



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

DEPARTAMENTO DE POSGRADOS

MAESTRÍA DE DERECHO PENAL

**LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL MEDICO POSTERIOR AL CUMPLIMIENTO
DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.**

AUTOR: JUAN PABLO SERRANO ESPINOZA

DIRECTOR: DRA. JULIA ELENA VAZQUEZ MORENO

CUENCA, ECUADOR

2019

La Situación Jurídica del Medico Posterior al Cumplimiento de la Pena Privativa de Libertad.

Juan Pablo Serrano Espinoza.

Resumen


El Código Orgánico Integral Penal incorporó al ordenamiento jurídico ecuatoriano, la tipificación como infracción de carácter culposo a la mala práctica profesional, infracción que contempla penas privativas de libertad que pueden ir desde 1 a 3 años, o incluso una agravante constitutiva que contempla de 3 a 5 años de prisión, a más de las penas antes referidas, se impondrá la sanción que inhabilita del ejercicio de la profesión al médico. En el presente ensayo se analizó propiamente la pena de inhabilitación de la profesión desde una perspectiva del médico, teniendo como base la situación jurídica en la que esté se encuentra posterior al cumplimiento de la pena privativa de libertad, confrontando dicha sanción con los diferentes principios constitucionales que se encuentran vulnerados, abordando también de forma general lo que debemos entender por ley, contemplando conceptos básicos de la pena y las finalidades que esta persigue dentro del proceso penal. A manera de conclusión se presentan reflexiones sobre la necesidad de regular el tiempo de la habilitación profesional del médico posterior al cumplimiento de la pena privativa de libertad, con la finalidad de no vulnerar principios y derechos de rango constitucional, para que con ello el sistema jurídico ecuatoriano sea justo y equitativo con sus administrados guardando así la armonía debida entre las normas que componen el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para ello se usarán modalidades cualitativas y cuantitativas analizando preceptos jurídicos del sistema normativo del Ecuador.

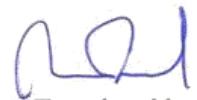
Palabras claves: mala práctica profesional, tipo penal, ejercicio de la profesión, derecho, situación jurídica.

ABSTRACT

The Integral Organic Criminal Code incorporated the classification of wrongful offense to professional malpractice into the Ecuadorian legal system. This infraction contemplates deprivation of liberty that can range from 1 to 3 years in prison, which changes from 3 to 5 years with a constitutive aggravation. In addition, the penalty that disables the exercise of the profession will be imposed on the doctor. In this essay, the disqualification penalty of the profession was analyzed from a doctor's perspective, based on the legal situation after the compliance with the sentence of deprivation of liberty. This sanction was confronted with the different constitutional principles that are violated, taking into account the law and contemplating basic concepts of the penalty and its purposes within the criminal process. In conclusion, deliberations are presented on the need to regulate the time of the professional qualification of the doctor after compliance with the custodial sentence in order to not violate principles and rights of constitutional rank. In this way, the Ecuadorian legal system would be fair and equitable with its administrators and the harmony between the norms of the Ecuadorian legal system would be kept. For this, qualitative and quantitative methods will be used, analyzing legal precepts of the regulatory system of Ecuador.

Keywords: professional malpractice, criminal type, exercise of the profession, law, legal status.


UNIVERSIDAD DEL
AZUAY
Dpto. Idiomas


Translated by
Ing. Paúl Arpi

Introducción:

La entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal el 10 de Agosto del 2014, trajo consigo la tipificación de nuevas infracciones para nuestro ordenamiento jurídico, como es el caso por ejemplo del Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional, el cual se encuentra tipificado y sancionado en el Art. 146 de dicho cuerpo normativo. Tipo penal que fue ampliamente debatido, criticado y hasta rechazado por parte de los profesionales de la medicina, pues para los galenos, la vigencia de esta norma, criminaliza su trabajo, restringe sus derechos y hasta los responsabiliza de toda muerte que se produzca en el ejercicio de sus funciones. La finalidad que persigue esta norma, es la de reglar y sancionar el actuar culposo de los profesionales de la salud en sus diferentes intervenciones, protegiendo de esta manera la vida y la integridad de sus pacientes, con lo cual se logra un sistema de salud eficiente y responsable, a la vez que se obliga a los médicos a ser más prolijos y cuidadosos en las diferentes intervenciones que estos realizan, lo que indiscutiblemente es bueno para los usuarios del servicio de la salud y la colectividad en general. Pero al Estado ecuatoriano no solo le corresponde velar por los derechos e intereses de los usuarios del servicio de salud, pues conforme lo establece el Art. 3 Núm. 1, Art. 11 Núm. 2 y Núm. 9, Art. 66 Núm. 4, Art. 82 y el Art. 169 de la Constitución de la República del Ecuador, es obligación y responsabilidad del Estado ecuatoriano garantizar el goce efectivo de los derechos que se encuentran establecidos en dicho cuerpo normativo, por lo que debe garantizar un trato igualitario de todos los ciudadanos entre sí, también debe asegurar velar por que el ordenamiento jurídico interno se encuentre conformado por normas previas y claras con las que se garantice el debido proceso y la seguridad jurídica. Principios constitucionales que claramente se contraponen con el mandato que establece el Inc. 2 del Art. 146 del COIP que nos refiere “...El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por ley...”, como podemos concluir de la revisión de la norma antes transcrita, claramente nos encontramos frente a una norma abierta e incompleta en cuanto a su redacción, pues no establece el tiempo de duración que tendrá la inhabilitación de la profesión posterior al cumplimiento de la pena privativa de libertad y peor aún, no determina cual es la ley a la que nos debemos remitir para subsanar este vacío. Por lo que la situación jurídica en la cual se encuentra el profesional de la salud, posterior al cumplimiento de la pena privativa de libertad, resulta ser incierta e

indeterminada, ya que el ordenamiento jurídico interno del Ecuador no contempla una solución ante esta falencia normativa, produciendo una grave afectación y vulneración a los diferentes principios y derechos que le asisten al médico, situación jurídica que será estudiada en el desarrollo del presente trabajo.

Orígenes De La Medicina

Para adentrarnos en el desarrollo del tema que es materia del presente análisis, es necesario conocer los orígenes de la medicina, así como el trato que las diferentes sociedades dieron a la mala práctica médica en su momento. La palabra medicina proviene del termino latín “mederi”, que significa curar, es la ciencia dedicada al estudio de la vida, la salud, las enfermedades y la muerte del ser humano, e implica ejercer tal conocimiento técnico para el mantenimiento y recuperación de la salud, aplicándolo al diagnóstico tratamiento y prevención de las enfermedades. En los orígenes de la humanidad se creía que las enfermedades, tenían su razón de ser en base a un castigo de origen divino, pues en aquella época era imposible pensar que los males que aquejaban a las personas, puedan tener su origen en causas orgánicas o físicas, es por ello que el alivio de los mismos se atribuía a los dioses, o a quien en su defecto podía ejercer una función de intermediador entre el enfermo y los dioses. Los intermediadores, no eran otros más que los sacerdotes o curanderos, quienes convencidos de sus poderes divinos y apoyándose en diferentes ritos, lograban vencer al mal, mientras el enfermo esperaba el alivio y en lo posterior su sanación total. En el caso de que un enfermo no lograra sanar, el intermediador no tenía ninguna responsabilidad en cuanto a los sucedido, pues se encontraba protegido por el poder divino que le había sido otorgado por los dioses, y los errores, negligencias o impericias que cometían en la sanación del enfermo, eran aceptados como una consecuencia lógica de esta actividad sanadora, por lo que, no existía ninguna responsabilidad ni sanción en caso de muerte o lesión al enfermo, pues se consideraba que la muerte o lesión del enfermo era consecuencia de la voluntad divina y se tenía que aceptar este resultado. Ya en 1700 A.C. con la creación del Código de Hamurabi, en cuyas regulaciones podemos encontrar las primeras leyes en las cuales se sanciona la mala práctica médica, haciendo diferencia entre lo que hoy se conoce como responsabilidad civil y penal, en donde los errores médicos calificados, se sancionaban con multas o indemnizaciones. La cultura egipcia sancionaba al médico que causare la muerte del enfermo, con la pena de muerte. Los Romanos por su

parte contaban con la denominada Lex Aquilia, en la cual, y de llegar a determinarse la culpabilidad del médico aun cuando este hubiera procedido bien, la condena podía extenderse hasta los familiares del occiso, para que sean estos quienes hagan justicia. En los tiempos de Alejandro Magno, se ordenaba la crucifixión para el médico que abandonaba culposamente al enfermo. En España, mediante uno de los cuerpos legislativos más importantes del derecho, las Siete Partidas, se sancionaba al médico con hasta 5 años de destierro en una isla si su actividad causaba daño. Existen referencias que en el México prehispánico ya se establecía la responsabilidad del médico. En la colonia existía el protomedicato, en el cual existían medidas de control para la práctica médica, que incluían la suspensión del ejercicio de la profesión.

El avance científico y el fin de la segunda guerra mundial dan paso a que se cambie el paradigma de lo aceptado y se da una evolución en los derechos humanos, con ello se reconocen los derechos de primera generación, sin embargo los avances científicos y descubrimientos no se vieron globalizados pues no existían los medios y formas de comunicación que existen en la actualidad por lo que se mantenían aislados para algunas partes del mundo, con lo que el actuar del médico seguía siendo autónomo y sin restricciones. De la descripción realizada en líneas que anteceden, podemos evidenciar el desarrollo y evolución que ha tenido el tratamiento de la mala práctica profesional a lo largo de las diferentes sociedades, iniciando con una total impunidad en cuanto a la responsabilidad del médico, justificándolo porque se pensaba que representaba a los dioses, posteriormente se sancionaba al médico imponiéndole multas de carácter pecuniario, destierros e incluso penas totalmente graves e inhumanas, como son la crucifixión y hasta la pena de muerte del médico. En la actualidad existe mayor proporción tanto para la tipificación de la responsabilidad médica, como para la pena que se le impondrá en el caso de que transgreda el bien jurídico tutelado.

Derecho y Medicina

En la actualidad resulta impensable no reconocer la relación que existe entre el Derecho y la Medicina, pues es claro y evidente que la Medicina con los diferentes avances que consigue, obliga al Derecho, a dar pasos agigantados en las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Estado, pensemos entonces que la Medicina es fuente generadora del Derecho, ya que obliga a este a evolucionar y desarrollar su normativa, a la par de los

avances científicos que obtenga la medicina o alguna de sus ramas, como sucede por ejemplo con la bioética, que mediante sus aportes científicos, obligan al Derecho a ir un paso más allá en su normativa. El Derecho en cambio, debe reglar los diferentes actos médicos que pueden o podrían llegar a comprometer algún bien jurídico tutelado, pero esta estrecha relación no siempre fue así, ya que, en los orígenes de estas ciencias, se tenía el convencimiento de que eran ciencias totalmente independientes y aisladas entre sí. Relación innegable y que se evidencia, por ejemplo, en que tanto la Medicina como el Derecho, son ciencias humanísticas, que centran sus estudios en el hombre, la Medicina por un lado se ocupa del mantenimiento y la recuperación de su salud física y psíquica, el Derecho en cambio se ocupa que el hombre viva en un entorno social ordenado y pacífico, respetando y haciendo respetar sus derechos. Entonces tanto la Medicina como el Derecho, han contribuido a la evolución y el desarrollo del hombre, pues sus aportes han conseguido el establecimiento de la civilización, y el correcto funcionamiento de la sociedad. La relación Derecho-Medicina se puede evidenciar por ejemplo, en que, el actuar del médico, se encuentra debidamente normado por los diferentes cuerpos normativos que componen el ordenamiento jurídico estatal, es así que el médico puede ser sujeto de sanciones civiles, administrativas y hasta penales, con lo cual se obliga a los médicos, a brindar un servicio de calidad y responsable, ya que si se llega a demostrar una omisión o falta en el actuar del galeno, el Derecho interviene para responsabilizar ese acto y consecuentemente atribuirle la sanción que corresponda. También se puede evidenciar una clara relación Medicina-Derecho que ejemplifica de la siguiente manera: la determinación de alguna incapacidad mental o física que realiza un psiquiatra, las diligencias practicadas por un médico legista para determinar la causa y el tiempo de la muerte o las experticias que realiza un médico perito, para determinar y establecer el tiempo de incapacidad por lesiones. Con lo expuesto hasta el momento, podemos evidenciar la estrecha relación que existe entre estas ciencias, materia y análisis en el desarrollo del presente trabajo, será la relación Derecho-Medicina, ya que, y como se dijo en líneas que anteceden, el Derecho interviene para limitar y sancionar el actuar médico cuando esté atente contra derechos tutelados por el ordenamiento jurídico del Ecuador; sin embargo la falencia normativa del Inc. 2 del Art. 146 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) claramente restringe y vulnera principios y derechos de los profesionales de la medicina, que se encuentran debidamente

establecidos en el ordenamiento jurídico interno del Ecuador, lo que contrapone las diferentes obligaciones y derechos que tiene el Estado ecuatoriano con sus administrados, pues el Ecuador al encontrarse organizado como un Estado social de derechos y justicia, debe velar y garantizar por el reconocimiento y respeto efectivo de los principios y diferentes derechos que les asisten a los administrados, velando porque el ordenamiento jurídico interno así como los diferentes cuerpos normativos que lo componen, garanticen un trato justo, igualitario y que esté no contemple vacíos normativos que vulneren derechos sociales y patrimoniales de sus ciudadanos, situación que claramente no cumple la norma antes mencionada del COIP y que se intentara evidenciar en el desarrollo del presente trabajo de investigación.

Aristóteles solía decir: el hombre como ser autónomo tiene derecho a la preservación de su dignidad física, un derecho moral a la salud, pero también tiene un derecho moral a vivir en paz, en justicia, en libertad y con igualdad de oportunidades que el resto de sus congéneres, y esto último quien debe facilitararlo es ese vasto territorio de normas, principios y reglas que conforman los ordenamientos jurídicos.

Pedro Mata médico legista español, solía decir: la medicina es un auxiliar de la justicia, el medico un asesor del magistrado su dictamen una antorcha que alumbra al tribunal en los negocios para sí oscuros.

Estructura Normativa Del Estado Ecuatoriano

Para poder evidenciar la contraposición y falencia normativa del Inc. 2 del Art. 146 del COIP, es necesario referirnos a la jerarquía normativa propia del Estado ecuatoriano, ya que esta norma confronta ciertos principios de rango constitucional que debemos analizar.

Al respecto, el profesor Zavala Egas nos da una definición de Estado y refiere que:

“Nuestra Constitución establece que, Estado es la organización suprema que no debe obediencia a ninguna otra y que no admite una concurrencia jerárquica a su mismo nivel de cualquier forma de asociación humana. No tiene pues el Estado Ecuatoriano relación de subordinación con ningún otro Estado y tampoco, internamente, existe ninguna otra organización que pueda ejercer poder sobre éste.¹ (Zavala Egas, 1996)”

¹ Jorge Zavala Egas. Curso Analítico de la Constitución Política de la República del Ecuador. Guayaquil: EDINO, 1996, p. 12.

Considerando el concepto que refiere el profesor Jorge Zavala Egas en cuanto a su entendimiento de Estado, tenemos que el Estado ecuatoriano se rige por la supremacía de la Constitución de la República del Ecuador, y que no obedece, ni se debe, a ninguna otra Constitución, manteniendo de esta manera su independencia y soberanía con otros Estados, e igual nos refiere que la supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico interno está garantizada, ya que nuestra Constitución a más de gozar de jerarquía normativa es fuente del Derecho y regula las normas secundarias o inferiores que conforman el ordenamiento jurídico interno.

Por otro lado, también el Dr. Julio Trujillo se refiere al Estado como:

“El Estado de Derecho se caracteriza, a diferencia de la dictadura, por el reconocimiento de derechos de los gobernados anteriores al Estado; por el establecimiento de garantías de que los gobernados pueden hacer uso para defender esos derechos cuando fueren conculcados; por la existencia de órganos investidos de facultades que no pueden ejercerlas sino dentro de los límites y de acuerdo con los procedimientos prescritos en el Derecho. Los autores suelen denominar al Estado de Derecho con el nombre de “gobierno de las leyes” (Julio Trujillo, Teoría del Estado en el Ecuador , 1994)².

De lo expuesto podemos notar que tanto la posición del Profesor Jorge Zavala Egas, como la del Dr. Julio Trujillo, refieren que el Estado ecuatoriano es el máximo obligado y encargado del respeto y protección de los derechos que confiere a sus administrados, por lo que es obligación de éste, garantizar que no se cometan ningún tipo de vulneración ni abuso sobre estos derechos, ya sea en las relaciones entre de sus administrados, como entre la relación administrado vs Estado, buscando con ello que exista un pleno y total respeto de los Derechos que se encuentran debidamente consagrados en la Constitución, tratados internacionales y las diferentes normas que componen el ordenamiento jurídico interno.

Con el uso de la expresión “Estado de Derecho” se entienden habitualmente, en el uso corriente, dos cosas diferentes que es oportuno distinguir con rigor. En sentido formal, Estado de Derecho designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. (...) en un segundo sentido sustancial, Estado de Derecho designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley,

² (Julio Trujillo, 1994)

no sólo en lo relativo a las formas, sino también a los contenidos. (...) Estos dos significados corresponden a dos modelos normativos diferentes: el modelo paleo iuspositivista del *Estado legislativo de derecho* (o Estado legal), que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo iuspositivista del *Estado Constitucional de Derecho* (o Estado Constitucional), producto a su vez, de la difusión en Europa, tras la segunda guerra mundial, de las constituciones rígidas y del control constitucional de leyes ordinarias”³. (Ferrajoli, 2002)

El Estado ecuatoriano claramente se encuentra estructurado normativamente, pero a más de esa estructura normativa es necesario para el correcto funcionamiento de todo su sistema normativo, que exista una supremacía de norma, supremacía que no puede ser otra que la de la Constitución de la República del Ecuador y los Tratados Internacionales que versen sobre Derechos Humanos lo que claramente se puede evidenciar en el Art. 424 de dicho cuerpo normativo, que nos refiere lo siguiente:

“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”⁴. (Constitucion de la República del Ecuador, 2008)

Con esta jerarquización que establece el Estado ecuatoriano en cuanto a la supremacía de su carta magna así como de los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos, claramente se busca solventar de manera eficiente y oportuna las diferentes relaciones e intereses jurídicos que tengan o puedan presentar sus administrados entre sí, denota también las diferentes normas de cumplimiento obligatorio que regulan una relación administrado-estado, buscando que esta relación tendiente a ser la más vulnerada, se base en la equidad, la justicia y el trato igualitario. Como toda relación jurídica contrapone entre las partes derechos y obligaciones, que deben cumplirse a cabalidad tanto por los administrados como por el estado a través de sus diferentes instituciones que forman parte

³ Luigi Ferrajoli. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. *Estado de Derecho*. México: Siglo Veintiuno, 2002, p. 187.

⁴ Constitución de la República del Ecuador. Art.424

de este, para cumplir con esta finalidad se necesita una estructura normativa estatal que esté debidamente organizada, estructurada y hasta jerarquizada entre sus cuerpos normativos, situación que fuera ya establecida por el jurista austriaco Hans Kelsen, a través de la denominada teoría pura del derecho que a su vez nos lleva a lo que se conoce como la pirámide Kelseniana, bajo este modelo se busca apartar cualquier influencia psicológica, sociológica y teológica en la construcción de las normas, determinando una supremacía y categorización entre los diferentes cuerpos normativos que conforman el sistema jurídico de un determinado Estado, esto, con la finalidad de poder establecer que norma predomina sobre las demás y así lograr una efectiva solución ante un posible conflicto de normas. Para Hans Kelsen las normas que componen el sistema jurídico estatal se relacionan unas con otras, pero es necesario e indispensable establecer una jerarquía y categorización normativa entre ellas, teoría que dio inicio y facilitó la estructura normativa dentro de los diferentes Estados, pero que sucumbió de alguna manera ante el constitucionalismo o también denominado neoconstitucionalismo es una corriente de origen alemán que desde hace algunos años ha revolucionado el derecho constitucional en América Latina y consecuentemente al Ecuador en principio con la aplicación de la Constitución del 2008, mediante la cual se dio un giro al estatal y pasamos a ser un estado constitucional de derechos y justicia, en donde se establece un orden social superior de los derechos fundamentales y constitucionales. En el constitucionalismo contemporáneo el Ecuador deja de ser un simple instrumento que organiza el poder, pues se constituye en norma de aplicación inmediata con la finalidad de tutelar los derechos individuales de los ciudadanos sin que sea necesario la intervención de otra norma. Estos derechos no se encuentran jerarquizados o categorizados en la constitución del 2008, esta reconoce por igual a todos los derechos que confiere a sus ciudadanos.

“...Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente:

La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados...⁵” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Tomando en consideración lo dispuesto por nuestra constitución el orden jerárquico de nuestras normas procesales son la Constitución; los Tratados y Convenios Internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. También se dice que, en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

Llama la atención que dentro de esta estructura normativa jerárquica y garantista mediante la cual funciona y se desenvuelve el Estado ecuatoriano, existan normas de rango inferior que puedan comprometer y hasta restringir los derechos y principios que se consagran en la CRE, pues la situación jurídica en la cual se encuentra el médico posterior al cumplimiento de la pena privativa de libertad, por haber sido sancionado como autor y responsable de la infracción de homicidio culposo por mala práctica profesional, evidentemente restringe y atenta contra algunos de estos principios constitucionales, por cuanto no se establece el tiempo de duración que tendrá la inhabilitación de su ejercicio profesional, así como tampoco se delimita cuáles deberán ser los pasos que este deberá seguir para conseguir su habilitación profesional. De lo dicho se evidencia que la primera garantía violentada resulta ser la se menciona a continuación:

“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.⁶ (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

⁵ Constitución de la República del Ecuador. Art. 425

⁶ Constitución de la República del Ecuador. Art. 82

El principio de seguridad jurídica nace de la esencia del Estado constitucional de derechos, en donde se produce un orden jurídico que da seguridad a los bienes, a las personas, a las inter relaciones entre estas con el estado, lo que permite en definitiva que exista un progreso social y económico del estado.

Por lo tanto, podemos decir que el presente artículo tiene por ende la veracidad del vacío jurídico al aplicar el Inc. 2 del artículo 146 del COIP, demostrando que la norma constitucional protege y además garantiza la seguridad jurídica, por lo que se estaría dejando en indefensión al Profesional de la medicina al no poder cumplir con su rol, al momento de cumplir su pena, teniendo en consideración que la pena privativa es una sanción y a más de eso tener que salir luego de cumplir la misma y verse desprotegido por la carencia de una norma legal clara y que sí permita sancionar, pero que también luego de la misma permita rehabilitarse y así ejercer su profesión, por lo tanto es necesario una revisión a las normas de rango inferior que atentan contra disposiciones constitucionales.

“El positivismo ofrece respuesta para cuatro grandes capítulos de la teoría del Derecho: el carácter de la norma jurídica, el sistema jurídico, las fuentes del derecho y la interpretación y aplicación del mismo. Básicamente, la norma es concebida como mandato, el sistema, como pleno y coherente, las fuentes bajo la absoluta hegemonía de la ley, y la interpretación, dominada sucesivamente por el mecanismo o deductivismo y por la discrecionalidad”⁷. (Sanchís., 2009)

Por todo esto, los Estados que respetan el orden constitucional, tiene como prerrogativa principal la seguridad jurídica, sobre todo en lo que concierne el respeto a los derechos humanos fundamentales, reconocidos en todas las legislaciones positivas del mundo, siendo esto la excepción en nuestro país al querer que un profesional de la medicina dejarle indefenso y sobre todo vulnerar derechos que se encuentran establecidos en la norma superior y tomarlo como si fuese un delincuente común y corriente.

Siendo así necesario que la seguridad jurídica protege a los ciudadanos de actos ilegales y arbitrarios ejecutados por autoridades estatales, haciendo posible el ejercicio de los derechos constitucionales en forma clara y consecuente.

El poder estatal es tan grande, que en determinadas circunstancias sus actos pueden violentar derechos individuales, pero gracias a la seguridad jurídica el hombre cuenta con

⁷ Luís Prieto Sanchís. *Apuntes de Teoría del Derecho*. 4ta.ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 323.

garantías que le permitan organizar vivir de forma armónica en sociedad y vencer la arbitrariedad y la arbitrariedad.

El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, que tiene como su deber primordial garantizar, sin ningún tipo de discriminación, el goce efectivo de los derechos establecidos en la CRE y los Instrumentos Internacionales, por tanto, su más alto deber consiste en respetar y hacer respetar los derechos fundamentales, que son de aplicación directa e inmediata, sin que deban exigirse para su ejercicio condiciones o requisitos que no estén establecidos en la CRE, o falta de norma para justificar su violación, los cuales además son plenamente justiciables por mandato del Art. 11 Núm. 3 CRE. Asimismo, el Ecuador es responsable de error judicial, violación a la tutela judicial efectiva y violación de los principios y reglas del debido proceso, según Art. 11 Núm. 9 de la CRE, siendo el sistema procesal un medio para la realización de la justicia, que consagra los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal y hará efectivas las garantías del debido proceso.

La garantía del debido proceso consolida a su vez la seguridad jurídica que constituye el elemento esencial y patrimonio común de la cultura del estado de derechos y justicia, garantiza la sujeción de todos los poderes del estado a la CRE y la ley, es la confiabilidad en el orden jurídico, la certeza sobre el derecho escrito vigente, el reconocimiento y la previsión de la situación jurídica.

Tutela Judicial Efectiva

Para el jurista Dr. Rafael Oyarte es el “ acceder al órgano de justicia en procura de la defensa de los derechos e intereses que alega el justiciable; que esa petición de justicia sea procesada, respetando los derechos del contradictor; que se obtenga de este proceso una decisión fundada; y que se cumpla la decisión” (Oyarte, 2016)⁸

Con el aporte que realiza este tratadista, podemos entender que la tutela judicial efectiva, en un primer momento justamente la garantía de acceso al sistema judicial hacia todos los ciudadanos y sin restricción o discriminación alguna para que realmente este pueda hacer valer sus derechos, sin que ello signifique que se limiten o restrinjan los derechos de la otra parte, con esta participación activa de los sujetos procesales se logra garantizar un proceso judicial equitativo e imparcial.

⁸Oyarte Rafael. Debido proceso, pág. 405. Edición Segunda. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Doctrinariamente algunos lo han entendido como “el derecho al acceso a los órganos de administración de justicia en procura de justicia”⁹. (Diccionario derecho Constitucional, 2008)

Así podremos colegir con nuestra Constitución en su art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley¹⁰. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Por lo que podemos notar que la apreciación del jurista Oyarte con nuestra Constitución tienen coincidencias y que un solo objetivo tiene la tutela judicial efectiva, que es la de garantizar el acceso a la Justicia y velar por los intereses y garantías de los mismos, respetando el debido proceso, el derecho a la defensa y que de este accionar se obtenga una decisión oportuna y veraz para los justiciables.

Por otro lado también la jurista Sánchez Rubio manifiesta que la tutela judicial efectiva es: “el derecho de todas las personas a tener acceso al sistema judicial y a obtener de los tribunales una resolución motivada no permitiéndose el que por parte de estas se pueda sufrir indefensión al no permitírseles ejercer todas las facultades que legalmente tienen reconocida”¹¹. (SANCHEZ RUBIO, 2008)

Todos de una u otra forma concuerdan que la tutela judicial efectiva es el acceso a la justicia; ahora si bien es cierto que dicho ejercicio se relaciona con el principio de inmediación por tanto para que se cumpla el mismo debería contarse con una distribución territorial de competencias de tal modo que todas las personas tengan acceso a los órganos de la justicia, además no basta con la presentación de la petición para que se cumpla este derecho, esta petición debe ser procesada, y no solo con ser admitida lo cumple sino que hay una serie de condiciones para que sea calificada, teniendo en cuenta que también esta puede ser archivada, lo que no puede ser impedida para presentarla de nuevo y corregida sus deficiencias.

⁹ Diccionario derecho Constitucional. Pág. 298. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2008.

¹⁰ Constitución de la República del Ecuador. Art. 75. Biblos Lex

¹¹ SANCHEZ RUBIO, Maria Aquilina, derecho a la tutela judicial efectiva: prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el tribunal constitucional en <http://dialnet.unirioja.es>, consultado el 11 de noviembre del 2008.

Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley¹². (Constitucion de la República del Ecuador, 2008)

Es el Derecho que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos causas procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho, sobre las pretensiones propuestas.

En virtud de ello, el derecho a la Tutela Judicial Efectiva tiene relación con el derecho de las personas al acceso a la justicia y el deber de los operadores judiciales de ajustar sus actuaciones a los parámetros constitucionales y legales pertinentes, de esta manera, se configura el rol de los jueces de ser garantes del respeto a los derechos que les asisten a las partes dentro del proceso.

“Tutela Judicial efectiva... una facultad conocida procesalmente como derecho de petición, lo cual implica una serie de obligaciones por parte del ente estatal, por un lado, requiere la existencia de un órgano jurisdiccional y de jueces y juezas, quienes investidos de potestad jurisdiccional deben velar por el cumplimiento de la Constitución y la ley, aplicándolos a un caso concreto para lograr de este modo la justicia...”¹³ (Sentencia No. 042-12-Sep-CC caso No 0085-09-Ep, 2012)

El derecho a la tutela judicial efectiva, se cumple en tres momentos: 1) a través del derecho de acción, que implica el acceso a los órganos jurisdiccionales, en armonía con el principio dispuesto en el Art. 168 de la CRE, 2) mediante el sometimiento de la actividad jurisdiccional a las disposiciones constitucionales y le gales vigentes que permitan contar con resoluciones fundadas en derecho y 3) el rol del juez, una vez dictada la resolución, tanto en la ejecución como en la plena efectividad de los pronunciamientos, es decir, la TJE va más allá del simple acceso gratuito a la justicia, implica una serie de actuaciones por parte

¹² Art. 75 Constitución de la República del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones.

¹³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 042-12-Sep-CC caso No 0085-09-Ep.

del estado a través de los órganos jurisdiccionales, que permiten asegurar el efectivo goce y cumplimiento de los derechos consagrados en la CRE.

Concatenando a la tutela judicial efectiva es el derecho a la seguridad jurídica, contemplada en el Art. 82 CRE, la cual se fundamenta en el respeto a la norma suprema y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridad competente, implica la obligación de las autoridades investidas de poder jurisdiccional de sujetarse a la CRE y a la ley vigente durante el proceso y, por supuesto al momento de resolver.

Para tener certeza respecto a una aplicación normativa, acorde a la CRE, se prevé que las normas que formen parte del ordenamiento jurídico se encuentren determinadas previamente, además deben ser claras y públicas, sola de esta manera se logra conformar una certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos que generan la confianza acerca del respecto de los derechos consagrados en la CRE”¹⁴. (Sentencia No. 016-13SEP-CC, caso No. 1000-12-Ep, 2013)

Igualdad Formal Y Material:

Para entender la igualdad debemos partir que desde la prehistoria hasta nuestros días, la igualdad ha sido la experiencia de los años que ha estado señalada de concepciones y experiencias diversas de igualdad, por lo que para algunos la definición de igualdad es muy ambigua e imprecisa, por lo que podríamos hablar de la antigua Grecia que la igualdad utilizaban el término Isonomía que venía a significar lo que hoy conocemos como “igualdad ante la ley” por lo que era la representación de la igualdad de derechos civiles y políticos entre los ciudadanos. Se debe a Platón la primera aproximación a la idea de igualdad económica entre todos los sujetos como valor fundamental para la convivencia. Esta filosofía, difundida en la sociedad grecorromana, fue concibiendo con el paso del tiempo y la llegada del cristianismo El concepto de igualdad que propone el cristianismo es, por tanto, un concepto de igualdad teológica, no de igualdad material, entendida esta última como condición de posibilidad de los seres humanos De este modo, la filosofía cristiana, poco a poco, fue diseñando un marco cognitivo que asumido, por el derecho romano, fue mejorando la situación de los esclavos, de los niños y de las mujeres, cuyas condiciones de posibilidad ahora eran más altas que en la sociedad romana La doctrina cristiana postulaba

¹⁴ Corte constitucional del Ecuador, sentencia No. 016-13SEP-CC, caso No. 1000-12-Ep

entonces la existencia de dos reinos distintos, el temporal y el espiritual, y cada uno merecía lo suyo. El campo de la igualdad ya no se disuelve en el plano teológico, sino en el orden de las palabras Las Declaraciones de Derechos de 1776 y de 1789 constituyen la culminación de esta nueva visión de la idea de igualdad, que ahora cristaliza en la expresión “todos los hombres nacen libres e iguales en Derechos”. Así rezaba el artículo 1º de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789¹⁵. (SECO MARTÍNEZ, 2017)

Por lo tanto, la igualdad formal y la igualdad material. La primera se centra en el principio de igualdad ante la ley, al tiempo que se aleja de la praxis social (contingencia). La segunda cristaliza en las luchas sociales por la igualdad sustantiva o derechos sociales de las personas, particularmente en la segunda mitad del siglo XX, que es cuando accedemos a una conciencia de universalidad y de humanidad, especialmente en lo que hace a los derechos de las personas.

Por otro lado Carbonell también se describe a la igualdad como: “Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto pero no para todos, sino para los desiguales¹⁶”. (Carbonell, 2010)

La conceptualización del jurista mexicano no es para nada apartada de la realidad, ya que todavía la justicia es motivo de grandes desigualdades hacia sus recurrentes, quedan rezagos de la desigualdad a la que se refiere el jurista, siendo está dirigida para los que más tienen y tal vez injusta para los que menos tienen, siendo esto un pensamiento retrograda, es por eso que su definición a mi parecer está enmarcada en épocas de desigualdad y dirigida a los justiciables que tuvieron un descontento con una resolución otorgada por un órgano jurisdiccional.

“La igualdad jurídica tiene, además, dos niveles fundamentales. El primer nivel, más profundo, es el de la igualdad universal de los hombres respecto a la dignidad humana fundamental, el nivel de los Derechos Humanos. En este nivel, la igualdad es compartida

¹⁵ SECO MARTÍNEZ. De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar. Consultado 26 de junio del 2019.

¹⁶ Carbonell, Miguel, “Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales”, cita, Pág. 198, Cevallos librería jurídica, Quito, Ecuador, junio de 2010.

por todos los hombres. Se da en proporción o medida en la relación por cuanto a todo hombre corresponde proporcionalmente este bien o valor de la dignidad básica. Aquí halla el principio de la “igualdad ante la ley” su sentido propio y riguroso, que no comporta asimilación neutralizadora de todos por parte del Derecho, sino trato igual de lo igual, o sea, consideración solo de las diferencias relevantes, procedentes o significativas para el caso. En definitiva, se trata de la negación o rechazo de toda discriminación injusta o no relevante.¹⁷” (BARRACA, 2005)

La definición de Barraca tiene más un punto de ideología y utopía a la vez, si al principio se refiere que la igualdad es respecto a la dignidad humana y concatenada a la con los derechos Humanos es muy acertada debido que esta es en compensación y está ligada al valor de la dignidad básica que todo ser humano debe tener esto es una vivienda, salud, educación etc...Pero por otro lado también se muestra lo que tilda o la fija como “igualdad ante la ley”, tomando esto un sentido más humano y volviéndolo un rechazo a toda clase de discriminación.

Para Pérez la igualdad es: “La igualdad ante la ley obliga a que ésta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer alguna diferencia en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma.¹⁸” (PÉREZ Luño, Dimensiones de la Igualdad , 2007)

Esta definición está más ligada a dar lo que corresponde a cada uno de los justiciables, respetando sus derechos y el debido proceso, y demostrando que el administrador de justicia es imparcial, sustentando que su juicio de reproche este enmarcado dentro de las normas legales y a su vez que lo pronunciado es en base a lo que se ha presentado para el litigio.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En su “Artículo 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.¹⁹” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 2010)

¹⁷ BARRACA Javier, Pensar el Derecho, Curso de Filosofía Jurídica, Editorial Palabra, España, 2005, página 155

¹⁸ PÉREZ Luño Antonio Enrique, Dimensiones de la Igualdad, Editorial Dykinson, España, Edición 2007, Página 21

¹⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 1

Artículo 7.- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”²⁰. (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 2010)

Nuestra constitución en el Título II que se refiere a los Derechos y Principios de aplicación de los derechos en su artículo 11 numeral dos, nuestra carta magna dice:

“2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”²¹. (Constitucion de la República del Ecuador, 2008)

Lo que podemos entender a través de lo que establece nuestra Constitución, es que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. A sabiendas que existen situaciones mediante las cuales no se puede llegar aquello, por falencias y vacíos normativos como sucede en el caso que se está analizando, que afecta a una gran cantidad de principios constitucionales y derechos que se encuentran reconocidos en este cuerpo normativo, que a su vez afectan a la finalidad de que el estado velara por el trato igualitario y justo de sus administrados, volviéndolo responsable de esta situación jurídica en la que se encuentra el medico de no poder ejercer su derecho al trabajo y cumplir a cabalidad con el pago indemnizatorio que le asiste a la víctima.

“Como quiera que se entiendan, pueden adoptar una concreta importancia jurídica solo cuando exista un control eficiente de constitucionalidad de las leyes, de manera que puedan

²⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 7

²¹ Constitución de la República del Ecuador. Art. 11 N° 2 Biblos Lex

calificarse viciadas por ilegitimidad constitucional también las eventuales leyes constitucionales que rebasen los citados límites.²²” (BISCARETTI d. r., 1975)

Concepto De Ley

Posterior al análisis realizado en cuanto a las garantías y principios constitucionales que contraponen el Inc. 2 del Art. 146 del COIP, es necesario adentrarnos en el entendimiento general de lo que denominamos como Ley, y de forma particular puntualizar y entender una variante de ésta, a la cual la doctrina denomina como ley penal en blanco, ya que por las particularidades y características propias que presenta la norma del Inc. 2 del Art. 146 del COIP, resulta evidente como se analizará que la misma se encuentra inmersa en esta variante de la ley.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el cual define a ley como:

“Precepto dictado por la autoridad competente, en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados”²³. (DICCIONARIO REAL ACADEMIA DE LA LENGUA WEB, 2019)

Este concepto es claro y preciso en cuanto a lo que de manera general debemos entender por ley, otro concepto que nos da luces en el entendimiento general del término ley, es el que manifestaba el Dr. Hernán Coello García, que nos refiere que “para formular el concepto de ley debemos admitir que puede entenderse como tal, en sentido material, toda norma que tenga el carácter de obligatoria y que haya sido expedida por autoridad competente.²⁴” (Hernán Coello García, 2004, p.32).

Como podemos notar de los conceptos que anteceden, la definición de ley es muy clara, básicamente tiene que ver con que el mandamiento normativo sea dictado por autoridad competente, así también que esa norma tenga carácter de obligatoria y otro aspecto que contempla tiene que ver con la conducta de la persona que encuentra dos posibilidades, la de adecuar la misma mediante la realización de un acto positivo (hacer), y la de adecuar esa conducta mediante un acto negativo (omisión), lo que se traduce, en que el reproche del

²² BISCARETTI, Introducción al derecho Constitucional. pág. 559

²³ <https://dle.rae.es/?id=NDJCjq8>

²⁴ Dr. Hernán Coello García. Epítome del título preliminar del código civil y sus principales relaciones con la legislación ecuatoriana. 2004. p 32. 2da Edición

acto tiene básicamente dos opciones, hacer o no hacer, y cuya consecuencia lógica será la sentencia condenatoria por esta conducta. Modalidades de la conducta que apropiadamente las contempla y establece el COIP en el artículo: "...Art. 23- Modalidades de la Conducta. - la conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión..."²⁵ (Código Orgánico Integral Penal, 2015)

Los conceptos antes referidos sirven para el entendimiento general del Derecho, pero en cuanto a la rama del Derecho Penal, la misma que presenta ciertas particularidades y características propias de esta materia, es necesario precisar los siguientes conceptos:

Ricardo Núñez Muñoz: La rama del Derecho que regula la potestad pública de castigar, estableciendo lo que es punible y sus consecuencias, y aplicar una sanción o una medida de seguridad a los autores de infracciones punibles"²⁶. (Núñez, 2000)

Así también tenemos el aporte de Luis Jiménez de Asúa: "Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora"²⁷.

De los conceptos antes transcritos, podemos observar las siguientes coincidencias, en un primer momento debemos acentuar el hecho de que las normas penales tienen la finalidad de regular el poner punitivo del Estado, esto refiere que el Derecho Penal limita y restringe el inmenso poder sancionador del cual goza un estado, evitando así el cometimiento de abusos y arbitrariedades estatales hacia los ciudadanos que están inmersos en un proceso penal, este limitante penal tiene conexión directa con el principio de legalidad, que rige los procesos penales, ya que mediante este principio se establece cuáles son las conductas penalmente relevantes, así como las penas que se aplicarán al caso en concreto, pues solo la ley penal que emana del poder legislativo puede establecer delitos, penas o medidas de seguridad posdelictuales, y, por tanto, toda la teoría de las fuentes del derecho penal tiene su base en el principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* (principio de legalidad). Otro aspecto en el que coinciden los conceptos puntualizados, es en lo que

²⁵ ART. 23. Código Orgánico Integral Penal

²⁶ Ricardo C. Núñez: su ética laica, "Homenaje y recordación a Ricardo C. Núñez", Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez", Lerner, Córdoba, 2000, p. 11

²⁷ <https://jorgemachicado.blogspot.com/2010/01/dpi.html>

debemos entender por delito, que lo podríamos simplificar indicando que vendrían a ser esas conductas que prestan interés para el Derecho Penal, por los resultados que ellas producen sobre el bien jurídico que se encuentra protegido por la normativa penal, finalmente ambos tratadistas se refieren a la consecuencia lógica que acarrea el proceso penal, esto es la adjudicación de la pena, por cuanto la persona adecuó su conducta al tipo penal que lesiona y el cual se encuentra debidamente tipificado en la normativa penal.

Por otra parte, el vasto campo doctrinario que versa sobre el Derecho Penal, reconoce que existen algunas clases de normas penales, quizás una de las más cuestionadas y estudiadas por estos doctrinarios, resulte ser, las denominadas leyes penales en blanco o también conocida como ley penal de tipo abierto, ya que el problema práctico que genera este tipo de norma resulta ampliamente conflictivo en el ejercicio de los derechos, revisemos algunas puntuaciones al respecto:

Un concepto muy claro con el que podemos entender lo que lo significan las denominadas leyes penales en blanco nos refiere que son: leyes que se remiten a leyes extrapenales para precisar la conducta punible (Santana Vega, El concepto de ley penal en blanco, p. 15)²⁸. De lo dicho en el concepto que antecede, se puede evidenciar que este tipo de ley, se encuentra redactada de forma abierta e incompleta y que para su complemento se remite a otra norma que se encuentra establecida en un cuerpo normativo diferente.

Las leyes penales en blanco son preceptos que contienen la sanción o consecuencia jurídica pero no expresan íntegramente el supuesto de hecho o conducta delictiva, pues el legislador para tales efectos, se remite a normas no penales del mismo o inferior rango, a otras leyes, reglamentos o actos de la Administración. Dado que su aplicación puede implicar una clara infracción al principio de legalidad, la seguridad jurídica, la ley ha de precisar con detenimiento las autoridades que deben "rellenar" el precepto en blanco y las características de este proceso, dejando suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta o el "núcleo esencial de la prohibición" que se emitirá. (Las leyes penales en blanco Prof. Dr. Miguel Abel Souto' revista jurídica dialnet²⁹)

De los conceptos antes mencionados, así como de la lectura del Inc. 2 del Art. 146 del COIP, que a continuación transcribo "...El proceso de habilitación para volver a ejercer la

²⁸ Santana Vega, El concepto de ley penal en blanco, p. 15. edig AD-HOC. Buenos Aires. 2000

²⁹ Miguel Abel Souto'. Las leyes penales en blanco. revista jurídica dialnet.

profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley....” podemos evidenciar que la misma, se encuentra inmersa dentro de lo que la doctrina denomina como ley penal en blanco, esta adecuación no es porque exista un vacío normativo en el supuesto de hecho que contempla la norma antes referida, sino más bien el vacío normativo en el que incurre en el tipo penal del Inc. 2 del Art. 146 del COIP, tiene que ver con la sanción que se impone al profesional de la medicina y mediante la cual, se le impide el ejercicio de su profesión, ya que si bien el artículo al que nos referimos efectivamente se remite a otro cuerpo normativo, para contemplar el vacío en el que se incurre, tampoco se logra esclarecer y aclarar esta situación con las normas de la Ley Orgánica de Salud del Ecuador (en adelante LOSE), como se puede evidenciar de las normas que a continuación se transcriben.

Capítulo III.

De las sanciones:

“Art. 237.- Las infracciones en materia de salud serán sancionadas de conformidad con las disposiciones contenidas en esta Ley, sin perjuicio de las sanciones civiles, administrativas y penales a que hubiera lugar.”

Art. 240.- Las infracciones determinadas en esta ley se sancionarán con:

- a) Multa;
- b) Suspensión del permiso o licencia;
- c) Suspensión del ejercicio profesional;
- d) Decomiso; y,
- e) Clausura parcial, temporal o definitiva del establecimiento correspondiente”³⁰.

CAPITULO IV.

De las infracciones

“Art. 253.- La infracción a lo dispuesto en los artículos 213 y 214, será sancionada con suspensión del ejercicio profesional, multa de cien salarios básicos unificados del trabajador en general y clausura definitiva del establecimiento, sin perjuicio de las sanciones civiles y penales a que hubiere lugar”³¹.

³⁰ Art.237. Ley Orgánica de Salud del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones.

³¹ Art.253. Ley Orgánica de Salud del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones.

En este cuerpo normativo podemos evidenciar claramente las sanciones que se establecen y en las que puede incurrir el médico, pero no se dice nada en cuanto a la situación jurídica del médico posterior al cumplimiento de la pena privativa de libertad ni se hace referencia al proceso y tiempo de la habilitación de la profesión, lo que claramente contrapone al principio de la seguridad jurídica y evidentemente al principio de legalidad entre otros derechos que se encuentran vulnerados.

La Pena

Inicialmente podemos definir a la pena, como la consecuencia lógica que se impone al finalizar el proceso penal, a quien por su acción u omisión adecuo su conducta a lo que establece la normativa penal, a continuación, dos conceptos para aclarar esta institución jurídica:

El diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas de Torre refiere por pena: sanción previamente establecida por ley, para quien comete un delito o falta³².

Así mismo tenemos el concepto que refiere Giovanni Carmignani el cual indica que es el mal que se impone al delincuente por causa de sus delitos es decir, la pena es un mal que se irroga por causas de algún delito³³.

Por su parte el COIP, nos refiere:

“Artículo 51.- Pena. - La pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada”³⁴.

Podemos coincidir entonces, que la pena es la consecuencia lógica y necesaria del reproche penal, que emana del órgano jurisdiccional competente, mediante la cual se restringe determinado bien jurídico que se encuentra establecido en el ordenamiento jurídico interno, y que es el resultado de la adecuación de la conducta típica del trasgresor a lo que prohíbe la norma, la misma que se encuentra previamente tipificada en el ordenamiento jurídico.

En el COIP podemos encontrar un catálogo o clasificación de los tipos de penas que se pueden imponer como respuesta al reproche penal, así se lo establece en el:

³² Guillermo Cabanellas de Torre. Diccionario jurídico elemental. Pág. 85. Edición segunda.

³³ Giovanni Carmignani.

³⁴ Art. 51. Código Orgánico Integral Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones

Art. 58.- Clasificación. - Las penas que se imponen en virtud de sentencia firme, con carácter principal o accesorio, son privativas, no privativas de libertad y restrictivas de los derechos de propiedad, de conformidad con este Código³⁵.

El artículo 60 numeral 6 del COIP, es el que posibilita la aplicación como pena no privativa de libertad de la inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio. En el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, se puede imponer una pena de uno a tres años, o incluso una pena superior que contempla de tres hasta cinco años de privación de libertad, según la gravedad de la conducta en que hubiere incurrido el profesional de la medicina, a la par de la condena privativa de libertad y por cuanto así lo permite la normativa ecuatoriana, se suma una pena no privativa de la libertad, la misma que tiene que ver con la inhabilitación para el ejercicio de la profesión.

Finalidad De La Pena

La pena en materia penal tiene finalidades específicas, así se encuentra apropiadamente determinado conforme lo establece el siguiente artículo del COIP,

“Art. 52.- Finalidad de la pena. - los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, así como la reparación del derecho de la víctima”.

Razón por la cual resulta obligatorio y trascendente al momento de imponer penas observar el principio de proporcionalidad, tanto a nivel abstracto por parte del legislador cuando incorpora normas al ordenamiento jurídico interno, así también de manera concreta cuando el juzgador al momento de resolver determinada causa impone una pena determinada. Por lo que, y como se encuentra redactada la norma del Inc. 2 del Art. 146 del COIP, así como las normas aplicables al caso de la LOSE, claramente se pone en peligro una de las finalidades que persigue la pena, que consiste en la reparación económica del derecho de la víctima, por cuanto el médico al encontrarse inhabilitado para el ejercicio de su profesión claramente no contara con los medios económicos suficientes para poder cancelar el valor que se determine en sentencia.

Principio De Proporcionalidad:

La aplicación de este principio tiene como finalidad evitar que se cometan abusos, arbitrariedades y la desproporción en la materialización de una pena, la misma debe tomar

³⁵ Art. 58 Código Orgánico Integral Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones

una consideración, pues tanto el delito cometido como la personalidad del infractor deben ser analizados dentro de una dimensión real. Todas las personas deben ser consideradas iguales, y por tanto gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación en razón del nacimiento, edad, sexo, etnia, profesión, etc. El principio de proporcionalidad e igualdad procesal es de generalidad absoluta por lo que factores sociales o clasistas no pueden influenciar para su inobservancia.

El pacto de San José de Costa Rica al referirse a la proporcionalidad, determina que toda persona tiene derecho a la plena igualdad, que la debemos entender como la no discriminación del justiciable durante el desarrollo del proceso.

En cuanto al tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional, a más de la pena privativa de la libertad prevista para cada uno de los supuestos de hecho, que se prevé por dicho tipo penal, es necesario observar lo siguiente:

“Art. 65.- Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio. - Cuando el delito tenga relación directa con el ejercicio de la profesión, empleo u oficio de la persona sentenciada, la o el juzgador, en sentencia, dispondrá que una vez cumplida la pena privativa de libertad, se la inhabilite en el ejercicio de su profesión, empleo u oficio, por el tiempo determinado en cada tipo penal”³⁶.

De lo dicho anteriormente surge el siguiente cuestionamiento ¿Si uno de los objetivos de la pena es la reparación integral a la víctima, la restricción de la profesión u oficio del sentenciado luego de cumplida la pena privativa, por el mismo tiempo, facilita al cumplimiento de dicha finalidad de la pena?

Al respecto resulta evidentemente que la inhabilitación de la profesión u oficio va en contra de una de las finalidades de la pena que es el pago de la reparación integral, ello, por cuanto recordemos que la naturaleza del tipo subjetivo que estamos tratando es culposo, por lo tanto si bien es cierto merece su actuar negligente una condena, esta debe ser proporcional a su actuar y sobre todo tutelar los intereses de las víctimas, y esto se garantiza justamente con el cumplimiento de la reparación integral siendo uno de sus componentes la indemnización por el daño material causado, ello indefectiblemente implica que el condenado, tenga medios para proveer un monto indemnizatorio, y si se le condena por ejemplo a prisión de 3 años luego de que recupere su libertad estar inhabilitado para ejercer

³⁶ Art. 65 Código Orgánico Integral Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones

su profesión por el tiempo del tipo penal que no se encuentra previsto, lo que ocasionara que no se pueda dar cumplimiento efectivo a circunstancias como el pago de indemnizaciones.

Por lo expuesto considero que la norma debería ser específica y clara en cuanto al tiempo de inhabilitación de la profesión, pues existe una gran cantidad de derechos que se afectan y se vulneran con esta norma en la forma en la cual se encuentra redactada, pues el mismo sentenciado y de las personas que dependan de él, recordemos que el sentenciado queda per sé, interdicto por el tiempo de la condena lo que también influye en su situación económica. Inhabilitación que además de lo dicho, trasgrede norma constitucional pues el art. 33 de dicho cuerpo normativo garantiza el derecho del trabajo como deber social y un hecho económico, fuente de la superación y sustentación personal, por lo que cuesta creer que el Ecuador en su ordenamiento jurídico de rango inferior, atente gravemente contra este derecho.

Otra interrogante que nos debemos plantear es ¿Qué requisitos debería exigir la ley aparte del cumplimiento del tiempo de inhabilitación para la profesión, a efectos de que el condenado pueda rehabilitarse? Al respecto debemos indicar que el mero cumplimiento del tiempo por el cual el juzgador dispuso la inhabilitación para la profesión debería ser indicativo para su restablecimiento, ya que, al indicar la norma de manera abierta y ambigua que los requisitos para el restablecimiento dependerá de lo que diga la ley, no se refiere en primer lugar a que Ley, en que tiempo se deberá regular, que será lo mínimo a exigir para dicho restablecimiento, corriendo claramente el riesgo de que en caso de que el legislador no regule lo dicho por este mandato, se tenga a una persona que pudiese pasar inhabilitado de su profesión de manera perpetua, lo que claramente es inconstitucional y la vía idónea para solventar este impase legislativo sería activar la garantía jurisdiccional de acción constitucional por omisión, mientras que el profesional aun no sea habilitado para continuar proveyéndose de los medios para su subsistencia y de su familia, así como cumplir con el monto indemnizatorio de la reparación integral. Por lo expuesto considero que, bajo el principio de mínima intervención penal contemplada en el Art. 3 del COIP y teniendo presente la subsidiariedad del Derecho Penal en sociedad solamente con el cumplimiento del tiempo de inhabilitación el sentenciado debería recobrar sus credenciales profesionales para que pueda continuar ejerciendo su medio de subsistencia, por ello

debería constar en el COIP el tiempo de la habilitación de la profesión, sea esto en el capítulo referente a la pena, o en el mismo tipo penal.

Conclusiones

- 1) Como pudimos observar en la primera parte del presente ensayo, el Ecuador es un Estado en el cual su ordenamiento jurídico interno, se encuentra debidamente estructurado y jerarquizado en cuanto a su normativa, puesto que las normas que lo conforman, deben guardar plena relación y concordancia con los principios que garantiza la CRE, sin embargo, la norma del Inc. 2 del Art. 146 del COIP, claramente es contraria con algunos de estos principios como sucede por ejemplo con la seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, igualdad formal e igual material, con lo cual claramente se restringe y elimina la supuesta armonía que deben guardar las diferentes normas del ordenamiento jurídico interno con los principios y derechos constitucionales.
- 2) Por otra parte podemos referirnos a la pena, la cual es la consecuencia lógica que se atribuye al reproche penal, mientras que la reparación integral, es el derecho y garantía compensatoria a la víctima por el daño sufrido, estas dos instituciones jurídicas se encuentran afectadas por la norma que establece el Inc. 2 del Art. 146 del COIP, en virtud de que en dicha norma no se establece el tiempo en que el médico permanecerá impedido de ejercer su profesión, restringiendo gravemente su derecho al trabajo y con ello la posibilidad de que cumpla con una de las finalidades que persigue la pena, que es el pago del monto compensatorio a favor de la víctima, toda vez que y por encontrarnos frente a un delito de tipo culposo, la reparación por la afectación al bien jurídico es de carácter económico.
- 3) Como mencionados en el párrafo anterior, la norma del Inc. 2 del Art. 146 del COIP, afecta seriamente el derecho al trabajo del médico, principio de orden constitucional y derecho fundamental del hombre, entendido como un derecho económico y fuente clara de realización personal y hasta familiar, por lo que la norma antes mencionada, no solo estaría afectando y restringiendo los derechos del médico sino hasta de su familia o de quienes dependan de él.
- 4) La legalidad de la pena se sustenta en que, el tiempo de duración de la misma debe encontrarse determinado en la ley, a más que no se puede proscribir penas

indefinidas, situación que claramente contraviene la pena que proscribe el Inc. 2 del Art. 146 del COIP, pues como hemos podido establecer en este análisis, en dicha norma no se determina el tiempo de duración que tendrá la inhabilitación de la profesión, por lo que es claro que de aplicarse la norma mencionada, se estaría imponiendo una pena claramente ilegítima y desproporcional.

- 5) El Derecho a la Seguridad jurídica, se sustenta en el respeto a la CRE así como con la existencia de normas claras, situación jurídica que no sucede con el mandato del Inc. 2 del Art. 146 del COIP, pues esta norma en la forma en la cual se encuentra redactada contraviene ese respeto a la CRE, a más que evidentemente no resulta ser una norma clara, por cuanto y como hemos podido demostrar no contempla el tiempo para la habilitación del ejercicio profesional.
- 6) Del análisis realizado en el presente ensayo y de las conclusiones que anteceden, podemos colegir que es necesario e imperioso realizar una reforma en cuanto a la pena de inhabilitación de la profesión que establece el Inc. 2 del Art. 146 del COIP, ya sea que esta reforma se haga constar en la norma del COIP o en la norma de la LOSE pues no se puede dejar sin considerar la situación jurídica en la que se encuentra el profesional de la medicina con esta, que ya que claramente limita, restringe y vulnera derechos que le asisten tanto profesional de la medicina, a quienes dependan de él, a más que claramente impide cumplir con la reparación integral y esta contraria a la finalidad de la pena, lo que claramente constituye vulneración y afectación a principios de índole constitucionales, derechos fundamentales con los que evidentemente se restringe

Referencias Bibliográficas

Corte Constitucional (2010), Sentencia del 11 de mayo del 2010. Expediente No. 020-10-SEP-CC.

Corte Constitucional (2013), Sentencia del 28 de marzo del 2013. Expediente No. 006-13-SEP-CC.

Corte Constitucional (2014), Sentencia del 1 de octubre del 2014. Expediente No. 142-14-SEP-CC.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina. Recuperado de

<http://www.colmed2.org.ar/images/code04.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007), Sentencia del 22 de noviembre de 2007. Caso Albán Cornejo y otros.

Corte Nacional de Justicia (2014), Resolución No. 01-2014, Suplemento del Registro Oficial No. 246 de 15 de mayo de 2014.

Ley Orgánica de Salud. Recuperado de

<https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2017/03/LEY-ORG%C3%81NICA-DE-SALUD4.pdf>

Bernal, C, (2005). El Derecho de los Derechos. Bogotá, Colombia Curcio Penen.

Zambrano, M, (2011). Los Principios Constitucionales del Debido Proceso y las Garantías Jurisdiccionales. Quito, Ecuador: Arcoíris.

Ávila, R. (2015). Código Orgánico Integral Penal Hacia su Mejor Comprensión y Aplicación. Quito, Ecuador: Nacional Editorial.

Oyarte, R. (2016). Debido Proceso. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

García, P. (2012). Derecho Penal Parte General. Lima, Perú: Jurista Editores.

López, Y. (2017). Una Visión Crítica al Tratamiento Penal dado a la Mala Práctica Médica en Ecuador. Dialnet. 4 (1) Ecuador. ISSN 1390-9150 Recuperado de:

<file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet->

[UnaVisionCriticaAlTratamientoJuridicoPenalDadoALaM-6756391%20\(1\).pdf](#)

Romo, M. (2018). El concepto de ciudadano en la Constitución del 2008. Dialnet. ISSN 1390-7247 Recuperado de:

<file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet->

[ElConceptoDeCuidadoEnLaConstitucionDelEcuadorDe200-6841003%20\(1\).pdf](#)

Pérez, C. (2012). Principio de Legalidad Penal. Dialnet. ISSN 2253-6655. Recuperado de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5139272>

García, M. (2012). Leyes Penales en Blanco y Estructura de la Norma Penal. Dialnet. ISSN 1137-7550. Recuperado De:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2104203>

Bibliografía

BARRACA, J. (2005). *Pensar el Derecho, Curso de Filosofía Jurídica, página 155.*

España: Editorial Palabra.

Carbonell, M. (2010). “*Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales*”, cita, Pág.

198. Quitom, Ecuador : Cevallos librería jurídica.

Constitucion de la República del Ecuador, C. d. (2008). *Constitucion de la República del*

Ecuador, Art. 75. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Diccionario derecho

Bibliografía

BARRACA, J. (2005). *Pensar el Derecho, Curso de Filosofía Jurídica, página 155.*

España: Editorial Palabra.

BISCARETTI, d. r. (1975). *Introducción al derecho Constitucional.* mexico: Fondo de

Cultura economica.

BISCARETTI, p. 5. (s.f.). *Introducción al derecho Constitucional.*

Carbonell, M. (2010). “*Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales*”, cita, Pág.

198. Quitom, Ecuador : Cevallos librería jurídica.

Código Orgánico Integral Penal, C. O. (2015). *ART. 23. Código Orgánico Integral Penal.*

QUITO-ECUADOR: CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES.

Constitucion de la República del Ecuador, C. d. (2008). *Constitucion de la República del*

Ecuador, Art. 75. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, D. U. (2010). *Declaración Universal de*

los Derechos Humanos. Artículo 1. Asamblea General de las Naciones Unidas:

Corporacion de estudios y publicaciones.

Diccionario derecho Constitucional, D. d. (2008). *Diccionario Derecho Constitucional*. Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

DICCIONARIO REAL ACADEMIA DE LA LENGUA WEB, D. R. (26 de junio de 2019). <https://dle.rae.es/?id=NDJCjq8>. Obtenido de <https://dle.rae.es/?id=NDJCjq8>: <https://dle.rae.es/?id=NDJCjq8>

Ferrajoli, L. (2002). Pasado y futuro del Estado de Derecho. En L. Ferrajoli, *Pasado y futuro del Estado de Derecho* (pág. 187). México: Siglo Veintiuno.

Julio Trujillo. (1994). *Teoría del Estado en el Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional.

Julio Trujillo. (1994). Teoría del Estado en el Ecuador. En Julio Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador* (págs. p, 55). Quito: Corporación Editora Nacional.

Núñez, R. C. (2000). *"Homenaje y recordación a Ricardo C. Núñez", Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez*. CORDOBA: LERNER.

Oyarte, R. (2016). *Debido proceso*,. Quito-Ecuador: Edición Segunda. Corporación de Estudios y Publicaciones.

PÉREZ Luño, A. E. (2007). *Dimensiones de la Igualdad*. España: Editorial Dykinson.

PÉREZ Luño, A. E. (2007). *Dimensiones de la Igualdad, Página 21*. España,: Editorial Dykinson.

SANCHEZ RUBIO, M. A. (11 de noviembre de 2008). *Derecho a la tutela judicial efectiva: prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el tribunal constitucional en*. Obtenido de dialnet. unirioja: <http://dialnet.unirioja.es>

Sanchís., L. P. (2009). *Apuntes de Teoría del Derecho*. p.323. España: Madrid: Trotta.

SECO MARTÍNEZ, J. M. (2017). *De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar*. España: Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.

Sentencia No. 016-13SEP-CC, caso No. 1000-12-Ep, 016-13sep-CC (Corte constitucional del Ecuador 13 de Septiembre de 2013).

Sentencia No. 042-12-Sep-CC caso No 0085-09-Ep, 042-12 (Corte Constitucional del Ecuador 12 de septiembre de 2012).

Zavala Egas, J. (1996). Curso Analítico de la Constitución Política de la República del Ecuador. En *Curso Analítico de la Constitución Política de la República del Ecuador*. (pág. 12). Guayaquil: : EDINO.

Constitucional, D. d. (2008). *Diccionario Derecho Constitucional*. Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ferrajoli, L. (2002). Pasado y futuro del Estado de Derecho. En L. Ferrajoli, *Pasado y futuro del Estado de Derecho* (pág. 187). México: Siglo Veintiuno.

Oyarte, R. (2016). *Debido proceso*,. Quito-Ecuador: Edición Segunda. Corporación de Estudios y Publicaciones.

SANCHEZ RUBIO, M. A. (11 de noviembre de 2008). *Derecho a la tutela judicial efectiva: prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el tribunal constitucional en*. Obtenido de dialnet. unirioja: <http://dialnet.unirioja.es>

Sanchís., L. P. (2009). *Apuntes de Teoría del Derecho*. p.323. España: Madrid: Trotta.

SECO MARTÍNEZ, J. M. (2017). *De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar*. España: Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.

Sentencia No. 016-13SEP-CC, caso No. 1000-12-Ep, 016-13sep-CC (Corte constitucional del Ecuador 13 de Septiembre de 2013).

Sentencia No. 042-12-Sep-CC caso No 0085-09-Ep, 042-12 (Corte Constitucional del Ecuador 12 de septiembre de 2012).

Teoría del Estado en el Ecuador. (1994). En T. Julio, *Teoría del Estado en el Ecuador* (págs. p, 55). Quito: Corporación Editora Nacional.

Zavala Egas, J. (1996). Curso Analítico de la Constitución Política de la República del Ecuador. En *Curso Analítico de la Constitución Política de la República del Ecuador*. (pág. 12). Guayaquil: : EDINO.