

Expediente N°: 1924-2014.
Lesiones culposas.
Ponente: Meza Hurtado.

SENTENCIA

Piura, tres de junio del dos mil quince.-

VISTA Y OIDA: la audiencia de apelación interpuesta por el imputado **LUIS HUMBERTO PONGO AGUILAR** contra la sentencia de fecha dos de febrero del dos mil quince, expedida por el Séptimo Juzgado Penal Unipersonal de Piura, que lo condenó como autor del delito de lesiones culposas graves en agravio de las menores M.J.C.M. y M.M.C.M. y le impuso dos años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por un año de periodo de prueba, e inhabilitación por el mismo tiempo de la condena y fijó en ciento cincuenta mil nuevos soles el monto de reparación civil, presentes el Fiscal Superior Feliciano Lalupú Sernaqué, por la defensa del imputado el Abogado Luis Martín Guerrero Lizana y por el actor civil la Abogada Mercedes Leonor Vargas Manyari, *no habiéndose admitido nuevos medios probatorios*, habiéndose declarado inadmisibles la apelación interpuesta por el tercero civil responsable y,

CONSIDERANDO:

I. De la resolución apelada.

Primero.- Es materia de apelación la sentencia expedida por el Séptimo Juzgado Unipersonal de Piura su fecha dos de febrero del año dos mil doce que resolvió condenar a **LUIS HUMBERTO PONGO AGUILA** como autor del delito de lesiones culposas graves en agravio de las menores María Mercedes y María Julia Coronado Magín y le impuso dos años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por un año de periodo de prueba e inhabilitación para ejercer la profesión de médico oftalmólogo por el mismo tiempo de la condena; y fijó en ciento cincuenta mil nuevos soles el monto de reparación civil que en forma solidaria deberá pagar con los Terceros Civil

Responsables: Instituto Peruano de Oftalmología de Piura –IPO- y ESSALUD de Piura.

La sentencia concluye que se ha probado que con fecha veintidós de setiembre del dos mil siete se implementa el Programa de Prevención de Ceguera por ROP y Pongo Águila como Director del IPO designa dos oftalmólogos, en razón a que se había aprobado la Directiva 02-CCPS-ESSALUD-2008, donde se establecía que el "tamizaje de ROP es realizado por el oftalmólogo entrenado del hospital donde se encuentre el recién nacido", pero es el caso que el médico especializado Carlos Enrique Ñique Butrón capacitado en ROP, fue trasladado a la ciudad de Sullana y nadie se hizo cargo de los recién nacidos desde el año pasado", estableciéndose que *desde el mes de agosto del dos mil ocho al mes de mayo del dos mil nueve* los niños prematuros no tuvieron evaluación oftalmológica, pues no se designó el reemplazo de Ñique Butrón, cuando se presentó el problema de atención de las gemelas agraviadas, tuvieron que ser trasladadas a Lima, cuando ya el daño causado a su visión era irreversible.

Que ha quedado probada la comisión del delito de lesiones culposas graves así como la responsabilidad penal del acusado Pongo Aguila, en razón de haberse acreditado que las menores agraviadas nacieron de un parto gemelar en el Hospital Cayetano Heredia el siete de marzo del dos mil nueve, con veintiocho semanas de gestación, con las declaraciones de los médicos Luis Eduardo Hernández Flores, Walter Félix Salazar Panta, José Carlos Guerrero Cruz y César William Bayona Urdiales y de los Certificados Médicos de las agraviadas correspondientes y a pesar de haber nacido prematuramente, estas no fueron atendidas por ningún médico oftalmólogo, pese a que se sabía que corrían el riesgo de sufrir la Retinopatía del Prematuro, no observándose en sus Historias Clínicas ninguna evaluación oftalmológica durante su hospitalización ni notas que indiquen su evaluación, según Informe Médico N° 131-2009 del veintiocho de diciembre del dos mil nueve del Dr. Miguel Flores Zavala en juicio oral.

Que está acreditado también que con fecha dos de abril del dos mil nueve a los veintiséis días de nacidas la médico Palmira Palma de Gonzáles Pediatra del Hospital Cayetano Heredia solicita interconsulta de un especialista al IPO capacitado en ROP para que proceda al tamizaje en ambos ojos de las menores agraviadas dejándolo en la oficina del Dr. Ku Lu quien señala su programación para el mes de mayo pues el médico especializado en ROP regresa ese mes, no siendo atendidas hasta el veintinueve de mayo del dos mil nueve a los setenta y ocho días de nacidas, en consulta externa en el Hospital

Reátegui por el médico Miguel Flores Zavala quien las deriva de Emergencia al Hospital Regional donde estaba programado el ROP, ese mismo día fueron recién atendidas en el IPO por el Dr. Robert Zúñiga Alfaro quien diagnostica **ceguera por ROP**, transfiriéndolas al Hospital Rebagliatti de Lima, donde son atendidas y se les diagnostica a María Mercedes "desprendimiento de retina grado V en ambos ojos" que le causa ceguera irreversible, mientras que a María Julia ROP IV ojo derecho y ROP V ojo izquierdo, sustentados en sus respectivos certificados médicos y explicados por los médicos legistas otorgantes Guerrero Cruz, Bayona Urdiales, en el primer caso y por Hernández Flores y Salazar Panta en el segundo.

El acusado Pongo Anguila en juicio oral, señaló que él se limitó a dar trámite a la solicitud de cambio de Carlos Ñique Butrón, que no desactivó el programa de ROP, refiriendo además que el tamizaje y fondo de ojo lo puede realizar cualquier residente, no se necesita ser especialista para ello y que su labor en el IPO era exclusivamente administrativa, estos se contradicen con el Manual de Organización y Funciones del IPO, documento normativo que señala que su función también es asistencial como la de supervisar y controlar actividades asistenciales y administrativas del IPO, así como *"controlar la ejecución de los programas y acciones de salud que le sean asignadas"* como el del ROP.

Se acreditó por los peritos médicos legistas en el plenario que *"se requiere de un experto en retina"*, para el tratamiento del ROP según los doctores Hernández Flores, Guerrero Cruz, Bayona Urdiales y los certificados Médicos Legales oralizados conteniendo las apreciaciones de los médicos legistas José Vega De La Cruz y Tania Karina Cerrón Palomino; el Dr. Ñique Butrón refirió que *"el era el único capacitado y entrenado para la tarea de tamizaje del ROP"*, desconociendo las razones por las que *Pongo Aguila lo cambia a Sullana el veinticinco de noviembre del dos mil ocho*, nunca el Dr. Pongo contrató a otro especialista o sacó a concurso dicha plaza, añade que: *"se pudo evitar la ceguera de las gemelas con una atención oportuna y un tratamiento adecuado"*, de igual forma Enrique Ramos Tamis, Jefe de Pediatría y Neonatología del Hospital Regional de Piura da cuenta que con fecha treinta y uno de marzo del dos mil nueve, informa al acusado el incumplimiento de los médicos oftalmólogos designados en el programa ROP, que trató personalmente el caso con el Dr. Pongo señalándole que no había nadie que tratara dichos problemas.

La reubicación del Dr. Ñique Butrón a Sullana, se observa en la Carta de fecha veinticinco de noviembre del dos mil ocho, suscrita por el acusado, donde

señala que el IPO no requiere su renovación de contrato a plazo fijo y el Gerente de la Red Asistencial de Piura dispone la rotación temporal a partir del uno de diciembre del dos mil ocho a Sullana, posteriormente en julio del dos mil nueve se dispone su reincorporación a Piura.

II. Sobre la imputación penal

Segundo.- Según la acusación fiscal –aclarada a fojas 1747/1754 del Tomo IX de a Carpeta Fiscal-, se atribuye al imputado Luis Humberto Pongo Águila:

1. Que cuando se desempeñaba como Director del Instituto Peruano de Oftalmología (IPO) que tenía a su cargo el **Programa Nacional contra la ceguera infantil causada por Retinopatía de la Prematuridad (ROP)**, desactivó dicho programa al solicitar el traslado a Sullana del único médico especialista en dicha enfermedad, Carlos Enrique Ñique Butrón, sin nombrar ni solicitar un oftalmólogo especializado que lo remplace, ni realizar alguna acción para que llegue algún médico especializado para prevenir dicha enfermedad, ni recomendar la contratación de un especialista que atienda las exigencias del programa, logrando con su negligente actuar omisivo ocasionar las lesiones graves que han dañado permanentemente el órgano visual de cada una de las agraviadas.

2. Mediante Directiva del veintiuno de abril del año dos mil ocho, la Gerencia Central de Prestaciones de ESSalud había establecido que el IPO asuma la responsabilidad de la aplicación del **Programa de Prevención en ceguera de niños prematuros** y se designa a Carlos Enrique Ñique Butrón y Robert Zúñiga Alfaro, siendo retirado el Dr. Ñique Butrón especialista en ROP por disposición del imputado Pongo Águila, desactivando en la práctica el programa.

3. Como consecuencia de esta acción el programa referido, dejó sin atender a las niñas gemelas María Julia Coronado Magin y María Mercedes Coronado Magin, cuando estas gemelas fueron alumbradas por Julia Magin Matios el **siete de marzo del año dos mil nueve** en el Hospital Cayetano Heredia, estas habían nacido antes de veintiocho semanas, son internadas en la incubadora y requerían obligatoriamente ser evaluadas por oftalmólogos del ROP a las cuatro semanas de nacidas, sin embargo el acusado Pongo Águila no realizó acción alguna para lograr su atención, a pesar de que la Red Asistencial se lo había requerido.

4. Asimismo cuando Palmira Palma de Gonzáles, Pediatra del Hospital Cayetano Heredia, solicitó la interconsulta al IPO para la asignación del

especialista y se le cita con el Dr. Ku Lu quien no tenía la especialización en ROP, este dispone que la atención "podía esperar hasta el mes de mayo – después de la sexta semana-; los médicos Ku Lu y Daniel Sotomayor también comunicaron al Director del IPO Pongo Águila el incumplimiento del tamizaje de los niños con riesgo, pero sin tener ningún resultado.

5. Desde diciembre del dos mil ocho hasta julio del dos mil nueve no había médico oftalmólogo especializado para la detección de retinopatía en la prematuridad, con el agravante que esta situación nunca se comunicó al Gerente de la Red Asistencial de Piura ni a los médicos Pediatras Neonatólogos, como consecuencia las niñas agraviadas son atendidas recién el dos de junio del año dos mil nueve en el IPO por el Dr. Zúñiga Alfaro, quien detecta ROP, pero no puede determinar su grado y son trasladadas a Lima con urgencia, determinándose en el IPO-LIMA que la menor María Mercedes había sido afectada con el ROP en ambos ojos, quedando con una ceguera permanente y María Julia Coronado Magín en ambos ojos, logrando recuperarle un 10% de la visión, es por eso que ambas menores se vieron afectadas por dicha despreocupación por parte del imputado, al dismantelar dicho programa ROP.

6. Que se imputa al acusado Luis Humberto Pongo Águila el delito de lesiones culposas graves en su calidad de RESPONSABLE del PROGRAMA ROP cuando ejercía el cargo de Director de IPO, habiéndose determinado que en el PROGRAMA del ROP se comprendía como elementos al médico Oftalmólogo responsable del Programa -el acusado, quien era Director del IPO- el médico oftalmólogo entrenado en ROP-Carlos Ñique Butrón- y el paciente final -las gemelas agraviadas en este caso-, habiéndose determinado el *nexo de causalidad* existente en la conducta omisiva del imputado con el resultado acaecido en la salud de las agraviadas, al haber cambiado a su solicitud al único médico oftalmólogo entrenado en el PROGRAMA ROP a otra ciudad, a pesar que tenía pleno conocimiento que ninguno de los otros oftalmólogos del IPO se encontraba capacitado para la atención de este mal.

III. De los agravios formulados en la audiencia de apelación.

Tercero.- La defensa del acusado señala que en agosto del dos mil siete por un acuerdo de gestión, como Director del IPO designa dos oftalmólogos para que atiendan a los neonatos hospitalizados con ROP, pues existía una Directiva sobre un Programa Nacional de prevención de ceguera infantil de retinopatía

de la prematuridad, el siete de marzo del dos mil nueve la señora Magín da a luz a los siete meses en el Hospital Cayetano Heredia a las niñas María Julia Coronado Magín y Mercedes Coronado Magín, son ingresadas a la unidad de cuidados intensivos neonatales donde fueron atendidas por varios médicos Gian Carlo José Bufante Acosta, Lidia Beatriz Távora Valladolí y Luis Enrique Ramos Ramos, Claudia Viviana Rioja Palacios, Julian Contreras Carreño, Manuel Edmundo Avellaneda Herrera, Ricardo Valdiviezo Bayona, Margarita Torres Cano de Carranza, David Mario Rojas Guevara y Palmira Palma de González, esta última solicita una interconsulta al IPO, para que se designe al oftalmólogo capacitado en ROP y proceda con el tamizaje en las vistas de las bebés gemelas el dos de de abril del dos mil nueve, cuando tenían veinticinco días de nacidas.

El siete de abril de dos mil nueve se solicita al doctor Ku Lu se evalúe a las menores, pero la anesthesióloga Sarmiento Rojas coge los formatos y escribe: "*paciente pasa a programación para el mes de mayo.*" Ku Lu recibe la solicitud con esta suscripción y dispone sin examinar a las agraviadas: "*requiérese cita bajo examen de anestesia general*"; el veinticuatro de abril las menores fueron atendidas por Ricardo Olea Zapata mediante consultorio externo y al ver la historia clínica lo remite al hospital José Reategui Delgado y son atendidas el veintiséis de abril del dos mil nueve; y luego por el doctor Miguel Flores Zavala, remitiendo a las niñas al IPO el dos de junio del dos mil nueve, quien al advertir una probable ROP, los deriva en el día a la ciudad de Lima.

Añade que existen certificados médicos que indican la causa de la ceguera de las niñas, pero no pueden establecer si existió o no negligencia médica y que la atención recibida en cada uno de los diferentes hospitales fue la adecuada para la atención del recién nacido, sin embargo la juez ha señalado que Pongo Águila de acuerdo al MOF del IPO está obligado como Director a llevar acabo el plan nacional de ROP, pero no ha revisado las obligaciones y funciones de Vargas Erasquin, cuya responsabilidad era: planear, organizar, dirigir, coordinar, supervisar y controlar las actividades asistenciales de los oftalmólogos y administrativos de los servicios que integran la Sub Dirección a su cargo, acorde a los planes y programas establecidos y administrarlos, por lo que considera que debe revocarse la sentencia condenatoria y absolverse al acusado.

IV. Agravios del Ministerio Público.

Cuarto.- El Ministerio Público refiere que se ha graduado correctamente la pena, por lo que se desiste de la apelación en este interpuesta. Que el hecho concreto atribuido al imputado Pongo Águila de lesiones culposas graves se da a través de una conducta impropia, pues era el director del IPO de Piura cuando ocurrieron los hechos y de acuerdo a sus reglamentos funcionales, tenía obligaciones claras establecidas en su labor como director, además estaba a cargo de neonatos nacidos prematuramente y las agraviadas estaban en situación de prematuridad y en esa condición tan sensible las menores necesitaban una atención privilegiada en su condición vulnerable y con la posibilidad de quedar ciegas. Cuando se implementa el programa ROP sólo existía un médico especializado en retinopatía de la prematuridad, se trataba del Dr. Carlos Ñique Butrón, quien inexplicablemente es sacado del programa y trasladado a la ciudad de Sullana por disposición del acusado quedando de cierta manera dicho programa del ROP desactivado. Cabe resaltar que científicamente se ha demostrado que los niños que nacen con veintiocho semanas o antes corren el riesgo de quedar ciegos de por vida sino se le da la atención en el lapso de las cuatro semanas de haber nacido; las menores no tuvieron esa atención, a pesar de que se le puso en conocimiento al director de que este programa, el imputado dice que el Dr. Vargas Erasquin Sub Director del IPO era quien tenía la responsabilidad de cuidar que los médicos le den el tratamiento adecuado a estas menores sin embargo el médico Vargas Erasquin, ha fallecido y resulta sencillo acusarlo, además agrega que Ñique Butrón ha declarado que siempre cuestionó al director por su rotación a Sullana, sin embargo nunca se le dió esa explicación, señalando que se trató de un problema personal, que prevaleció frente a la situación de las agraviadas, conforme al material probatorio actuado en el juicio oral, informe de la Defensoría del Pueblo, los informes de visita de supervisión de la Red Asistencial de Piura, el plan de emergencia de prevención de ceguera por retinopatía, y testimonios de médicos, la sentencia se encuentra debidamente motivada y solicita se le confirme.

V. Agravios del actor civil.

Quinto.- La defensora de la parte civil, refiere que la juez considera que tres millones de soles es una suma *exorbitante e irracional*, pero esta ha sido obtenida de una pericia contable de acuerdo al valor actual y atendiendo al desarrollo en su niñez, adolescencia y adultez de las agraviadas, así como para un tratamiento psicológico y psiquiátrico tanto para ella como de sus

padres, para que puedan operarse pues la retinopatía de la prematuridad les va a causar una desfiguración de rostro y se necesitará una operación reconstructiva con un cirujano plástico y un oftalmólogo. Dentro del concepto de daños patrimoniales el daño emergente ascendente a cuatrocientos ochenta mil nuevos soles, que comprende la rehabilitación y colegio hasta la edad de veinte años aproximadamente y haciendo un cálculo sería equivalente a mil nuevos soles mensuales; en el lucro cesante -aquello que ha dejado de percibir- la cantidad de seiscientos mil nuevos soles a razón de cuatrocientos dieciséis nuevos soles mensuales; y los daños extrapatrimoniales, debe tenerse en cuenta que los padres son campesinos, de escasos recursos económicos, que van a necesitar ayuda para poder movilizarse desde Sullana para asistir a colegios especializados y más adelante a la universidad. Las condiciones económicas para poder cumplir son óptimas, pues el acusado es un médico prestigioso, oftalmólogo de especialidad, con veinte años de servicios, con un ingreso mensual de veinte mil nuevos soles, el tercero civil ESSALUD, es un ente del Estado que con todos los aportes de los ciudadanos tiene solvencia económica para poder cumplir con el pago de la reparación. La juez ha omitido consignar el tiempo en que se debe pagar la reparación civil, teniéndose en cuenta que estas niñas llevan sufriendo seis años esperando justicia.

VI. Del tipo penal de lesiones culposas

Sexto.- Cuando ocurrieron los hechos imputados en el mes de abril del año dos mil nueve, el texto del artículo ciento veinticuatro del Código penal, modificado por Ley N° 27753 –del 9 de junio de 2002- era el siguiente:

Artículo 124°.- El que por culpa causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud, será reprimido, por acción privada, con pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta a ciento veinte días - multa.

La acción penal se promoverá de oficio y la pena será privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de dos años y de sesenta a ciento veinte días -multa, si la lesión es grave.

La pena privativa de la libertad será no menor de tres años ni mayor de cinco años e inhabilitación, según corresponda, conforme al artículo treinta y seis inciso 4), 6) y 7), cuando el agente haya estado conduciendo un vehículo motorizado bajo el efecto de estupefacientes o en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción de 0.5 gramos – litro, o cuando sean varias las víctimas del mismo hecho o el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito.

La pena será no mayor de tres años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria y cuando sean varias las víctimas del mismo hecho, la pena será no mayor de cuatro años.

Asimismo el artículo trece que regula la omisión impropia establece:

Artículo 13.- El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo.

2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer,
La pena del omiso podrá ser atenuada.

Como se aprecia, de la legislación vigente cuando ocurrieron los hechos, tanto en la postulación efectuada por la acusación fiscal donde se solicita se adecue la conducta del imputado al tercer párrafo del artículo ciento veinticuatro del Código Penal, como en la sentencia apelada, donde se condena al acusado por el tipo propuesto por el ministerio público, donde la imputación consiste en atribuirle el delito de lesiones culposas graves ocasionadas por inobservancia de reglas de profesión en su actuación como profesional oftalmólogo, esta debe ser calificada correctamente en el cuarto párrafo de la norma vigente al momento de la comisión de los hechos, no pudiendo elevarse el *quantum* de pena impuesto al acusado Pongo Águila a pesar que la pena conminada establecía un mínimo de tres años de pena privativa de la libertad, al haberse desistido el ministerio público de la apelación de la pena, por la vigencia del principio de interdicción de la reforma en peor.

VII. Análisis y justificación de la resolución de la Sala Superior.

Sétimo.- Se atribuye al acusado Pongo Águila el delito de lesiones culposas graves previsto por el artículo ciento veinticuatro del Código Penal mediante comisión por omisión regulada por el numeral trece del mismo cuerpo legal, en razón que por la inacción del imputado se produjeron los hechos, a pesar que estaba obligado a evitarlos, realizando las acciones correspondientes que su cargo como Director del Instituto Peruano de Oftalmología -IPO- de Piura, le correspondían conforme a la regulación administrativa de dicha institución contenida en el Manual de Organización de Funciones -MOF- para prevenir la salud de las menores agraviadas, quienes habían nacido prematuramente y presentaban la enfermedad de la Retinopatía de la Prematuridad -ROP-.

Octavo.- La omisión impropia o comisión por omisión, como también se le conoce a esta forma omisiva de cometer un delito, fundamentalmente consiste en no cumplir la acción o acciones que el ordenamiento jurídico esperaba que sea ejecutado por el agente en una situación concreta, en la formulación legislativa de nuestro Código, se señala que será sancionado *el que omite impedir la realización del hecho punible cuando tenga el deber jurídico de impedirlo*, o si ha creado un peligro inminente que fuere propio para producirla, señala la doctrina penal que *una mera omisión es*

considerada apropiada para provocar la lesión o la puesta en peligro prohibida por la norma implícita en los tipos legales que prevén los delitos de comisión¹, de esta forma el inciso primero del referido artículo trece del Código Penal precisa que la omisión solo es equiparable a la comisión si el autor tiene un deber especial de intervenir y proteger al titular del bien jurídico en peligro.

Noveno.- Se ha referido además, que se atribuye el acusado Luis Alberto Pongo Aguila la acción omisiva por culpa o negligencia, habiéndose establecido que los delitos culposos o imprudentes *lo esencial del tipo de injusto del delito imprudente no es la simple causación de un resultado, sino la forma en que se realiza la acción*, frente a la imputación de una acción culposa debe determinarse si el agente actuó diligentemente o no, pues sólo se puede imputar acción culposa en la medida en que esta acción imprudente produzca resultados; los elementos del tipo culposos son: (i) el deber objetivo de cuidado, concretado en normas jurídicas o técnicas o de profesión, destinadas a orientar en forma diligente el comportamiento de un individuo; (ii) la producción de un resultado típico imputable objetivamente al autor, por haber creado o incrementado un riesgo jurídicamente relevante, que se haya materializado en el resultado lesivo del bien jurídico protegido² y (iii) el deber subjetivo de cuidado, que es el componente que atiende a la capacidad individual, conocimiento, previsibilidad y experiencia del sujeto.

Décimo.- La doctrina penal especializada diferencia la estructura típica de los delitos culposos con los dolosos fundamentalmente en el tipo subjetivo, Rodríguez Delgado precisa que, mientras en el dolo se atiende al conocimiento potencial del hecho, en los culposos se trata de la posibilidad de conocimiento no del resultado típico, sino de *la infracción de la norma de cuidado*, el contenido de la imprudencia de este modo, se vincula a reconocer la existencia de una sociedad en la cual los riesgos se permiten y se regulan por normas extrapenales para establecer los límites de los

¹ HURTADO POZO, José / PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo II". IDEMSA, Cuarta Edición, Lima, 2011, p. 39, resaltan que también se sanciona la conducta si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer, explican que en la perspectiva normativa se trata entonces del caso en que el agente viola una norma prohibitiva (no matar) mediante el incumplimiento de una norma preceptiva que ordena ejecutar un acto (prestar auxilio).

² Vid. con mayores precisiones, R. N. N°: 4288-97-Sala Penal Permanente. ANCASH, Caso "Rock en Río", *passim*, en Modernas Tendencias Dogmáticas en la Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema, Lima, GACETA JURÍDICA, pp. 70-72.

comportamientos sociales riesgosos³, mientras que en su parte objetiva supone la infracción a la norma de cuidado (desvalor de acción) que genera una lesión o puesta en peligro (desvalor de resultado); diferenciándose el concepto de *norma de cuidado* que alude a la norma penal que incorpora como punible un comportamiento imprudente en los diversos tipos penales; con el *deber de cuidado*⁴, es un concepto integrado por reglas técnicas, que se quebrantan en el caso concreto cuando el autor realiza el comportamiento imprudente, que determina en el caso específico una de las modalidades de comportamiento correcto para que este no tenga relevancia jurídico-penal⁵.

Décimo Primero.- En el caso analizado, cuando ocurrieron los hechos el acusado Pongo Aguila se desempeñaba como Director del IPO-PIURA que a su vez dependía de la Red Asistencial de Piura ESSALUD y a pesar que se había implementado a nivel nacional el PROGRAMA DE PREVENCIÓN DE CEGUERA INFANTIL POR RETINOPATÍA DE LA PREMATURIDAD para prever la ceguera en los niños nacidos por prematuridad, mediante Directiva de Gerencia Central N° 02-GCPS-ESSALUD-2008 designándose al acusado como responsable de este, en su calidad de director del IPO de Piura, justamente en el mes de diciembre del año dos mil ocho, el imputado había solicitado el cambio del Dr. Carlos Alberto Ñique Butrón al Hospital de Sullana; el caso es que este médico era el único capacitado para atender caso de ROP en menores con este problema y al ser cambiado no existía en el IPO de Piura, ningún otro especialista que atendiera los casos de ROP que se presentaran, o en su caso se tomaran las acciones correspondientes para aprehender esta situación de desatención, como las contratar a otro profesional o en su caso disponer que los menores que presenten esta enfermedad sean derivadas inmediatamente a la ciudad de Lima para su tratamiento correspondiente.

³ RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. "El Tipo Imprudente". Una Visión Funcional desde el Derecho Penal peruano", GRIJLEY, Lima, 2007, pp. 65-67.

⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "DERECHO PENAL. Parte Especial, Volumen I", GRIJLEY, 2014, p. 445, explica que para precisar el **concepto de deber de cuidado**, se parte de un criterio objetivo que permita al juez analizar la conducta concreta frente a aquella que hubiera ejecutado un "hombre prudente", "buen conductor". Sin embargo, -precisa- no sólo se trata de evaluar la conducta desde un criterio de un hombre diligente, sino también desde la perspectiva de un comportamiento específico del sujeto (meticulosa consideración de la experiencia, capacidad y conocimientos especiales del infractor). Se distingue el **deber de cuidado interno** que se refiere a la advertencia de cuidado que se debe tener ante la creación o presencia de peligros contra bienes jurídicos como resultado de su conducta, y **deber de cuidado externo**, que corresponde a la obligación de comportarse conforme a la norma de cuidado, con el objeto de evitar la producción del resultado típico.

⁵ RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *ibidem*, pp. 85-86.

Décimo Segundo.- Cuando nacen las gemelas agraviadas María Julia Coronado Magín y Mercedes Coronado Magín el siete de marzo del año dos mil nueve, estas requerían la atención del médico especialista, no pudiendo ser atendidas por el cambio que había efectuado el acusado de único médico capacitado en Piura para atender los casos de ROP que se presenten, por lo que otra de las alternativas era la de detectar el mal en tiempo oportuno, es decir antes de las cuatro semanas de nacidas que es cuando se puede controlar esta dolencia y derivarlas hacia la ciudad de Lima, pero es el caso que Dr. Pongo Aguila a pesar de haber solicitado y logrado el cambio del único especialista a la ciudad de Sullana, no requirió o solicitó se contrate otro médico especialista o se saque a contrato otra plaza o haya tomado acciones de carácter preventivo para los casos de ROP que se presenten, situación que ha sido corroborada por las testimoniales actuadas en el juicio oral, así como las documentales oralizadas en el plenario, lo que motivó además que concurrente con la negligencia observada en el actuar de otros médicos que no son parte en este proceso, cuando las menores requirieron atención estas fueron atendidas cuando el mal era ya irreversible, siendo trasladadas a la ciudad de Lima para que allí detectaran esta situación, lo que les ha causado un daño a la visión irreversible.

Décimo Tercero.- La defensa del procesado tanto en su recurso de apelación formalizado como en su alegato formulado en la audiencia de apelación, ha solicitado que se revoque la sentencia condenatoria y se absuelva al Dr. Pongo Águila pues en todo caso quien sería responsable serían los médicos Carlos Vargas Eurasquin quien era jefe inmediato del Dr. Eduardo Ku Lu, quien sin realizarle el tamizaje a las menores, las programó para una fecha posterior, asimismo señaló la defensa que en el propio Manual de Funciones de Instituto Peruano de Oftalmología de Piura – IPO- las funciones de control y supervisión de las actividades asistenciales de los oftalmólogos del IPO eran de cargo del Sub Director ya fallecido Vargas Eurasquin y no del acusado Pongo Águila, apreciándose de dicho documento normativo que las funciones de Director como "Responsabilidad Estratégica" era la de lograr *brindar una oportuna y eficiente atención oftalmológica al usuario, efectuando un adecuado manejo gerencial*, asimismo como responsabilidad táctica se establecía la "*gerenciar las actividades de prevención, protección, diagnóstico, recuperación y rehabilitación oftalmológica*" de dichos usuarios, como se aprecia a folios veintiuno del Manual de Organización y Funciones del IPO que obra en el Tomo X de la Carpeta Fiscal.

Décimo Cuarto.- En autos ha quedado probado como ha referido la juez de la causa, que el acusado Luis Humberto Pongo Águila tiene la calidad de médico oftalmólogo y se desempeñaba cuando ocurrieron los hechos –abril del dos mil nueve-, como Director del Instituto Peruano de Oftalmología – PIURA- y en esta calidad es encargado como responsable de dar cumplimiento y desarrollar las acciones tendientes a prevenir y combatir la enfermedad del ROP conforme al Programa Nacional de Prevención de ceguera infantil causada por Retinopatía de la Prematuridad (ROP), establecido por la Directiva de Gerencia Central de Prestaciones de ESSALUD N° 02-GCPS-ESSALUD-2008 aprobada por Resolución de Gerencia Central de Prestaciones de Salud N° 27-GCPS-ESSALUD-2008 del veintinueve de abril del dos mil ocho, sin embargo a pesar de su calidad de responsable en Piura de dicho programa, de su especialidad en oftalmología, de las obligaciones normativas establecidas en el Manual de organización de Funciones del IPO y del conocimiento de que si los menores prematuros –como las agraviadas- no eran tratadas oportunamente, las consecuencias podrían ser irreversibles en la visión de estos niños, no solo solicitó el cambio hacia el Hospital de Sullana del único médico especializado en ROP de Piura -Carlos Enrique Ñique Butrón-, ni adoptó las medidas para reemplazar a dicho médico, tampoco impartió las directivas para que cuando los oftalmólogos del IPO advirtieran casos de ROP en forma inmediata remitieran a dichos pacientes a la ciudad de Lima, por no haber especialistas en esta ciudad de dicha enfermedad, lo que motivó justamente la desatención a las menores agraviadas.

VIII. De la reparación civil.

Décimo Quinto.- La responsabilidad civil derivada de delito, se establece cuando puede determinarse un nexo de imputación objetiva y subjetiva, según las reglas del Derecho civil –por remisión del artículo 101° del Código Penal-, entre un daño y una conducta delictiva, con independencia de que dicho daño sea o no elemento del tipo del delito por el que se condena o, incluso como apunta Silva Sánchez elemento típico de delito alguno, pues la condena a título de responsabilidad civil derivada del delito no requiere de la punibilidad del hecho del sujeto activo, basta establecer un daño en relación de imputación objetiva y subjetiva jurídico civil con una conducta que realice

el tipo objetivo de un delito⁶, en el mismo sentido García Cavero se ha pronunciado precisando que la reparación civil es procedente, si se demuestra la ilicitud de la conducta que ha sido objeto del proceso penal y que dicha ilicitud se alcanza con la tipicidad objetiva de la conducta⁷.

Décimo Sexto.- El monto de la reparación civil solicitado inicialmente por la acusación del ministerio público a favor de las menores agraviadas ascendía a la suma de seiscientos mil nuevos soles, la misma que en forma solidaria debe ser asumida por acusado, por el Instituto Peruano de Oftalmología -IPO- y por la RED ASISTENCIAL de Piura ESSALUD, ha sido cuestionado por la defensora del actor civil en la audiencia realizada en esta Sala, en el sentido que la Juez de la causa ha considerado que la suma de tres millones de nuevos soles solicitada es *exorbitante e irracional*, que no ha analizado la concurrencia de los presupuestos que fundamentan la responsabilidad civil, explica que dicha suma ha sido obtenida de una pericia contable cuantificada de acuerdo al valor actual y atendiendo al desarrollo en su niñez, adolescencia y adultez de las agraviadas, así como para un tratamiento psicológico y psiquiátrico tanto para ella como de sus padres.

Décimo Séptimo .- Según el Precedente Vinculante establecido por la Ejecutoria Suprema R. de N. 948-2005-JUNÍN de las Salas Penales de la Corte Suprema de la República -Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116-: *"el fundamento de la responsabilidad civil que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con la "ofensa penal" -lesión o puesta en peligro de un interés jurídico protegido-, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente"* .

Asimismo en el Expediente N° AV. 19-2001-Capítulo IV sobre Reparación civil, de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República fundamentos 769°/807° se han fijado criterios rectores sobre la determinación del monto de la reparación civil, específicamente sobre el daño patrimonial donde se

⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal, InDRET, Barcelona, Julio de 2001, pp. 4-9.

⁷ GARCÍA CAVERO, Percy. "La naturaleza y alcance de la Reparación Civil: a propósito del Precedente Vinculante establecido en la Ejecutoria Suprema R. N. 948-2005-JUNÍN.", p. 93, WWW.itaiusesto.com consulta efectuada el 29 de mayo de 2015, quien considera que de esta forma existe una determinación mínima en el proceso penal sobre la reparación civil y se asegura el carácter ilegal de la conducta que provoca el daño y, por lo tanto, la obligación de indemnizar. La ausencia de tipicidad objetiva determinada en el proceso (sea en la sentencia o en un auto que resuelve, por ejemplo, una excepción de naturaleza de acción), impedirá al juez pronunciarse respecto de la reparación civil por el hecho que motivó el proceso penal.

incluye al *daño emergente* que consiste en los daños patrimoniales y las lesiones personales, físicas o psíquicas con o sin repercusión económica, el *lucro cesante*, como la falta de ganancias que lícitamente se hubiera producido a favor del perjudicado, con la precisión siguiente: “los daños y perjuicios que el Código Penal enuncia hacen referencia a una misma realidad: al menoscabo patrimonial o moral sufrido por una o varias personas como consecuencia de la comisión de un ilícito penal y que comprende tanto el desembolso efectivo con la ganancia que se ha dejado de obtener, se refiere desde luego a ganancias seguras, no a las meramente posibles y menos a los sueños de ganancias”, y en relación con el *daño extrapatrimonial* que comprende al *daño a la persona* y al *daño moral* se ha precisado que *debe considerarse el sufrimiento de la víctima en atención a la prueba de los hechos que están suficientemente acreditados, como este no se puede fijar mediante pruebas concretas tiene que inferirse de la gravedad del hecho declarado probado o de sus connotaciones psíquicas o físicas, estableciéndose con criterio de equidad atendiendo a las circunstancias en que ocurrieron y desarrollaron los hechos y a las características personales de las agraviadas, supuestos que a excepción del lucro cesante se han acreditado en el presente caso*⁸.

Décimo Octavo.- La doctrina nacional ha determinado que los requisitos comunes de la responsabilidad civil son la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución. El concepto de

⁸ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “Instituciones del Derecho Civil: Responsabilidad Civil y Nulidad del Negocio Jurídico: Teoría y Práctica”, ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, Cuarto Curso especial de Preparación para el ascenso de la Magistratura, 2003, pp., 25-30.o.- La doctrina nacional ha determinado que los requisitos comunes de la responsabilidad civil son la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución. El concepto de *antijuricidad* alude a la contrariedad de la conducta que viola el sistema jurídico en su totalidad, mientras que *el daño* alude a la lesión de todo interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo; por su parte *la relación de causalidad* explica la relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, ya que sino existe esta relación, no habrá responsabilidad y finalmente *los factores de atribución*, son aquellos que determinan la existencia de la responsabilidad una vez que se han presentado en un supuesto concreto los requisitos mencionados, en el campo extracontractual –como los que comprende la naturaleza de la responsabilidad civil proveniente de un delito- nuestro Código Civil establece que dichos factores son los de la culpa y el riesgo creado. Las figuras de la *concausa* y de *fractura causal* que rigen en la responsabilidad civil –contractual y extracontractual-, se presentan cuando dos conductas contribuyen a la producción del daño o cuando existe un conflicto de causas o conductas, una de las cuales llega a producir efectivamente el daño, haciendo imposible que la otra hubiera llegado a producirlo; la conducta que produce efectivamente el daño fracturando el eventual nexo de causalidad, de causal y en el ámbito extracontractual, está precisada por el artículo 1972° del Código Civil: “En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño”. Esta situación de concausa que produciría la fractura causal y por ende la exoneración de responsabilidad del acusado, no se ha producido en autos conforme a la probanza aportada.

antijuridicidad alude a la contrariedad de la conducta que viola el sistema jurídico en su totalidad, mientras que *el daño* alude a la lesión de todo interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo; por su parte *la relación de causalidad* explica la relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, ya que sino existe esta relación, no habrá responsabilidad y finalmente *los factores de atribución*, son aquellos que determinan la existencia de la responsabilidad una vez que se han presentado en un supuesto concreto los requisitos mencionados, en el campo extracontractual –como los que comprende la naturaleza de la responsabilidad civil proveniente de un delito– nuestro Código Civil establece que dichos factores son los de la culpa y el riesgo creado.

Décimo Noveno.- Del mérito de lo actuado ha quedado debidamente probado que mediante la omisión de una conducta eso era en su calidad de responsable del Programa Nacional contra la ceguera infantil causada por Retinopatía de la Prematuridad (ROP), el acusado creó un riesgo jurídicamente desaprobado mediante la infracción de la norma de cuidado -el tipo de lesiones culposas previsto por el artículo 124° del Código Penal- y que este riesgo se ha realizado en el resultado ocasionado a las menores agraviadas, superando el juicio de imputación objetiva del tipo penal atribuido al acusado⁹, pues ha quedado probado con el mérito de la prueba actuada en el juicio oral que su conducta era de peligro *ex ante* para el bien jurídico protegido, habiéndose probado que el acusado era el responsable en la ciudad de Piura y en su calidad de director del IPO de esta ciudad del PROGRAMA ROP, que es el sustento de la imputación penal efectuada en su contra, toda vez que su actuar permitió la desatención causada a las menores agraviadas adecuando su conducta al ilícito culposo mediante omisión impropia, que se le atribuye al haberse demostrado el deber jurídico que tenía como responsable del ROP de impedir el resultado, desplegado acciones

⁹ RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. “El Tipo Imprudente. Una visión funcional desde el Derecho Penal peruano”, GRILEY, Lima, 2007, afirma al respecto que la imputación objetiva exigida en los delitos culposos o imprudentes no es muy distinta de la que se exige en los delitos dolosos de acción. Por ello no se puede dejar de tener en cuenta que la imputación objetiva tiene que centrarse en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico objeto de tutela. Añadiendo que: “en otras palabras, para la presencia de este elementos se va a exigir que (i) el sujeto haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado con la infracción de la norma de cuidado y está relacionada con la imputación objetiva de la conducta y (ii) que este riesgo –no otro- se haya realizado en el resultado, situación que está relacionada con la imputación objetiva del resultado”.

esperadas para evitar el peligro inminente que cernía sobre los neonatos, al carecer Piura de un especialista en esta enfermedad.

Vigésimo .- Asimismo ha quedado acreditado, a pesar de lo señalado por el Abogado defensor de ESSALUD, en el sentido que nunca fue constituido en tercero civil responsable, que con fecha dos de octubre de del dos mil catorce se incorpora como tercero civilmente responsable a las entidades estatales INSTITUTO PERUANO DE OFTALMOLOGÍA -IPO- así como a la RED ASISTENCIAL DE ESSALUD DE PIURA en las personas de sus representantes correspondientes, asimismo es de apreciarse que dentro de la oralización de documentales se efectuó la del Informe Pericial Contable de fecha veintiocho de mayo del año dos mil catorce, las mismas que han merecido el pronunciamiento de la juzgadora en el fundamento veinticinco de su sentencia -Punto 25.4- a la que ha calificado de irregular y que "carece de valor probatorio alguno" por no existir una pericia oficial según la interpretación que efectúa del artículo ciento setenta y siete del Código Procesal Penal, argumentación inconsistente pues no solo admitió la actuación de dicha prueba en su oralización, sino que la introdujo en el debate probatorio para *ex post* calificarla de irregular.

Vigésimo Primero.- En relación con el monto de reparación civil, se tiene que el ministerio público inicialmente postuló la suma de seiscientos mil nuevos soles, como comprensiva de todos los supuestos de la responsabilidad civil la que ha sido declarada por la juez como excesiva e irrazonable y la ha fijado en ciento cincuenta mil nuevos soles, sobre la cual, la defensa de las agraviadas tanto en su recurso de apelación formalizado como en la audiencia celebrada, cuestiona por ser un monto irrisorio, señalando que el daño es irreversible y considera diversas sumas por daño emergente y por lucro cesante, donde introduce situaciones que no han sido acreditadas y para las cuales solo efectuó una prognosis y en relación con los daños extrapatrimoniales donde introduce el *daño moral*, cuantifica estos en cuatrocientos ochenta mil nuevos soles, y en los *daños a la persona, al proyecto de vida*: lesiones a la integridad física de las agraviadas solicita un millón cuatrocientos cuarenta y cuatro mil nuevos soles para cada una, debiéndose de precisar que las conclusiones del informe pericial de parte se sustenta en que se ha elaborado "*aplicando las técnicas de proyección financiera y la teoría de la actualización del valor que considera la inflación y devaluación para cautelar el poder adquisitivo de la moneda*", basándose en una serie de situaciones que no se conducen con un

análisis serio que debe contener un informe ilustrativo, por lo que debe ser apreciado con las reservas del caso.

Vigésimo Segundo.- Es obvio que la sola pérdida de chance de las menores agraviadas al no tener la posibilidad de haber sido puestas en manos de un especialista en ROP que pudo evitarles la retinopatía por prematuridad o por lo menos atenuarlas, les ha causado un daño que a una de ellas es irreversible a otra es en una proporción de noventa por ciento de ceguera, situación que por si sola expresa la magnitud del daño causado, situación que es muy complicada de cuantificar en dinero, más aun si el ministerio público no recabó informes especializados que pudieran servir de parámetros para afrontar al juzgador, lo que ha motivado que se pretenda por ejemplo peticionar un monto por lucro cesante como si las menores hayan tenido una actividad cuantificable que pudiera ser expresada fácilmente en dinero, la realidad es que en el caso concreto además del daño emergente, existe un daño moral, causado tanto a las víctimas como a sus familiares, así como a su proyecto de vida con secuelas de carácter físico y psicológicas en verdad indeterminables por el momento, por lo que cualquier suma de dinero que se establezca es aproximativa para tratar de reparar el daño causado, el que consideramos debe establecerse en la suma de setecientos mil nuevos soles, por lo que consideramos que debe revocarse la apelada en este extremo.

Vigésimo Tercero.- En lo que respecta a la determinación de la pena el *a quo* la gradúa en el tercio medio correspondiente al nuevo sistema de graduación de penas establecido por el artículo 46° del Código Penal modificado por la Ley número treinta mil setenta y seis y ha considerado como se ha referido en el sexto fundamento de la presente sentencia, un tipo penal que no era el aplicable al imputado, sin embargo habiéndose desistido el ministerio público de la apelación interpuesta en la audiencia de apelación, respecto a la pena impuesta, no se puede incrementarles pues constituiría una *reformat en peior* para el acusado, por lo que la pena privativa de libertad con carácter de suspendida debe ser confirmada, asimismo en lo que respecta a la inhabilitación impuesta como pena accesorias por la que de conformidad con el inciso cuarto del artículo treinta y seis concordante con el treinta y nueve del Código penal, esta se extiende por un tiempo igual que la pena principal, pudiendo imponerse por un periodo diferente pues consideramos que atendiendo a la vigencia del *principio de proporcionalidad* en el Derecho penal obliga a *que toda alternativa punitiva implica merituación de una*

sanción a partir de la naturaleza y magnitud de los bienes jurídicos infringidos¹⁰, debe establecerse por dicha inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el plazo de un año.

DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas los Jueces integrantes de la **PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES DE PIURA**, **CONFIRMARON** la sentencia apelada expedida por el Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Piura en cuanto condena a **LUIS HUMBERTO PONGO ÁGUILA** como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud en su figura de lesiones culposas graves y le impone dos años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año, la **REVOCARON** en cuanto impuso la pena de **Inhabilitación** para ejercer la profesión de médico oftalmólogo por el mismo tiempo de la condena, la que **REFORMÁNDOLA** señalaron en un año y en cuanto fijó en ciento cincuenta mil nuevos soles, el monto de la reparación civil, la que **REFORMÁNDOLA FIJARON** en **SETECIENTOS MIL NUEVOS SOLES**, cuatrocientos mil nuevos soles a favor de María Mercedes Coronado Magín y trescientos mil nuevos soles a favor de María Julia Coronado Magín, que en forma solidaria pagará el sentenciado con los terceros civilmente responsables, **INSTITUTO PERUANO DE OFTALMOLOGÍA -IPO-** así como de la **RED ASISTENCIAL DE ESSALUD DE PIURA**, en un plazo no mayor de seis meses, con lo demás que contiene la sentencia apelada y los devolvieron.

SS.

MEZA HURTADO
RENTERIA AGURTO
RUIZ ARIAS

¹⁰ Así se ha explicado por el intérprete de la Constitución en el fundamento N° 24) de la STC 08439-2013-2013-PHC/TC-CUSCO, caso Constantina Palomino Reinoso, que uno de los principios constitucionales que de ninguna manera puede encontrarse exento de aplicación en la justicia penal, es el de proporcionalidad, pues en la medida en que toda alternativa punitiva implica merituación de sanciones a partir de la naturaleza y la magnitud de los bienes jurídicos que fueron infringidos, queda claro que la legitimidad de la decisión emitida por la justicia penal, reposa en un adecuado uso de dicho principio. La prescindencia del mismo, conduce a resultados reprochables no solo en términos de justicia penal, sino y por sobre todo, de respeto a los propios derechos fundamentales, pues una cosa es restringir la libertad a título de una pena bien aplicada y otra distinta afectarla por una medida sancionadora excesiva o errada.