acercamiento al dolo eventual siempre que el resultado sea acorde a lo que el actor había previsto. Bajo esta lectura, este puede servir para un análisis interpretativo derivado de las perspectivas de Puppe. El autor Josué Fossi se basa en diferentes teorías para analizar el dolo eventual, como las de Roxin y Jakobs, en el cual determina que la determinación del dolo eventual no dependa de un estado mental, sino de la interpretación que cada juez puede tomar con respecto al riesgo infringido.<sup>53</sup>

Además, incluye a Bustos y Hormazabal, quienes tienen diferentes concepciones sobre el dolo. Ellos mencionan que en el dolo eventual no se verifica la voluntad real de causar un daño ni tampoco la existencia de un conocimiento pleno de que el resultado iba a suceder. Lo único que existe en este caso es que el sujeto se imagina que pudiese pasar algo malo y aun así no toma las medidas necesarias para evitarlo, lo cual es típico de la culpa consciente. También a través de estos autores, se dice que los jueces que tratan al dolo eventual como si este fuera dolo, no lo hacen porque existan razones dogmáticas, sino simplemente para castigar más grave la conducta culposa que aparenta tener el riesgo y la vulneración como si esta hubiera sido dolosa.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Id.

<sup>52</sup> Id.

<sup>53</sup> Josué Fossi, “*El dolo eventual: Ensayo sobre un modelo límite de imputación subjetiva*”, (Barcelona, España: Bosch Editor, 2022), 10-210.

<sup>54</sup> Id., 45-100.

Para Fossi, el dolo eventual no es claro. Hoy en día este elemento se usa como una categoría límite para los casos en los que el resultado es tan grave, aunque la intención del sujeto no era esa, pero aun así perjudicó un bien jurídico protegido. En otras palabras, menciona que el dolo eventual solo se manifiesta cuando existe alguna duda para poder imponer una pena más alta, mas no porque exista una distinción real de los elementos del dolo eventual. Esto conlleva a que muchos expertos en la práctica califiquen ciertos sucesos bajo la figura del dolo eventual o de la culpa.<sup>55</sup> En ese sentido, y como conclusión, si en la actividad médica prima el umbral de incertidumbre es plausible que se interprete la procedencia del dolo eventual. Si entendemos bien los principios rectores y el juramento hipocrático de la actividad sanitaria, es razonable concluir que, en principio, ningún médico tiene la voluntad de atentar contra la vida de su paciente. No obstante, si realiza conductas que incrementan injustificadamente un riesgo y acepta dicho peligro dejando el resultado lesivo al azar, es razonable que se configure un dolo eventual independientemente del rango de la voluntad.

### **5.5 Estructura de la omisión**

En este subtema, se analizará como debe tratarse el dolo en los delitos de comisión por omisión. Para aquello, se utilizará el análisis de Jakobs con respecto a este elemento.

El autor sostiene que la comisión por omisión dolosa funciona de la misma manera que un delito activo. Para que una omisión pueda configurarse como comisión por omisión se debe cumplir con requisitos especializados. Entre estos está, que la persona debe estar en posición de garante, que este haya previsto el resultado y que el resultado lesivo causado por su inacción sea equivalente al de una acción.<sup>56</sup>

Por otro lado, la imprudencia no cuenta con estos requisitos porque no existe una decisión consciente por parte del actor frente al riesgo. Cuando se trata la imprudencia, se analiza la posibilidad de que el actor debió saber lo que podía pasar, pero en realidad no lo pensó. Por tal motivo, Jakobs rechaza la idea de que exista una comisión por omisión imprudente.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> Id.

<sup>56</sup> Günther Jakobs, “*Derecho Penal Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación 2da edición corregida*”, (Madrid: 1997), 3-1110.

<sup>57</sup> Günther Jakobs, “*Derecho Penal Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación 2da edición corregida*”, 1074.

## 5.6 Comisión por omisión y juicio de imputación hipotética del resultado

La comisión por omisión es uno de los problemas dogmáticos que más se discuten en el derecho contemporáneo. Esto ocurre porque se intenta atribuir una responsabilidad penal a quien no actuó a pesar de que tenía la obligación de hacerlo, así como lo expresa el artículo 23 del COIP. En cambio, cuando estamos frente a una causalidad empírica, es factible atribuir una responsabilidad penal al evidenciar lo que efectivamente sucedió. Es decir, se puede corroborar tanto dogmática como en aspectos de prueba, que la causa de la lesión al bien jurídico protegido provino de una acción que incrementó el riesgo de la lesión. Mientras que en la comisión por omisión es muy complejo determinarlo por una causalidad naturalística. Esto no es porque el hecho de no actuar no pueda constituir un delito, sino porque la comisión por omisión no produce un efecto físico que se lo pueda observar directamente y que permita reconstruir una causalidad natural. Por esta razón, en los delitos omisivos impropios el derecho penal acude a la causalidad hipotética y a los criterios normativos de la imputación. De esta manera se evalúa si la acción debida podía haber evitado el resultado conforme a una conducta alternativa que se ajuste al derecho.

La doctrina propone resolver la imputación por medio de la causalidad hipotética, que hace referencia a si la acción que debía haberse realizado contenía una probabilidad alta de evitar el resultado típico.

En esa misma línea, Bolea alega una conducta alternativa que se ajusta al derecho. En este eje se intenta resolver la incógnita de la posibilidad de evitar un resultado cuando la persona, que en este caso sería el profesional de la salud, omite una conducta que le era exigible en el marco de la comisión por omisión.<sup>58</sup> Caso contrario, en el cual no se pueda responder a esta pregunta guía, lo que en el derecho debería suceder es excluir la responsabilidad por el resultado.

A pesar de estos cuestionamientos, Bolea demuestra la vulnerabilidad de esta estructura, ya que, en el ámbito médico, al prevalecer procesos biológicos y estadísticos variables, resulta casi imposible determinar después de una intervención médica si se hubiera podido evitar alguna lesión o la misma muerte. Con esta determinación, la valoración de la prueba no debe calificarse en base a una causalidad física, sino debe fomentarse ciertos criterios normativos de la imputación objetiva.<sup>59</sup> También es importante

---

<sup>58</sup> Carolina Bolea Bardón, *“La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad”*, 2-3.

<sup>59</sup> *Id.*, 8-10.

mencionar que la exigencia de cuidado debe evaluarse *ex ante*. Esto quiere decir que debe comprobarse si la acción indicada era la idónea para que se pueda mantener el riesgo dentro de los límites permitidos. Por otra parte, para verificar si ese riesgo se materializó o apareció un nuevo riesgo que explique el resultado, se hace el análisis *ex post*, para determinar si este resultado puede ser objetivamente imputado al garante.<sup>60</sup>

### **5.7 La cláusula de equivalencia del artículo 23 del COIP**

En este apartado, se establecerá el límite de la comisión por omisión en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. El artículo 23 del COIP estipula que la conducta punible puede darse a causa de una acción o de una omisión. A pesar de que esta norma no diferencia adecuadamente estas dos modalidades, se manifiesta que quien no impida un resultado cuando este tenía el deber jurídico de hacerlo, será tratado como si lo hubiera causado. Es por eso por lo que, a través de este artículo, la legislación ecuatoriana incorpora la teoría de equivalencia donde la omisión y la acción podrían tener el mismo tratamiento jurídico. Este criterio cobra importancia en el ámbito sanitario ya que existe confusión acerca de estos dos criterios.

Para Lascuraín, la imputación de una omisión no debe ser tratada ni castigada como si fuera una acción. El resultado es omisivo cuando el omitente permitió la realización de un riesgo jurídicamente desaprobado que se enfoca en el resultado. Para él, una omisión debe ser equivalente a la acción siempre y cuando la omisión del sujeto no haya provocado un resultado relevante para el ordenamiento jurídico cuando este se encontraba en el rol de evitar dicho resultado, por lo tanto esta inacción debe tener el mismo significado jurídico y además la misma gravedad como si este hubiera actuado para producir el resultado.<sup>61</sup> A su vez, el autor señala que, para que se aplique la teoría de equivalencia sobre una omisión, el profesional debe estar en posición de garante, caso contrario, la comisión por omisión no debe ser responsable penalmente. Además, no basta con que el experto haya tenido los recursos para evitar un hecho, sino que también debe estar obligado a hacerlo.<sup>62</sup> Para que la omisión tenga la misma carga que

---

<sup>60</sup> Id.

<sup>61</sup> Juan Antonio Lascuraín Sánchez, “Omisiones equivalentes”, en *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, coord. De Jesús- María Silva Sánchez, Joan J. Queralt Jiménez, Mirentxu Corcoy Bidasolo Ma. Teresa Castiñeira Palou ( Uruguay, 2017), 676-683.

<sup>62</sup> Juan Antonio Lascuraín Sánchez, “Omisiones equivalentes”, 670

una acción, deben concurrir el desvalor del resultado, entendido como el daño producido, y el desvalor de la acción, referido a la forma en que se generó dicho daño..<sup>63</sup>

Cuando la ley especifica como un delito debe ejecutarse, la acción y la omisión no equivalen lo mismo. Esto es porque él no hacer algo no siempre tiene el mismo peso jurídico ni moral como cuando alguien si lo hace.<sup>64</sup>

Finalmente, este autor hace referencia a la equivalencia semántica. Esto quiere decir que para dar el tratamiento de la omisión igual a una acción es importante regirse bajo lo que dice la norma de un cuerpo legal y además estar sustentado al principio de legalidad (*Nullum crimen, nulla poena sine lege*).<sup>65</sup>

### **5.8 Tipicidad de la omisión dolosa en el artículo 28 del COIP**

El artículo 28 del COIP determina cuando una omisión puede ser tratada equivalentemente a la acción típica y a su vez, determinar cuándo se puede hablar de comisión por omisión en el ordenamiento ecuatoriano.<sup>66</sup>

Partiendo desde esta línea, el artículo expresa que será relevante la omisión únicamente cuando deliberadamente el sujeto prefiere no evitar el resultado encontrándose este en posición de garante.<sup>67</sup> Como consecuencia, el legislador solo permite tratar el elemento de omisión como si fuera una acción siempre que exista dolo y no imprudencia. Al expresar que el sujeto tiene que estar en posición de garante el artículo establece un límite. Para ello, es necesario que exista una obligación legal de protección y que además el sujeto haya creado o a su vez incrementado un riesgo grave que como consecuencia produjo un resultado gravoso vulnerando el bien jurídico protegido.<sup>68</sup> Por ende, la norma detalla la existencia de un grado de voluntad, conocimiento y de control que no es compatible con la figura de la imprudencia en la cual el sujeto tiene la posibilidad de prever el resultado, pero su conducta no está dirigida hacia la aceptación del resultado.

En este sentido, el artículo 28 sirve para dar un cierre tipificador porque a pesar de que el artículo 23 del COIP expresa que quien no impide un resultado teniendo la obligación

---

<sup>63</sup> Id., 678.

<sup>64</sup> Id., 679.

<sup>65</sup> Id.,682.

<sup>66</sup> Artículo 28, COIP.

<sup>67</sup> Artículo 28, COIP.

<sup>68</sup> Artículo 28, COIP.

de hacerlo se lo juzgará como si lo hubiera causado, la única manera de que se pueda imputar por comisión por omisión en Ecuador está expresa en el artículo 28 del COIP. La equivalencia entre la acción y omisión no cabe lugar cuando se está frente a la figura de la imprudencia porque en este artículo analizado, se exige que el sujeto prefiera no evitar un resultado, lo cual en culpa consciente o inconsciente es un elemento que está ausente.

En base a este análisis, se determina que la figura de comisión por omisión culposa o imprudente no se encuentra reconocida en el sistema penal ecuatoriano. Cuando se trata de la comisión por omisión culposa se le puede atribuir una responsabilidad penal exclusivamente en las situaciones donde expresamente haya un tipo penal culposo como en el artículo 146 del COIP en el ámbito de mala práctica profesional, pero esto no significa que se lo pueda elevar al nivel donde la omisión es equivalente a una acción, porque el legislador exclusivamente determinó que esto solo cabe cuando se trate de una omisión dolosa.

Esta normativa sirve para delimitar cuándo la omisión cobra importancia penal de la misma forma que cuando hay una acción, pero restringiéndola solo en los casos en los que se verifiquen los elementos como se mencionó con anterioridad.

En virtud de la incertidumbre que existe en el derecho penal sanitario, es necesario concretar la posibilidad de implementar el dolo eventual en un caso. Lastimosamente, la jurisprudencia nacional es escasa sobre esta materia. Por este motivo, se construye un caso hipotético que permita aplicar los criterios dogmáticos relevantes.

### **5.9 Análisis de un caso hipotético**

En un hospital público de tercer nivel, un paciente ingresó al área de emergencia con una hemorragia intraabdominal producto de un trauma cerrado. Debido a la gravedad del cuadro, el equipo quirúrgico inició la intervención médica con el fin de controlar el sangrado y estabilizar al paciente. Durante el procedimiento, el equipo usó 75 gasas estériles, registradas según el protocolo institucional. Al finalizar la intervención quirúrgica, el conteo arrojó que se contabilizaban solo 74 gasas. A pesar de esta advertencia, la cavidad abdominal fue cerrada sin realizar una verificación exhaustiva ni tampoco realizaron una tomografía intraoperatoria. A pesar de que los protocolos exigían descartar la presencia de cuerpos extraños, procedieron a cerrar al paciente. Una semana después, el paciente presenta signos de infección abdominal grave. Una tomografía reveló que el producto de su infección era por tener un cuerpo

extraño atorado. Mientras se preparaba una segunda cirugía para extraerlo, el paciente desarrolló un choque séptico y falleció.

### 5.9.1 Análisis en el ordenamiento ecuatoriano

En el ordenamiento penal ecuatoriano, la imputación de la responsabilidad en los supuestos omisivos debe partir de la delimitación de las formas de comisión por omisión admitidas en el COIP. A pesar de que el artículo 23 del COIP equipara el no impedir un resultado típico con ocasionarlo<sup>69</sup>, este no opera dentro de los límites del artículo 28 del COIP que incluye la norma de tipicidad de la omisión impropia. Es por eso por lo que en Ecuador únicamente se reconoce la omisión dolosa porque dicho artículo exige que el sujeto prefiera no evitar un resultado material típico.<sup>70</sup> Esta exigencia demuestra que el componente volitivo es incompatible con la figura de la culpa. El hecho de que no exista un tipo penal que reconozca la comisión por omisión imprudente significa que ninguna conducta omisiva pueda ser analizada como comisión culposa en Ecuador.

Frente a esta situación, surge una cuestión importante: ¿Puede una omisión médica configurarse como dolo eventual?

Para poder responder esta cuestión, no basta solo con incurrir al concepto general de la conducta debida. Resulta necesario considerar cómo el nivel de experticia del profesional incide en su capacidad de prever y valorar un riesgo. Desde este punto de vista, la tesis individualizadora resulta útil. Esta permite que se pueda evaluar el grado de comprensión técnica que el médico tenía frente a las consecuencias probables de su omisión sin convertir el análisis en un juicio subjetivo. Lo que realmente importa es que cuando se trata de los conocimientos que forman parte de la práctica diaria y accesible al equipo médico, la previsión del resultado se vuelve visible y se puede determinar si hubo una aceptación del riesgo y es compatible con el dolo eventual.

Por otro lado, el artículo 26 del COIP dispone que el sujeto conociendo los elementos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta.<sup>71</sup> Cuando se trata de omisiones, esta estructura se complementa con el artículo 28 del COIP. Esto sucede porque la omisión dolosa existe cuando el garante, que pudiera evitar el resultado, deliberadamente

---

<sup>69</sup> Artículo 23, COIP.

<sup>70</sup> Artículo 28, COIP.

<sup>71</sup> Artículo 26, COIP.

prefiere no evitarlo.<sup>72</sup> Esto permite llegar a una conclusión en la cual la omisión puede integrarse como un dolo eventual, sobre todo cuando el profesional sí conoce el peligro en concreto, pero decide mantener la actividad riesgosa, dejando la concreción del resultado lesivo al azar.

Todo esto aplicado al caso, el equipo médico concluyó que el conteo de las gasas estaba incorrecto al verificarse que al inicio eran 75 gasas estériles y luego 74. Esto demuestra una advertencia objetiva del riesgo que estaba reforzada por el conocimiento de los expertos. Los protocolos institucionales como producto del conocimiento del médico exigían que frente a cualquier situación de desacuerdo se realizara una verificación exhaustiva del campo quirúrgico o incluso una tomografía post operatoria. Incluso cuando los sujetos debían cumplir con esto, decidieron cerrar el abdomen y no seguir ninguna de las medidas que se les exigía. Esta decisión por parte de los médicos presentes implica que, teniendo un pleno conocimiento del riesgo grave, aceptaron continuar con esta situación peligrosa, dejando el desenlace de forma aleatoria.

Es por eso que la conducta de los médicos podría alcanzar el nivel del dolo eventual. Para la configuración de la conducta debida no requiere que ellos hayan querido que el paciente falleciera, sino que, aún sabiendo la posibilidad de que dejar una gasa en el cuerpo tiene la potencialidad de provocar una infección que pueda lesionar el bien jurídico protegido, aceptaron el riesgo al continuar la intervención, vulnerando el estándar técnico que se les exigía conforme a la tesis individualizadora y a la *lex artis ad hoc*. Cuando la aceptación del riesgo se la evalúa a través de la tesis individualizadora, satisface el elemento volitivo que el artículo 26 del COIP determina, pero si estamos frente a un elemento omisivo, encaja perfectamente en el artículo 28 del COIP donde está prevista la omisión dolosa.

Con respecto a este análisis, los hechos no deben ser analizados bajo el artículo 146 del COIP. Este tipo corresponde a situaciones de imprudencia donde el profesional confía en que el resultado no se va a dar y que, por su estructura dogmática conforme el artículo 28 del COIP, únicamente pueden atribuirse a conductas imprudentes activas. En el caso analizado, los médicos no confiaron en que el resultado no iba a suceder, ellos más bien aceptaron conscientemente un riesgo grave, por lo que obraron de forma omisiva. Por lo tanto, la imputación que debe ser la adecuada para tratar estos casos, no es la mala práctica profesional. El artículo idóneo es el 144 del COIP que expresa el

---

<sup>72</sup> Artículo 28, COIP.

homicidio en la modalidad de dolo eventual por comisión por omisión. Esto es porque el resultado que fue la muerte del paciente es causa del conocimiento del riesgo que además fue advertido, y también fue voluntariamente mantenido por los expertos que en ese momento se encontraban en posición de garante de la vida del sujeto pasivo.

## 6. Conclusiones

A lo largo de este trabajo se ha ido demostrando que la comisión por omisión en el ordenamiento jurídico ecuatoriano tiene un alcance mucho más restringido de lo que en realidad sucede en la práctica. A pesar de que el artículo 23 del COIP introduce la teoría de equivalencia, la acción y la omisión solo opera cuando cumplan con los requisitos que están tipificados en el artículo 28 del COIP. Por esta razón, se plantea que la comisión por omisión imprudente en Ecuador no cabe porque se exige que el sujeto estando en posición de garante, prefiera no evitar un resultado que conoce como posible, por lo cual esta descripción es únicamente compatible con el dolo.

A través de las doctrinas analizadas, se demostró que, tanto en Ecuador como en otros sistemas comparados, la acción y la omisión son elementos complejos y hay discusiones con respecto a ellos. Jakobs, Morillas, Puppe, Caro John y Barberá son autores claves que ayudan a diferenciar entre estas dos categorías y concluyen que para poder determinar esto, hay que ir más allá del estado mental especulativo de la persona, más bien hay que hacer una valoración normativa de la conducta del profesional con respecto al deber objetivo de cuidado.

Por esa razón, en ningún caso bajo la práctica médica, cuando un profesional omite un deber en un escenario de incertidumbre, sin prever el riesgo ni conocer que su inacción produciría un resultado grave, su conducta no configura dolo, sino imprudencia.

El estudio del derecho penal sanitario, las teorías tratadas como la del riesgo permitido y la del riesgo prohibido refuerza esta conclusión. En el ejercicio médico, existen márgenes que son inevitables de prever un riesgo, es por eso por lo que la responsabilidad penal debe ser tratada únicamente cuando el experto sobrepasa los límites que están permitidos en la práctica profesional. La *lex artis* y la *lex artis ad hoc* son elementos importantes en el desarrollo de esta profesión porque determinan cuándo la responsabilidad penal debe operar, y esta se da cuando los médicos por su conducta de acción o de omisión, excedieron el estándar del riesgo permitido. Al no imputar penalmente por cada resultado final de casos médicos en concreto, se está protegiendo el principio de *última ratio*, porque esto permite diferenciar de cuando un resultado fatal

como es la muerte o una lesión se da por situaciones inevitables, o caso contrario, porque existió un incumplimiento al deber objetivo de cuidado.

Con respecto al caso hipotético analizado en esta investigación, los criterios doctrinarios y normativos funcionaron para demostrar que en Ecuador existe la ausencia de una comisión por omisión imprudente, pero a pesar de ello, eso no significa que no se pueda atribuir una responsabilidad penal cuando la omisión esté acompañado por el conocimiento claro y aceptación consciente del riesgo. En los casos en los que los médicos a pesar de visualizar advertencias objetivas del peligro y contando con los conocimientos propios de la especialidad, deciden mantener la actividad riesgosa, esta conducta no puede analizarse bajo el artículo 146 del COIP porque este tipo exige una conducta imprudente enfocada en la confianza de que el resultado no sucederá. En este caso los profesionales tenían conocimiento y voluntad del riesgo, mantuvieron la situación riesgosa lo que excluye la culpa y abre paso al dolo eventual.

En conclusión, este trabajo demuestra que la comisión por omisión imprudente no existe en el ordenamiento ecuatoriano. La única manera de que pueda existir una comisión por omisión es cuando se da por situaciones dolosas, y aun así esta es específica y debe cumplirse ciertos requisitos que exige el legislador. Cuando se traten algunas situaciones bajo la figura de la culpa, deben ser analizados únicamente por los artículos que especifiquen un tipo culposo, pero estas no deben ser equivalentes a como si se hubiera hecho una acción. De esta forma, el sistema penal ecuatoriano mantiene una distinción entre la culpa y dolo cuando estamos frente a situaciones omisivas. Esto asegura una imputación coherente con el principio de legalidad porque de esta manera se evita que al médico se le impute de manera excesiva frente a su actuación.