



UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DEL ECUADOR

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES
“ANDRÉS F. CÓRDOVA”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADA DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES**

**INDETERMINACIÓN JURÍDICA DEL ART. 146 DEL CÓDIGO ORGÁNICO
INTEGRAL PENAL PARA EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN DE UN ACTO
PROFESIONAL EN EL ÁMBITO DE LA PRÁCTICA MÉDICA COMO ILEGÍTIMO**

AUTOR (A): KIMBERLY AIDE ANDRADE PINTO

**DIRECTOR(A) DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN: DR. LUIS SEMPÉRTEGUI
FERNANDEZ**

QUITO, DICIEMBRE 2022

RESUMEN

La profesión médica es considerada una de las más importantes para el hombre, es aquella que protege los bienes jurídicos más significativos para el ser humano, como son la vida, la integridad y la salud. Sin embargo, esto no significa que su actuar médico no sea cuestionado por los demás profesionales, la sociedad e incluso por los mismos médicos. En el Ecuador se sanciona al médico en caso de incurrir en negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia de los reglamentos afines a su profesión y a causa de alguno o varios elementos que ocasionen la muerte de una persona; esto a través de la figura del delito de homicidio culposo por mala práctica profesional.

El Código Orgánico Integral Penal establece que la persona que al infringir el deber objetivo de cuidado en el ejercicio de su profesión ocasione la muerte de otra será privada de libertad de tres a cinco años, si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas; estos tres elementos se han transformado en una duda tanto para los profesionales de la salud como también para los profesionales del derecho; debiendo esto detallarse en un reglamento que contenga instrucciones precisas que permitan una investigación legítima ante un error médico importante y no caer así en estigmatizaciones que dañen la profesión y el honor de una persona.

En la presente investigación analizaremos los vacíos legales que se presentan en la aplicación del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, sobre todo para el personal judicial que debe tener muy clara la situación del médico y sus actos para poder determinar su responsabilidad.

PALABRAS CLAVE: Acto profesional, imprudencia, inobservancia, médico, responsabilidad.

ABSTRACT

The medical profession is considered one of the most important for men, it is the one that protects their legal good most significant for humankind, such as life, integrity and health. Nonetheless, this does not mean that their medical conduct is not questioned by society and even their own medical staff. In Ecuador, a doctor is punished when acting with negligence, imprudence, incompetence and non-observance of the regulations of their profession and due to this one or some elements cause the death of a person; this is through the figure of the crime of culpable homicide for wrong professional practice.

The COIP establishes that a person when infringing their objective duty of care while exercising their profession causes the death of another, will be deprived of liberty from three to five years, if the death was caused by unnecessary actions, dangerous and illegitimate; these three elements have become a doubt to the healthcare professionals and law professionals; should this be detailed in a regulation that contains the precise instructions that allow a legitimate investigation upon an important medical mistake and not fall under stigmas that harm the profession and the honor of a person.

In the present investigation we will analyze the legal voids that are in the application of article 146 of COIP, paying close attention towards the judicial personnel that should be very clear the doctor's situations and their acts to determine their liability.

KEY WORDS:

Professional act, imprudence, inobservancia, doctor, liability.

ÍNDICE

I	CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO.....	13
	1.1 Antecedentes Históricos de la responsabilidad médica.....	13
	1.1.1 Antecedentes Históricos en el Ecuador.....	14
	1.2 Definición de acciones innecesarias.....	16
	1.2.1 Definición de acciones peligrosas.....	17
	1.2.2 Definición de acciones ilegítimas	18
	1.2.3 Definición de Negligencia	18
	1.2.4 Definición de Impericia	19
	1.2.5 Definición de Imprudencia	19
	1.2.6 Definición de Inobservancia	20
	1.3 Homicidio culposo y su diferencia del homicidio doloso	20
	1.4 Mala práctica profesional en el área de salud.	23
	1.5 Consentimiento Informado.....	24
	1.6 Análisis doctrinario de los elementos del tipo penal del art.146 del Código Orgánico Integral Penal	30
II	CAPÍTULO II CASUISTICA.....	36
	2.1 Casos de juzgamiento por mala práctica médica en el Ecuador con el COIP (análisis de tres casos).....	36
	2.2 Tratamiento de la mala práctica médica en el derecho español (DERECHO COMPARADO).....	41

CONCLUSIONES43

BIBLIOGRAFÍA45

PRELIMINARES**DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y HONESTIDAD ACADÉMICA**

Yo, KIMBERLY AIDE ANDRADE PINTO, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido presentado anteriormente para ningún grado o calificación profesional y que se ha consultado la bibliografía detallada.

Cedo mis derechos de propiedad intelectual a la Universidad Internacional del Ecuador, para que sea publicado y divulgado en internet, según lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual, su reglamento y demás disposiciones legales.

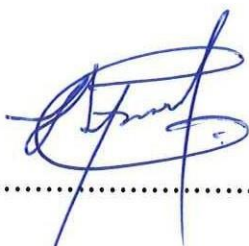
A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Kimberly Aide Andrade Pinto', written over a horizontal dotted line.

KIMBERLY AIDE ANDRADE PINTO

C.I.: 100313491-1

APROBACIÓN DEL TUTOR

Yo, LUIS FERNANDO SEMPÉRTEGUI, certifico que conozco a la autora del presente trabajo siendo la responsable exclusiva tanto de su originalidad y autenticidad, como de su contenido.

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Luis Fernando Sempértegui', written over a horizontal dotted line.

DIRECTOR DE TESIS

DEDICATORIA

Quiero expresarme con mucho amor y cariño en estas líneas dedicando el resultado de mi esfuerzo a mis padres Carlos y Mariela, decirles que cada esfuerzo que hicieron durante mi carrera universitaria ha valido la pena y ha llegado a su fin, agradecer por dejarme salir de mi zona de confort y cumplir mi sueño de ir a estudiar a la capital, sin duda han sido mi pilar fundamental para todo este proceso. Dedico también a mis hermanos, Alejandro por ser mi inspiración para poder ser un ejemplo, y poder demostrarle que los sueños se cumplen y Karlita por ser mi hermana y amiga siempre, por darme su aliento para continuar y enseñarme a ser una mujer responsable y dedicada.

AGRADECIMIENTO

Agradezco profundamente a mis padres por hacer posible que pueda terminar una etapa de mi vida, por enseñarme a ser una persona dedicada con mis estudios, valorando cada esfuerzo para poder llegar hasta aquí.

También a todas las personas que se cruzaron en mi camino durante la carrera universitaria para hacerme sentir como en casa, y que mi estancia lejos de mi familia sea más agradable.

Agradezco con todo mi corazón a mi padrino y amigo Philip, que desde el comienzo confió en mí, impulsándome a cada día ser mejor, que sin él nada hubiese sido posible, gracias.

A la Universidad Internacional del Ecuador por brindarme a docentes de calidad que compartieron sus conocimientos para poder ser una gran profesional.

Y finalmente agradezco a mi tutor por la paciencia, tiempo, consejos y guía que me ha brindado durante todo este proceso.

INTRODUCCIÓN

El Estado ecuatoriano garantiza el derecho a la salud y su acceso permanente y oportuno, así lo manifiesta la Constitución de la República, además indica que la prestación de los servicios de salud debe regirse por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética.

Acorde con estos principios, específicamente con el de calidad, el mismo cuerpo normativo establece que las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, en especial de aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas. Anotado todo esto, debemos mencionar que la creación del Código Orgánico Integral Penal (COIP) es fundamental para poder materializar el derecho al acceso a un servicio de salud de calidad pues encontramos dentro de los delitos contra la inviolabilidad de la vida al homicidio culposo por mala práctica profesional; sin embargo en el caso de la profesión médica se debe poner mayor interés en despejar cualquier duda que se presente al aplicar sanciones contra la mala práctica médica porque, precisamente esta profesión trabaja con personas enfermas que podrían morir a causa de su estado de salud y no por el errado accionar del médico.

El problema jurídico que nos hemos planteado es la existencia de un vacío interpretativo, ya que el art. 146 del Código Orgánico Integral Penal establece que las personas serán responsables por la mala práctica médica en el ejercicio de su profesión, en especial de aquella que ponga en riesgo la vida de las personas, pero no define con claridad los elementos de culpabilidad que llevarían al correcto enjuiciamiento de los casos en que si existe este delito y, evitar la criminalización general de aquellos casos de riesgo normal en toda práctica médica.

Adicional a esto debemos mencionar que en el art. 146 del Código Orgánico Integral Penal, las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas aparecen como una figura por mala práctica profesional ya que si se produce la muerte de una persona por infringir el deber objetivo de cuidado y además comprueba que hubo acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas la pena privativa de libertad aumenta de tres a cinco años, pero el vacío normativo que encontramos es ¿cómo se comprueba que estas acciones son ilegítimas para poder declarar culpable al profesional de la salud?

Para el desarrollo del presente trabajo aplicaremos una metodología cualitativa y comparada, método dogmático, método de análisis de casos, con técnicas de recolección documental, de jurisprudencia, entrevistas y procesamiento de la información obtenida legal, a través de un

proceso de inteligencia normativa del sistema jurídico ecuatoriano con lo que se tendrá en claro a las instituciones jurídicas involucradas en el problema jurídico y su estatus normativo, con este proceso se logrará desentrañar la parte regulatoria afectada a fin de proponer una solución específica.

Doctrinaria, a través de un estudio documental de identificación de la doctrina que se ha tomado en el sistema normativo ecuatoriano a fin de tener el respaldo teórico y proponer una solución sin desapegarse de la naturaleza jurídica de la institución involucrada en el problema jurídico.

1 CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO

1.1 Antecedentes Históricos de la responsabilidad médica

Es importante analizar la evolución de la responsabilidad médica para entender como en la actualidad la actividad médica se ubica dentro de parámetros que no pueden excederse. El primer documento en donde se conoce que se hallan escritas ciertas sanciones para los galenos es el Código de Hammurabi, específicamente en sus artículos o leyes 215 al 227, cito a modo de ejemplo varios de ellos:

218. Si un médico trata a un hombre libre de una enfermedad grave con el punzón de bronce, y lo mata, y si con el punzón de bronce separa la catarata y le saca un ojo, se le cortarán las manos.

219. Si un médico trata al esclavo de un noble de una enfermedad grave, con el punzón de bronce y lo mata, devolverá esclavo por esclavo.

220. Si le opera la catarata con el punzón de bronce y le saca un ojo, pagará la mitad del precio del esclavo, en plata. (Franco, 2013, pág. 352)

Se hace una distinción entre las víctimas de mala práctica médica en el mencionado código, pueden ser hombres libres o esclavos. Cuando el error perjudicaba a un hombre libre el médico era castigado cortándole ambas manos, de tal manera que no podría volver a equivocarse. En cambio, cuando el daño recaía sobre un esclavo se hablaba de un castigo pecuniario.

Posteriormente, en el antiguo Egipto, en el Libro Sagrado se observa la limitación de actuar a los médicos en cuanto a su decisión sobre cual tratamiento o intervención aplicar a sus pacientes, es decir que, el médico de esa época debía regirse estrictamente a este código, de lo contrario podía ser castigado con la muerte. En este orden de ideas, podemos percatarnos de algo muy particular y es que el médico no era castigado precisamente por dañar o afectar la

integridad del paciente sino únicamente por desobedecer las disposiciones de dicho libro (Parra Sepúlveda, 2014).

En la Roma clásica también se castigó la mala práctica médica, como uno de los instrumentos que normaba el actuar médico estaban las Institutas o Instituciones de Justiniano, una de sus disposiciones indica: “si un médico, después de haber operado a tu esclavo, abandona el cuidado de su curación y el esclavo muere, hay culpa” (Negrete Doria, 2019, pág. 51).

Otro instrumento que también norma la práctica médica en la Antigua Roma son las Institutas o texto de Gai, que menciona: “lo mismo vale si hubiese usado mal un medicamento. Sin embargo, el que hubiese operado bien y hubiese abandonado la curación, no estará exento, sino que considera reo de culpa” (Negrete Doria, 2019, pág. 52).

Como podemos observar, se sanciona al médico en dos momentos; al prescribir un medicamento de manera errónea y después de una operación si existe abandono. Así también existen dos tipos de pacientes; el hombre libre y el esclavo, al médico se lo sancionaba de acuerdo a quien provocaba un daño, cuando lesionaba o por su impericia fallecía un esclavo se le aplicaba la *Lex Aquilia*, la cual básicamente imponía un monto que debía pagar el médico al dueño del esclavo, en cambio si el daño lo recibía un hombre libre, se aplicaba la acción de locación.

Otro cuerpo legal que sancionaba al médico negligente era el *Codex Visigothorum* el cual ponía al médico a disposición de la familia del paciente muerto, estos podían matarlo o esclavizarlo.

1.1.1 Antecedentes Históricos en el Ecuador

En el Ecuador la responsabilidad penal en casos de mala práctica médica aparece con la creación del Código Orgánico Integral Penal, en él se tipifica por primera vez el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional. La decisión del legislador de incluir este

delito nace del mandato constitucional contemplado en el artículo 54 de la Constitución: “Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquellas que pongan en riesgo la integridad o la vida de las personas” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Además, el Ecuador al ser un Estado parte de la Convención Interamericana de Derechos acató la sentencia y las disposiciones dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Albán Cornejo y otros vs Ecuador, en el cual Laura Albán falleció en el hospital Metropolitano de la ciudad de Quito, su familia al intentar esclarecer su muerte tuvo impedimentos legales por cuanto el Estado ecuatoriano no tenía la suficiente normativa para investigar y sancionar a los responsables.

La CIDH determinó en este caso lo siguiente:

(...) que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y la integridad personal. Para todo ello, se requiere de la formación de un orden normativo que respete y garantice efectivamente el ejercicio de sus derechos, y la supervisión eficaz y constante sobre la prestación de los servicios de los que dependen la vida y la integridad de las personas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

En el presente caso, la Corte determinó la inexistencia de normas sobre mala praxis médica por lo que ordenó al estado ecuatoriano el pago de la indemnización a la familia de la víctima y el incorporar en el ordenamiento jurídico protección a la vida e integridad personal de los pacientes, así como las sanciones al personal de la salud que incurran en mala praxis.

En este sentido, El 10 de agosto de 2014 entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal (COIP), cuyo artículo 146 indica:

Art. 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional. - La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión,

ocasiona la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley.

Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

El artículo 146 hace mención a una agravante al delito de mala práctica, cuando la acción es innecesaria, peligrosa e ilegítima. Compete como objetivo del presente trabajo de investigación intentar dilucidar estos términos a fin de comprender todos los elementos del tipo penal en concreto.

1.2 Definición de acciones innecesarias

Defino, según el Diccionario de la Real Academia de la lengua que es necesario:

“Dicho de una persona o una cosa: Que hace falta indispensablemente para algo”

(Real Academia Española).

Por lo que innecesario será lo contrario. Entonces, una acción innecesaria se definirá como algo que no hace falta indispensablemente para algo. Sin embargo, en la profesión médica no es tan fácil identificar este tipo de acciones, como menciona Rafael Aguiar - Guevara: “Podremos encontrar buenos ejemplos en lo que a cirugía plástica se refiere. ¿Quién define si una operación era necesaria o no? Si preguntamos a la paciente nos dirá que sí. El cirujano seguramente argumentará que sí era necesaria” (Aguiar - Guevara, 2015, pág. 466).

En relación a este punto, nos encontraremos bajo un criterio subjetivo de varios intervinientes en un proceso penal, estará la opinión del médico procesado, los peritos, el juez, la defensa de la víctima, entre otros, a causa de la falta de una definición clara en la ley, y sucederá lo mismo con los otros elementos que configuran una agravante de este tipo penal.

1.2.1 Definición de acciones peligrosas

De igual manera, el diccionario de la lengua española nos indica que peligroso es “Que tiene riesgo o puede ocasionar daño”, en la medicina todo o casi todo procedimiento tiene inmerso un riesgo, desde la prescripción de un fármaco hasta una cirugía de alta complejidad.

En contraste a la afirmación anterior, Fernando Guzmán, cirujano cardiovascular afirma que: “(...) conducir un automóvil o portar un arma son ejemplos de actividades peligrosas (...)”

“(...) mientras el médico aspira a servir, a curar, a restablecer la salud del prójimo, el hombre armado aspira a todo lo contrario, así sea sólo en caso de necesidad. Equiparar a los dos sujetos para introducir la profesión médica en la categoría de las actividades peligrosas es, por decir lo menos, un acto de irresponsabilidad intelectual” (Guzmán Mora & Arias Paez, Carlos Alberto, 2011)

Nuevamente se presenta la subjetividad con la que se puede definir una acción peligrosa, incluso entre médicos tendrán opiniones opuestas. Esto demuestra la falta del principio de legalidad en el inciso de agravantes en el artículo 146 del COIP.

1.2.2 Definición de acciones ilegítimas

Como requisito último para agravar la pena en el tipo penal en concreto, se debe dar la calificación de ilegítima a la acción realizada por el profesional. El significado de ilegítimo es lo contrario a lo permitido según la justicia, razón y moral. Una acción ilegítima podría ser aquella que va en contra de la *lex artis*, pues al ser un conjunto de reglas propias de la profesión, se estaría actuando contrario a lo permitido dentro de la práctica médica.

1.2.3 Definición de Negligencia

La palabra negligencia proviene del latín *negligentiae* que significa mirar con indiferencia y que denota descuido u omisión.

Es actuar sin cuidado al ejecutar una actividad, es una especie de omisión en el sentido que ha dejado de actuar como debía hacerlo, esta omisión se la puede catalogar como voluntaria pues el médico ha dejado de hacer algo que por su profesión suponía una obligación preestablecida de cuidado, no es una simple abstención de hacer algo, sino que se trata de una inacción que provoca un daño al paciente.

Un ejemplo de actuar negligentemente sería cuando un sujeto se percata que sus llantas están lisas y sin embargo decide omitir el cambio de neumáticos convenciéndose de que no habrá un resultado dañoso, sin embargo, lo puede evitar actuando con diligencia.

En las intervenciones quirúrgicas ha sido común la acción negligente de olvidar instrumentos o gases dentro de la cavidad abdominal de los pacientes. En estos casos no existe el cuidado debido como sería el contaje final de los instrumentos para tener la certeza de no olvidarlos antes de proceder a cerrar la cavidad.

1.2.4 Definición de Impericia

Se define como la falta de pericia, es decir la falta de sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte (Real Academia Española).

Dentro de cualquier profesión es la falta de conocimientos y de experiencia necesaria para ejercer determinada ciencia. La impericia se podría considerar la falta de aptitud.

La impericia, en ocasiones llega a confundirse con la imprudencia; sin embargo, existe una diferencia; si la persona actúa sin conocimiento para realizar una determinada actividad, pero convencida de tenerlo, actúa sin prever el resultado dañoso, estará en el campo de la impericia. En cambio, quien sabe que no posee la habilidad y conocimiento requerido y aun así ejecuta una acción y provoca un daño, su conducta será imprudente, lo cual se le asemeja al dolo eventual, pues el agente se plantea como probable la consecuencia de su acto y así acepta el resultado

En la profesión médica, como en todas las profesiones, no basta con obtener un título universitario para actuar con pericia, pues aquella va más allá que estar acreditado legalmente para ejercer una profesión, es decir que la pericia incluye además experiencia, experticia, práctica, habilidad, destreza, entre otros.

Dentro de la impericia, se encuentra ligado el término *intrusismo*, el cual hace referencia al ejercicio de actividades profesionales por un agente no autorizado para aquello. Se dice de aquel que no tiene la preparación y acreditación para la realización de una determinada actividad médica, por ejemplo, un pediatra no podría realizar una cirugía de otorrinolaringología.

1.2.5 Definición de Imprudencia

La imprudencia o también llamada *culpa in committendo* y su significado es la falta de prudencia, es cometer un acto temerario. Es imprudente aquel que actúa sin discernimiento entre lo bueno y lo malo, sin moderación, sensatez, cautela o buen juicio, sin precaución y

previsión de las consecuencias dañosas. Podemos manifestar que la imprudencia es lo contrario a la negligencia, pues aquella es dejar de hacer algo debido, mientras que la imprudencia es obrar sin cautela, equivalente a la culpa por comisión (*culpa in committendo*).

El médico, por su profesión, es llamado a actuar con prudencia ante la sociedad, debe realizar actos con mayor razonamiento, análisis, reflexión que lo exigible a un hombre promedio.

Muchas veces el médico actúa imprudentemente cuando su comportamiento es basado en un exceso de confianza en sí mismo, o en la confianza de que no habrá un resultado perjudicial.

Rafael Aguiar menciona un claro ejemplo de imprudencia:

Es la conducta del cirujano y del anestesiólogo que, ante una intervención determinada, omiten ciertos exámenes rutinarios del paciente que conforman su evaluación pre-operatoria, procediendo a la intervención en la ciega confianza que nada va a suceder. De pronto aparece una complicación operatoria que está relacionada con una condición patológica pre-existente del paciente, que se hubiera previsto o evitado si se hubiesen realizado los exámenes acostumbrados previo a la intervención (Aguiar - Guevara, 2015, pág. 409).

1.2.6 Definición de Inobservancia

La inobservancia a una serie de reglas, normas, protocolos que rigen la profesión médica también origina la producción de delitos culposos.

Como ejemplo común es la falla en obtener la autorización escrita del paciente o de su representante legal para su operación o un tratamiento medicamentoso que implique gran riesgo. (Vargas Alvarado, 1984)

1.3 Homicidio culposo y su diferencia del homicidio doloso

El homicidio culposo en el Ecuador se encuentra tipificado en el artículo 145 y 146 del COIP:

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

Con la misma pena será sancionado el funcionario público que, inobservando el deber objetivo de cuidado, haya otorgado permisos, licencias o autorizaciones para la construcción de obras civiles que hubieren perecido, y que como consecuencia de ello se haya ocasionado la muerte de una o más personas.

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

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

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

En ambos artículos se hace mención a la forma culposa del homicidio, sin embargo, hay una diferencia entre los dos y es el sujeto activo, dentro de la categoría de la tipicidad objetiva aquel puede ser calificado o no calificado. En el artículo 145 el sujeto activo es no calificado, es decir que puede ser cualquier persona la responsable del delito, aunque en el segundo inciso ya es calificado por cuanto menciona al funcionario público que otorgue permisos para la construcción de una obra.

En cambio, en el artículo 146, el sujeto activo es calificado pues nos dice que debe ser una persona que al momento de cometer el delito estuviere en el ejercicio de su profesión, se necesita de esta calidad en especial para configurarse este tipo penal.

Sin embargo, en ambos tipos, existe un elemento en común y es la culpa. Dentro de la tipicidad subjetiva tenemos el dolo y la culpa, esto es la voluntad reprochable penalmente, con la que se cometió un acto u omisión.

La culpa es causar un resultado típico sin la intención de producirlo, es también la violación de una norma del deber objetivo de cuidado. Los delitos culposos siempre estarán expresamente establecidos en la ley, pues los demás tipos tienen la presunción de ser dolosos.

Entonces el homicidio culposo será causar la muerte de una persona sin haber tenido la intención de provocar el daño, aunque hubo una violación al deber objetivo de cuidado, ahora debemos entender a qué se refiere este término; el deber objetivo de cuidado es actuar dentro de límites permitidos en cuanto al riesgo que conlleva una determinada actividad, entonces, el exceso de riesgo constituye la infracción al deber objetivo.

“Por tanto, los siguientes son los requisitos para que exista un delito culposo:

- La violación al deber objetivo de cuidado.
- El resultado típico (ej. Homicidio culposo, lesiones culposas)
- Y el nexo causal entre los anteriores” (Encalada Hidalgo, 2015, pág. 58)

El COIP ha definido también a la culpa e indica:

“**Art. 27.- Culpa.-** Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Ahora bien, el homicidio doloso, es aquel en el cual se encuentra inmerso el dolo, que es infringir un daño con la intención de hacerlo. El dolo requiere dos elementos, uno cognitivo y otro volitivo. El primero, es el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, y el segundo, se refiere a la voluntad de realizar dicha conducta. En el homicidio doloso, el sujeto activo sabe que está matando a otra persona y además quiere hacerlo.

Este tipo penal nunca describirá la conducta de un profesional médico, porque aquel no actuaría con dolo. Se entiende que el médico no podría tener la voluntad de causar daño a un paciente.

1.4 Mala práctica profesional en el área de salud.

La mala práctica médica está contemplada en el Código Orgánico de Salud, se mencionan infracciones y sanciones, sin embargo, no constituyen jurisdicción penal, sino administrativas.

Las infracciones en la mayoría de casos son sancionadas con multas económicas, y excepcionalmente la suspensión de la licencia médica. Estas infracciones son juzgadas por autoridades estatales correspondientes al área de salud, como bien lo indica el artículo 217 del Código Orgánico de la Salud.

Art. 217.- Tienen jurisdicción para conocer, juzgar e imponer las sanciones previstas en esta Ley y demás normas vigentes, las siguientes autoridades de salud:

- a) El Ministro de Salud Pública;
- b) El Director General de Salud;

- c) Los directores provinciales de salud; y,
- d) Los comisarios de salud. (Ley Orgánica de Salud, 2006)

La Ley Orgánica de la Salud también menciona elementos que se encuentran inmersos en la mala práctica médica, sin embargo, no habla del resultado muerte, sino de un daño en el paciente:

Art. 202.- Constituye infracción en el ejercicio de las profesiones de salud, todo acto individual e intransferible, no justificado, que genere daño en el paciente y sea resultado de:

- a) Inobservancia, en el cumplimiento de las normas;
- b) Impericia, en la actuación del profesional de la salud con falta total o parcial de conocimientos técnicos o experiencia;
- c) Imprudencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión del cuidado o diligencia exigible; y,
- d) Negligencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión o demora injustificada en su obligación profesional. (Ley Orgánica de Salud, 2006)

Todos estos elementos son sancionados, según la Ley Orgánica de Salud de la siguiente manera:

La inobservancia será sancionada con una multa de un salario básico unificado del trabajador en general. La impericia con multa de cinco salarios básicos unificados del trabajador en general. La imprudencia con multa de diez salarios básicos unificados del trabajador en general y la negligencia será sancionada con multa de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general.

1.5 Consentimiento Informado.

Al hacer referencia al consentimiento informado, debemos mencionar su origen histórico, este aparece con una incipiente relación médico-paciente vigente desde tiempos de

Hipócrates de Cos, la cual tenía una gran carga de paternalismo, que según el Ministerio de Salud de Ecuador es:

La tendencia a beneficiar o a evitar daños a un paciente, atendiendo a los criterios y valores del médico antes que a los deseos u opciones del enfermo “capaz para decidir”. No considera necesario informar siempre; y puede prescindir del consentimiento si lo requiere el caso. (Ministerio de Salud Pública, 2016, pág. 12)

A esta actitud se le suma Esculapio, quien consideraba al paciente como un sujeto incapaz de tomar decisiones autónomas.

Más tarde, en el año 1914, se conoció el caso Schloendorff contra la Society of New York Hospitals, es básicamente una sentencia de apelación que estableció principios de consentimiento informado. La paciente, Mary Schloendorff, fue evaluada en el hospital de Nueva York por un problema gástrico, luego de varias semanas de tratamiento fue diagnosticada con un fibroma, para lo cual el médico le recomendó una cirugía de extirpación, Schloendorff se negó expresamente y únicamente dio su consentimiento para un examen bajo efectos anestésicos, momento en el cual los médicos decidieron extirpar el tumor. Cuando ella despertó, se percató que fue intervenida quirúrgicamente, a lo que los médicos le indicaron que fue sometida a una “histerectomía supravaginal” (Quintero Roa, 2013). Posterior a la cirugía, los dedos de la paciente se tornaron de color negro, debiendo ser amputados bajo el diagnóstico de gangrena.

Como consecuencia de aquello, Mary Schloendorff, inició una demanda en contra del hospital de Nueva York por los daños sufridos aparentemente causados por la intervención quirúrgica que expresamente ella no autorizó.

En la sentencia, el juez Cardoso manifestó:

Todo ser humano de edad adulta y sano juicio tiene el derecho de determinar lo que debe hacerse con su propio cuerpo, y un cirujano que realiza una intervención sin el

consentimiento de su paciente comete una agresión por la que se le pueden reclamar legalmente daños. Esto es verdad, excepto en casos de emergencia, cuando el paciente está inconsciente y cuando es necesario operar antes de que sea obtenido su consentimiento (Collazo, 2002, pág. 320)

A partir de esta sentencia, a pesar de ser exculpatoria para los cargos que se imputaba a la Sociedad del Hospital de Nueva York, se determinan ciertos aportes como asociar la mayoría de edad con la capacidad, limitar la exigencia del consentimiento en casos de inconsciencia, derecho a reclamar legalmente en contra de intervenciones médicas no consentidas.

Otro hito histórico en la relación médico-paciente son los juicios de Nuremberg en 1947, en donde se juzgaron a veinte médicos y tres auxiliares por cometer delitos contra la vida y dignidad humana al realizar experimentos en personas discapacitadas o prisioneros sanos e inocentes, sean estos hombres, mujeres o niños. En el citado juicio, los mismos médicos relatan las atrocidades que cometieron en nombre del beneficio de la nación (Volksgesundheit) (López Muñoz, 2020). Los experimentos tenían varios fines; uno de ellos era probar la eficacia de fármacos o vacunas en distintas enfermedades o lesiones, para lo cual el médico debía provocar dichos escenarios para así evidenciar las características del medicamento, las personas que servían como material experimental eran llamadas Versuchskaninchen (conejiillos de indias, en alemán) (Riquelme, 2004). Cabe indicar que ni siquiera eran sometidos a estos dolorosos experimentos bajo algún efecto anestésico. Otro fin era conocer cómo reaccionaba el cuerpo humano ante distintas circunstancias, como, por ejemplo, hasta qué medida de presión atmosférica o temperatura era capaz de resistir. Realizaron entre otros, experimentos psicológicos, anatómicos, inmunológicos.

Los experimentos realizados por personal médico bajo el régimen nazi, fueron catalogados como vejámenes, como consecuencia de aquello se redactó el Código de

Núremberg, el cual fue publicado el 20 de agosto de 1947 (Cancino Marentes y otros, 2019), los autores de este cuerpo normativo fueron dos médicos norteamericanos; el psiquiatra Leo T. Alexander y el fisiólogo Andrew C. Ivy (López Muñoz, 2020).

Este código establece como condición *sine qua non* de estos experimentos, tanto el consentimiento informado de la persona que se someta a ellos, como la responsabilidad de los médicos que lo realicen. (Riquelme, 2004). El primer artículo indica:

El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Esto quiere decir que la persona implicada debe tener capacidad legal para dar su consentimiento; que debe estar en una situación tal que pueda ejercer su libertad de escoger, sin la intervención de cualquier elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción o algún otro factor coercitivo o coactivo; y que debe tener el suficiente conocimiento y comprensión del asunto en sus distintos aspectos para que pueda tomar una decisión consciente.

Esto último requiere que antes de aceptar una decisión afirmativa del sujeto que va a ser sometido al experimento hay que explicarle la naturaleza, duración y propósito del mismo, el método y las formas mediante las cuales se llevará a cabo, todos los inconvenientes y riesgos que pueden presentarse, y los efectos sobre su salud o persona que puedan derivarse de su participación en el experimento. El deber y la responsabilidad de determinar la calidad del consentimiento recaen en la persona que inicia, dirige o implica a otro en el experimento. Es un deber personal y una responsabilidad que no puede ser delegada con impunidad a otra persona.

Como podemos observar, el consentimiento del paciente empezó dentro de un ámbito experimental, es decir que, únicamente se hablaba de un requisito ético del médico o científico previo a realizar un experimento, sin embargo, actualmente y en el Ecuador el consentimiento informado también se aplica en procedimientos diagnósticos, terapéuticos o preventivos.

Tras la publicación del Código de Núremberg, aparecieron los primeros códigos específicos en materia de ética a nivel global, en los cuales se encuentran, entre otros temas, indicaciones en cuanto al consentimiento informado y la dignidad humana con la que deben ser tratados los pacientes sin excepción:

Declaración de Ginebra , conocido también como el juramento hipocrático moderno, fue propuesta por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial en septiembre de 1948, tenía la intención de ser una especie de norma ética para los médicos.

Código Internacional de Ética Médica, la Asociación Médica Mundial fue el organismo que propugnó esta serie de normas, originadas en el año 1949 y enmendadas en los años 1968 y 1983. Habla básicamente sobre la responsabilidad y comportamiento médico.

Declaración de Helsinki (1964), se crea a partir del suceso histórico conocido como “desastre de la talidomida” un principio activo, presente en un somnífero llamado *Contergan*, las mujeres embarazadas al consumir este fármaco, sin conocer producían daños en la formación del embrión, como resultado nacían bebés sin extremidades o con aquellas pero incompletas, esta condición es identificada como focomelia (Cancino Marentes y otros, 2019).

Informe Belmont (1978), donde se logra establecer tres importantes principios de la ética médica, como son el principio de respeto a las personas y a su autonomía, el principio de beneficencia y el principio de justicia.

Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos, elaboradas por el Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas en el 2002 con colaboración de la OMS. Estas pautas proporcionan principios éticos, reconocidos mundialmente, que se deben aplicar en estudios de investigación.

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO (2005), en la que se resalta la dignidad humana, la libertad para realizar investigaciones científicas en beneficio de la humanidad, siempre y cuando se la realice aplicando la ética.

Los aspectos más detallados sobre el consentimiento informado y la participación de seres humanos en investigación en Ecuador se describen en el Modelo de aplicación del consentimiento informado en la práctica asistencial, el cual nace a partir de un Acuerdo Ministerial No. 00005316, en el Reglamento para investigaciones de intervención en seres humanos de desarrollo, Reglamento de desarrollo, vigilancia y control de los ensayos clínicos, también se lo menciona de manera breve en la Ley Orgánica de Salud.

Ahora bien, es importante señalar el concepto de consentimiento informado según normas ecuatorianas:

PRIMERA.- El consentimiento informado es un proceso de comunicación y deliberación, que forma parte de la relación de un profesional de salud y un paciente capaz, por el cual una persona autónoma, de forma voluntaria, acepta, niega o revoca una intervención de salud. En caso de menores de edad o personas incapaces quien otorgue el consentimiento será su representante legal.

El consentimiento informado se aplicará en procedimientos diagnósticos, terapéuticos o preventivos, luego de que el profesional de la salud explique al paciente en qué consiste el procedimiento, los riesgos, beneficios, alternativas a la intervención, de existir éstas, y las posibles consecuencias derivadas si no se interviene.

SEGUNDA.- Cuando se trate de un procedimiento de salud de riesgo mayor, (...) debe ser expresado por escrito, por el paciente o su representante legal, cuando corresponda, en un formulario firmado que será parte de la historia clínica. (Modelo de aplicación del consentimiento informado en la práctica asistencial, 2016)

El consentimiento informado, en el Ecuador, exige de varios requisitos para considerarse válido:

Paciente adulto legalmente capaz, el documento de consentimiento informado debe ser firmado por el profesional de salud responsable del procedimiento a realizarse y por el

paciente, si el paciente adulto no tiene capacidad para tomar una decisión, el consentimiento informado se realizará por su representante legal, en el caso que no exista una representación legal, el profesional de la salud en base a la valoración clínica actuará conforme el interés superior del paciente. En el caso de menores de edad, el consentimiento informado deberá ser suscrito por el padre o la madre.

Es importante mencionar que a pesar de la existencia de un consentimiento informado firmado por el paciente no exime al médico de responsabilidad por mala praxis; es decir que a pesar de que el riesgo haya sido aceptado por el paciente, si el médico cometió imprudencia, impericia, negligencia o haya realizado acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas y a causa de esto se produce su muerte, el médico será procesado y hasta sentenciado penalmente.

Esto ya lo ha expresado el legislador en la Ley Orgánica de Salud: “Art. 204.- El consentimiento o autorización del paciente o de la persona que le representa legalmente, no exime de responsabilidad al profesional o al servicio de salud en aquellos casos determinados en el artículo 202 de esta Ley”. (Ley Orgánica de Salud, 2006)

1.6 Análisis doctrinario de los elementos del tipo penal del art.146 del Código

Orgánico Integral Penal.

Antes de abordar el análisis de los elementos del tipo penal, debo referirme al principio de legalidad, pues de este nace precisamente esta categoría dogmática llamada tipicidad.

Este es uno de los principios considerados como una conquista de la revolución francesa, se refiere a que solo son punibles aquellas conductas que se encuentran previstas en la ley como un delito, se lo conoce con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, lo cual significa que no hay delito sin ley.

Este principio es al mismo tiempo una garantía de los ciudadanos frente al poder punitivo del estado, en la Constitución del Ecuador hace alusión a aquel en su artículo 76.3:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley (...).
(Constitución de la República del Ecuador, 2007)

Es decir que, si un acto no está tipificado en la ley, no será considerado como un delito, por lo tanto, no habrá pena. En virtud de aquello, el legislador, debe describir al tipo penal de la manera más clara posible, pues la tipicidad contiene la conducta punible, aquella conducta que el legislador le dice al ciudadano que es incorrecta y que puede acarrear un castigo.

En la tipicidad, dentro de la teoría finalista, también describirá un elemento subjetivo, lo cual antes solo se lo valoraba en la última categoría dogmática: la culpabilidad. Entonces la tipicidad es aquella categoría dogmática que describirá objetivamente el hecho punible y también, cómo menciona Pablo Encalada, el nexo psicológico entre el agente y el resultado típico.

En base a aquello, la tipicidad será objetiva y subjetiva.

La tipicidad objetiva comprende cuatro elementos necesarios y comunes a todos los delitos:

El sujeto activo, es la persona natural que comete el delito, puede ser calificado o no calificado. La primera clasificación se refiere a que el sujeto activo debe tener una cualidad especial que lo diferencia de cualquier persona. La segunda, el sujeto activo no calificado, puede ser cualquier persona la responsable de cometer el acto.

Como segundo elemento, tenemos al sujeto pasivo, es la persona quien ha sufrido la lesión de un bien jurídico, al igual que el sujeto activo se clasifica en calificado y no calificado.

El sujeto pasivo calificado es aquel que tiene una cualidad especial y el no calificado es cualquier persona.

El tercer elemento es el verbo rector o la conducta, también llamado núcleo del delito; es el acto humano, sea este una acción u omisión con el cual se lesiona un bien jurídico a otra persona.

El siguiente elemento es el objeto, sea este material o jurídico; el objeto material se refiere a la persona o cosa en la cual recae la acción tendiente a lesionar un bien jurídico. Y el objeto jurídico no es nada más que el bien jurídico afectado o lesionado.

Pablo Encalada (2015) se refiere también a elementos no necesarios o accidentales y manifiesta que se refiere a aquellos que no siempre estarán presentes en un tipo penal, tenemos entonces los elementos normativos, que son meras descripciones que nos remiten a otras normas para comprender mejor al tipo.

Luego están los elementos valorativos, que son normas u opiniones que califica el intérprete desde su perspectiva.

Por último, están otras circunstancias que complementan el tipo, son aquellas descripciones que configuran al tipo como más o menos grave.

En el artículo 146 del COIP, se encuentra tipificado el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, allí podemos identificar los mencionados elementos objetivos:

Sujeto activo (calificado): Persona en la práctica de su profesión.

Sujeto pasivo (no calificado): Cualquier persona.

Verbo rector: Ocasionar la muerte de una persona.

Objeto jurídico: La vida

Objeto material: El cuerpo humano

Elementos normativos: Nos habla sobre el proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, el cual será determinado por la Ley (es decir, la Ley Orgánica de Salud).

Elementos valorativos: Acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

Circunstancias que complementan el tipo: acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho. ((Código Orgánico Integral Penal, 2014)

En cuanto a los elementos subjetivos del tipo, se refieren a la voluntad y el conocimiento de quienes han actuado cometiendo un delito, es una relación psicológica entre el acto y el autor, de allí nace el dolo y la culpa. Estos conceptos ya fueron desarrollados en el presente trabajo en páginas anteriores. Se resalta entonces que, dentro del delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, el sujeto activo siempre actuará con culpa.

Teoría finalista de la acción, construcción del tipo penal, tipicidad, elementos de tipicidad y como se configura en el coip.

Previo a la construcción de la teoría finalista de la acción, debemos identificar la teoría de la causalidad, predominante hasta mediados del siglo XX, aquella establece que la relación

de causalidad entre un acto o conducta humana y el resultado es un requisito imprescindible, es decir que debe verificarse el nexo entre el origen o causa, que vendría a ser la conducta, y el resultado. El principal problema que surgió de esta teoría fue que los factores que influyen causalmente en un resultado son múltiples, incluso factores no humanos y hasta de manera indirecta. Menciono un breve ejemplo a efectos de un mejor entendimiento. Un médico realizó un aborto a una mujer, utilizó para el procedimiento los instrumentos quirúrgicos comunes tales como la legra, además le suministró a la mujer un fármaco relajante. Al finalizar el procedimiento, la paciente falleció. La fiscalía acusó por el delito de aborto con muerte, sin embargo, los peritos forenses que realizaron la autopsia establecieron como causa de la muerte una hemorragia gástrica debido a úlceras que ella había desarrollado mucho tiempo antes del procedimiento abortivo y por ende que los medios que utilizó el médico no eran el nexo causal entre el aborto y la muerte, tal como lo exige el artículo 147 del COIP.

Como se observa en el caso ejemplo, la fiscalía fundamentó su acusación en la teoría causalista, simplemente afirmando una relación causal entre el acto (aborto) con el resultado (muerte), sin embargo, la muerte ha sido resultado de factores no controlables por el ser humano como es la formación de úlceras gástricas y su posterior hemorragia.

Ahora bien, luego de reconocer los problemas del causalismo, la escuela que representaba Hanz Welsel establece que, en vez de observar la causalidad en el delito, se debe probar la finalidad que tuvo el actor al realizar una determinada acción. En el ejemplo ya citado, se debe probar la finalidad del médico al realizar el aborto, si su intención fue matarla o únicamente realizarle el aborto.

Es a partir de la teoría del finalismo que aparecen figuras como el error de tipo y el error de prohibición, además en la categoría dogmática de la tipicidad se le ubica al dolo y a la culpa, cuando anteriormente serían consideradas elementos de la culpabilidad.

El tipo penal se configura básicamente de una parte positiva, esta a su vez por una parte objetiva y otra subjetiva; y una parte negativa. En la parte objetiva estará como mínimo: un sujeto activo, una acción u omisión y un bien jurídicamente protegido con el sujeto pasivo. En la parte subjetiva requiere siempre al dolo o culpa como una forma menos grave. La parte negativa del tipo que es la ausencia de causas de atipicidad y de causas de justificación. La teoría de los elementos negativos del tipo nos indica que el tipo siempre implica antijuridicidad a menos que se comprueben causas de justificación, entonces nos habla sobre un tipo total o global de injusto, aquel estaría compuesto por dos partes, la parte positiva del tipo y una parte negativa del tipo. La primera hace referencia a los elementos requeridos para cada delito y la segunda a la ausencia de causas de justificación.

Con esta teoría no se quiere desconocer que la tipicidad y antijuridicidad o la parte positiva y negativa del tipo tienen distinta función, simplemente que, al considerar al tipo como indicio de la antijuridicidad, debemos confirmar si existen o no causas de justificación.

Por consiguiente, el tipo penal es el supuesto de hecho abstracto que ya ha sido previsto en la ley penal, es decir, una conducta será considerada típica cuando los elementos de esa acción se subsuman a lo legalmente descrito en la norma. La antijuridicidad, en cambio, es aquella desvalorización de aquella conducta descriptiva. Luzón (2012) manifiesta que, en 1906, Beling al introducir el término “tipo”, se lo consideraba valorativamente neutro e independiente de la antijuridicidad y que posteriormente al tipo se lo consideraría como la *ratio cognoscendi* de aquella, es decir, ya era un indicio o la razón que permite el conocimiento de la antijuridicidad.

En el Código Orgánico Integral Penal ya nos habla sobre las conductas penalmente relevantes e indica que “son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables”, es decir que se debe demostrar que efectivamente una determinada acción ha sido la causa del resultado, y en efecto,

si no lo es, el derecho penal no lo considerará relevante. En el tema que respecta, sobre el homicidio culposo por mala práctica profesional, el artículo 146 ha sido redactado con el finalismo y la imputación objetiva, específicamente en el numeral 1: “La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado y 3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas”.

2 CAPÍTULO II CASUÍSTICA

2.1 Casos de juzgamiento por mala práctica médica en el Ecuador con el COIP

(análisis de tres casos).

Juicio N° 13283-2017-0177

Nicole María Montesdeoca Aragundy, fue intervenida quirúrgicamente por cesárea el día 27 de diciembre del 2016, a partir de las 06h20, en la clínica “Virgen de Guadalupe”, ubicada en la Av. Bolivariana entre las calles México y 3 de Mayo de esta ciudad de Portoviejo, por parte del Dr. José Francisco Abril Ojeda, en su calidad de médico especialista en ginecología y obstetricia, conjuntamente con el anestesiólogo Dr. Roder Wagner Murillo Cervantes, el neonatólogo Dr. Julio Insuasti, y como ayudante instrumentista la señora Margarita del Socorro Posligua Roldán, con diagnóstico de embarazo de 38 semanas de evolución, que a las 06h30 inicia el proceso de anestesia, a las 06h45 se recibe al recién nacido con un Apgar de 9/9, que a las 7h20 aproximadamente culmina el proceso quirúrgico, y a las 07h30 la ciudadana Nicole ya se encontraba en la habitación conjuntamente con el recién nacido, que se realizó el puerperio inmediato durante las primeras dos horas, cada quince minutos, en donde se toman los signos vitales de la paciente conforme los protocolos del Ministerio de Salud Pública, esto es, tomando la presión de la paciente, la frecuencia cardiaca, revisando el control del sangrado, registrando signos vitales estables, loquios normales, estado de

consciencia alerta, herida limpia, con masaje uterino y retracción uterina de 0-3, que las indicaciones médicas tras el pos operatorio para la terapia del dolor fueron: cloruro de sodio a 250 ml más tramadol 300 mg, más Ketorolaco 90 ml, más metoclopramida 30 mg, 15ml/hora. En este orden, a las 09h30 de la mañana aproximadamente la paciente Nicole presentaba molestias, lo que fue comunicado por los familiares al residente Dr. Jean Carlos Hidalgo Almeida, quien revisó a la paciente controlando el sangrado intravaginal a través de la revisión del pañal que se le había colocado, e indicando que no podía encender el aire acondicionado por el escalofrío que sentía la paciente, que aproximadamente a las 10h30 la paciente estaba disminuida, con taquicardia, hipotensión, sudoración fría, palidez marcada, y presentaba mareo, por lo cual el médico residente pidió a los familiares el número telefónico del médico tratante, llamando por dos ocasiones al número telefónico del Dr. Francisco Abril Ojeda quien era el médico tratante- sin que éste contestara las llamadas telefónicas; que aproximadamente a las 11h00 el Dr. José Francisco Abril Ojeda le devuelve la llamada al médico residente, quien le da a conocer los síntomas que presentaba la paciente, y el médico residente le preguntó ¿qué si no se trataba de un sangrando?, a lo que el médico tratante le preguntó si había sangrado en el pañal, contestándole que no, e indicándole al médico tratante que se trataba de una reacción alérgica al tramadol, que estaba en consulta externa, que apenas se desocupara iba a hacer la visita a la paciente, dándole como indicación que suspenda la terapia del dolor, que aplique efedrina en 1 ml diluido en 10 ml de solución salina al 0.9%, que suspenda el tramadol, y que aplique cloruro de sodio al 0.9%, bolo de 200 ml; a las 11h30 la paciente realiza desaturación, se decide iniciar la oxigenoterapia, se le colocó otro bolo (suero) independientemente de que el médico residente en base a la información del médico tratante indicó que no era sangrado, y se le cambió la solución a cristaloides, a las 12h20 llega el Dr. José Francisco

Abril Ojeda, a la clínica Virgen de Guadalupe, acompañado del anesthesiólogo, indicando que iba a cambiar la terapia del dolor, y la pasaron al quirófano, la paciente estaba sudorosa, hipotensa, fría, manifestaba que se ahogaba, el pulso estaba elevado, presentaba dolor generalizado sobre todo en el pecho, se la estabilizó con líquidos, se le puso suero, se le aplicó efedrina, se mejoró, se le colocó el cateter en la columna, la paciente seguía con la misma sintomatología que al comienzo y se desmayó de una manera rápida, inmediatamente se le colocó oxígeno, hasta que trajeron el tubo endotraqueal para entubarla, se hicieron maniobras de resucitación sin respuesta alguna, utilizándose el cardiodesfibrilador con maniobras de electroshock, y a las 13h20 se suspendió el mismo al no tener resultados, y se comunicó a los familiares del suceso del fallecimiento de Nicole María Montesdeoca Aragundy. 11.3. En la audiencia de juicio estos hechos, fueron demostrados y complementados a través de los testimonios de los familiares de la víctima, Juan Vicente Montesdeoca Aragundy (acusador particular), Juana María Aragundy Aragundy, Jessenia Elizabeth Montesdeoca Aragundy, Anita Tricia Hidrovo Aragundy, Vicente Antonio Montesdeoca Zambrano, Vicente Andree Montesdeoca Aragundy, y Juana Rita Molina Aragundy, quienes con su testimonio han descrito las circunstancias de tiempo y espacio, dentro de las cuales la ciudadana Nicole María Montesdeoca Aragundy llegó a la clínica Virgen de Guadalupe de la ciudad de Portoviejo, los malestares que presentó aproximadamente desde las 09h30 del día 27 de diciembre del 2016 fecha en la que fue intervenida quirúrgicamente por una cesárea, las llamadas insistentes al médico tratante Dr. José Francisco Abril Ojeda, para que acuda a la clínica a valorar a su paciente, llamadas que comenzaron desde las 10h20, y que éste mencionó que acudiría al medio día, así como las circunstancias de espera en las afueras de la sala de quirófano hasta que le dieron la noticia del suceso (muerte), lo cual ha sido complementado con el testimonio del perito

de Criminalística Edgar Adrián Cobeña Palacios quien realizó el reconocimiento del lugar de los hechos, del agente de la Policía Judicial Moisés Ramiro Cevallos quien realizó la investigación por el delito de homicidio culposo, del perito Gerónimo Zambrano Mendoza, quien realizó el reconocimiento de evidencias físicas, de la perito Judith Betsabé Proaño Sahona, quien realizó la perica de audio, vídeos y afines, confirmando la llamada saliente hecha al Dr. José Francisco Abril Ojeda, el día 27 de diciembre del 2016 a las 10h46, y con el testimonio del perito Leonardo Rafael Salazar Torres se ha ratificado que a las 10h46 existió una llamada saliente del número 0987967104 al número 0984892740, que la localización de origen fue en la calle Santa Ana y Jorge Washington, y el destino en el Aeropuerto Reales Tamarindo, Av. Manabí y Av. Periodista, además se ha demostrado el buen estado de salud de la paciente al ingresar a la intervención quirúrgica con los exámenes realizados en el laboratorio GAMMA como lo confirmó el Dr. Manuel Ignacio del Jesús Alcívar Bravo, y del Dr. Enrique Agustín Loor Zambrano, quien realizó el examen de estudio ecográfico por el estado de gestación que presentaba la paciente Nicole María Montesdeoca Aragundy. (Corte Provincial de Portoviejo, 2018)

En este caso, se juzga al Dr. Abril Ojeda, como autor directo, de conformidad al artículo 42 numeral 1 literal a) del COIP, del delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, tipificado en el artículo 146 inciso primo del COIP, por lo que se le impone la pena privativa de libertad dieciocho meses y la suspensión de su licencia profesional.

Como podemos verificar, la terna de médicos que hizo la pericia correspondiente confirma la violación al deber objetivo de cuidado por cuanto el médico no observó los protocolos a seguir cuando la mujer presenta un cuadro de signos y síntomas de este tipo, como primera actuación esperada del médico era a sospecha de una hemorragia interna oculta de tipo postparto y por consiguiente la intervención quirúrgica para salvar la vida de la paciente.

Juicio N° 17282-2015-03147

El 16 de julio del 2015, la señora Yadira Yesenia Cáceres Loyola ha ingresado a la Clínica de cirugía plástica Steticusplas Cía. Ltda., ubicada en Quito en las calles Francisco Alava Oe6-64 y San Gabriel, con el fin de practicarse una cirugía de liposucción, para la cual se ha realizado una serie de exámenes preoperatorios, dicha cirugía debía estar a cargo del señor Hugo Patricio Toscano Reyes, representante legal de la Clínica, la cirugía no la ha realizado, efectuándola los doctores: Cevallos Jácome Edwin Ricardo y Hurtado Bucheli Carlos Walter, la liposucción se ha iniciado con la intervención del anestesiólogo, el doctor Jaramillo, una vez terminado el procedimiento en posición decúbito ventral han procedido a darle la vuelta, momento en el que se han percatado el estado cianótico de la señora Yadira Yesenia Cáceres produciéndose su muerte, con la ayuda del Director de la clínica ha ingresado la policía para tomar procedimiento y realizar el informe médico el cual ha tenido como conclusión que la causa de muerte ha sido una hemorragia aguda por laceración hepática; que el doctor Edwin Ricardo Cevallos Jácome, no ha poseído el título de cuarto nivel correspondiente a la especialidad como cirujano plástico; sin embargo de ello ha realizado la cirugía produciendo la muerte de la paciente, que la persona jurídica con quien se ha celebrado el contrato conocía de la incapacidad del doctor Edwin Ricardo Cevallos Jácome para intervenir en el procedimiento.

En este caso, la razón que explica el perito encargado de determinar la causa de la muerte de la paciente es que se produjo una perforación al hígado al momento de ingresar la cánula en el cuerpo. De los dos médicos sentenciados, uno de ellos no poseía una especialidad en cirugía estética, es decir no tenía los conocimientos y la experticia para realizar una liposucción, como se mencionó anteriormente, cuando un médico

actúa con falta de conocimientos calificados en una ciencia estamos en el campo de la impericia. (Corte Provincial de Justicia de Pichincha, 2018)

Juicio N° 10281-2014-0568

El niño Fausto Suarez de diez años de edad, ingresó a una clínica privada de la ciudad de Ibarra a practicarse la cirugía de circuncisión, se comprobó que hubo negligencia por parte del médico tratante al momento de realizar una debida preparación y análisis pre operatorio, e imprudencia por parte del anesthesiólogo porque el mismo admitió haberle suministrado mayor cantidad de anestesia al niño acorde a su edad y peso. (Unidad Judicial de Garantías Penales con Sede en el Cantón Ibarra, 2014)

Este caso fue juzgado por el anterior Código Penal y allí no existía el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, sino el delito de homicidio inintencional, tipificado en los Arts. 459 y 460.

2.2 Tratamiento de la mala práctica médica en el derecho español (DERECHO COMPARADO).

El derecho español juzga a la muerte causada por imprudencia con mayor rigor que nuestro Código, su norma en la que se contempla este tipo de delitos es igualmente el Código Penal, en el artículo 142 se establece:

1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a seis años.

Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años. (Ley Orgánica 10/1995, 1995)

Existe también una amplia jurisprudencia sobre este delito, las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1995 y 15 de abril de 2002, nos dicen con relación al delito de homicidio imprudente, previsto en el art. 142 Código Penal que la imprudencia exige:

- a) Una acción u omisión voluntaria no maliciosa;
- b) Una infracción del deber de cuidado;
- c) Un resultado dañoso derivado, en adecuada relación de causalidad, de aquella descuidada conducta;
- d) La creación de un riesgo previsible y evitable.

Este tipo de delitos en ambos países contienen básicamente los mismos elementos variando en la terminología algunas veces, sin embargo, doctrinariamente poseen los mismos significados. Por ejemplo, se debe probar la imprudencia, negligencia, impericia con las que ha actuado el profesional al igual que en el Ecuador.

CONCLUSIONES

1. La práctica médica es una de las profesiones más antiguas de la humanidad, al tratar sobre la vida, salud e integridad se ha visto necesaria su regulación desde sus inicios. En un Estado constitucional de derechos, estos bienes jurídicos deben ser protegidos incluso de actividades de las cuales la sociedad permite un riesgo.
2. La *lex artis* es el conjunto de directrices, protocolos o guías aplicables a la profesión, creada específicamente para estandarizar procedimientos y evitar así tratamientos arbitrarios.
3. Se debe probar la responsabilidad médica cuando aparentemente se ha infringido el deber objetivo de cuidado en un procedimiento médico y consecuencia de aquello ha fallecido o se ha lesionado a una persona. Mientras que, no sería justificado responsabilizar al médico en casos en los cuales el paciente se encuentre en estado de salud crítico y cualquier intervención sea de alto riesgo por su condición *per se*.
4. Para que se configure la agravante del delito, deben concurrir las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas además de comprobarse la violación al deber objetivo de cuidado.
5. En el Ecuador, a partir de la creación del delito de homicidio culposo por mala práctica profesional ha aumentado el número de denuncias hacia los médicos y demás profesionales de la salud, sin embargo, no considero que sean criminalizados por cuanto su profesión les exige un riesgo y la sociedad conoce de aquello, al igual que son juzgados con más rigurosidad que al ciudadano promedio.
6. Para sancionar al profesional médico, la o el juzgador deberá constituir una terna médica para que evalúe la conducta del procesado, si fue efectivamente su acto el causante directo de la muerte. Sin embargo, la terna médica debe ser especializada en el área determinada que se esté juzgando para lograr determinar la causa de muerte.

7. El consentimiento informado en el Ecuador está regulado por el Ministerio de Salud, el cual ha socializado y normado mediante acuerdos ministeriales como debe aplicarse el consentimiento informado, sin embargo, considero que los profesionales de la salud deben ser capacitados sobre el tema de derechos del paciente.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiar - Guevara, R. (2015). *Tratado de Derecho Médico*. Editorial jurídica del Ecuador.
- Cancino Marentes, M. E., Gascón Cervantes, A., Góngora Maas, J. J., & Medina Arellano, M. (2019). *Consentimiento Informado. Enseñanza Transversal en Bioética y Bioderecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Código Orgánico Integral Penal. (10 de febrero de 2014). Registro Oficial, suplemento 180.
- Collazo, E. (2002). Consentimiento informado en la práctica médica. Fundamentos bioéticos y aspectos prácticos. *Cir Esp*(71), 320.
- Constitución de la República del Ecuador. (20 de Octubre de 2008). Registro Oficial 449.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (22 de Noviembre de 2007). Caso Albán Cornejo y otros vs Ecuador.
- Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Juicio N°13283-2017-0177 (Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito 05 de Junio de 2018).
- Corte Provincial de Portoviejo, Juicio N° 13283-2017-0177 (Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito 29 de Abril de 2018).
- Encalada Hidalgo, P. (2015). *Teoría constitucional del delito* . Corporación de estudios y publicaciones.
- Franco, G. (2013). Las Leyes de Hammurabi. *Revista de Ciencias Sociales*, 352.
- Guzmán Mora, F., & Arias Paez, Carlos Alberto. (2011). El concepto de riesgo en medicina . *Revista Med*, 19(2).
- Ley Orgánica 10/1995, d. 2. (23 de Noviembre de 1995). Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal. España.
- Ley Orgánica de Salud. (22 de Diciembre de 2006). Registro Oficial Suplemento 423 . Ecuador.

López Muñoz, F. (29 de Abril de 2020). *The Conversation ES*.

<https://theconversation.com/el-codigo-de-nuremberg-el-amanecer-de-la-bioetica-tras-los-crimes-del-nazismo-137492>

Luzón Peña, D. M. (2012). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Universidad de Alcalá .

Ministerio de Salud Pública. (22 de Febrero de 2016). Documento de socialización del modelo de gestión de aplicación del consentimiento informado en la práctica asistencial. 12. Ecuador: Acuerdo Ministerial 5316, Registro Oficial 510.

Modelo de aplicación del consentimiento informado en la práctica asistencial. (22 de Febrero de 2016). Acuerdo Ministerial 5316. Ecuador.

Negrete Doria, E. F. (2019). Criterios jurídicos sobre responsabilidad médica en el derecho romano clásico. *Derecho & Sociedad*, 49 - 57.

Parra Sepúlveda, D. A. (2014). La evolución ético-jurídica de la responsabilidad médica. *Acta bioethica*, 20(2), 207 - 213. <https://doi.org/https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2014000200008>

Quintero Roa, E. M. (2013). Consentimiento informado: Evolución histórica en la jurisprudencia norteamericana. *Revista Temas Socio Jurídicos*, 32(65), 145.

Real Academia Española. (s.f.). Diccionario de la Lengua Española. 23.

Riquelme, H. (2004). La medicina bajo el nazismo: una aproximación histórico-cultural. *Medicina UPB*, 23(1), 25-47. Retrieved 03 de Agosto de 2022, from <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=159026102003>

Unidad Judicial de Garantías Penales con Sede en el Cantón Ibarra, Juicio N° 10281-2014-0568 (05 de febrero de 2014).

Vargas Alvarado, E. (1984). Malpraxis. *Deontología Médica*.

