



**UNIVERSIDAD DEL AZUAY**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS**

**ESCUELA DE DERECHO**

**LA MALA PRÁCTICA MÉDICA Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN  
LA APLICACION DE LA PENA**

**TRABAJO DE GRADUACION PREVIO A LA OBTENCION DEL TITULO DE  
ABOGADO**

**AUTOR: SANTIAGO RAFAEL ORTIZ ALVARADO**

**DIRECTOR: DR. JAIME OCHOA ANDRADE**

**CUENCA, ECUADOR**

**2015**

## **DEDICATORIA**

A Dios, a la Virgen Dolorosa, a mi padre que ha sabido inculcar en mí el amor por esta carrera, a mi madre que siempre ha estado presente, apoyándome en cada paso que he dado y finalmente a toda mi familia, que han sido un pilar fundamental en mi vida.

## **AGRADECIMIENTOS**

Mi profundo agradecimiento al Dr. Jaime Ochoa Andrade por su apoyo incondicional en la realización de este trabajo, a todos quienes formaron parte de mi vida universitaria, a mis amigos, al personal docente y administrativo de la facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay, al señor Decano, Dr. Remigio Auquilla Lucero, a todos quienes me han brindado su ayuda para poder cumplir con este objetivo.

Gracias

## INDICE DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS.....	3
INDICE DE CONTENIDOS.....	4
RESUMEN.....	6
ABSTRACT.....	7
INTRODUCCION.....	8
Capítulo 1: Nociones Generales del Delito.....	9
1.3.1. El Objeto Material del Delito.....	19
1.3.2. El Objeto Jurídico del Delito.....	20
1.4.1. El delito por su gravedad.....	21
1.4.2. El delito por la forma de ejecución.....	22
1.4.2.1. Los Delitos Instantáneos.....	23
1.4.2.2. Los Delitos Permanentes.....	23
1.4.2.3. Los Delitos Habituales.....	23
1.4.2.4. Los Delitos Continuados.....	24
1.4.2.5. Los Delitos Flagrantes.....	25
1.4.2.6. Los Delitos Conexos.....	26
1.4.3. El Delito por la Calidad del Sujeto.....	26
1.4.4. El Delito por el daño causado al objeto de la acción.....	28
1.4.5. Los Delitos por el número de Personas.....	29
Capítulo 2.....	31
La Mala Praxis Médica Como Delito Doloso o Culposo y el Deber Objetivo de Cuidado.....	31
2.1.1. Concepto de Dolo.....	32
2.4. Antecedentes Históricos de la Mala Práctica Médica.....	46
2.5. Concepto de Mala Práctica Profesional.....	48
2.5.1. Definiciones Doctrinales de Mala Práctica Profesional.....	48
2.6.1. La Infracción al Deber de Cuidado en la Actividad Médica.....	52
2.6.2. Deberes de los Médicos.....	53
2.6.2.1. Diagnóstico y Tratamiento.....	53
2.6.2.2. Deber de examinar su propia capacidad.....	54
2.6.2.3. Deber de actualizar conocimientos.....	54
CAPITULO 3.....	61
La Mala Praxis Médica en nuestra legislación y el Principio de Proporcionalidad.....	61
3.1. Como se venía regulando la mala práctica médica antes de su tipificación en nuestra legislación.....	61
3.3. La Violación del Deber de Cuidado.....	68

3.4. El Consentimiento y su importancia para la Imputación .....	70
3.4.1. El Consentimiento Informado .....	72
3.4.2. Revocación del Consentimiento .....	74
3.5.1. Antecedentes de la Proporcionalidad en materia Penal.....	75
3.5.2. La proporcionalidad en nuestra Constitución de la Republica .....	76
3.5.3. La Proporcionalidad en el Código Orgánico Integral Penal.....	77
3.5.4. Concepto del Principio de Proporcionalidad .....	78
3.5.5. Análisis del Principio de Proporcionalidad en la normativa de la Mala Práctica Profesional. ....	79
CASO PRÁCTICO.....	82

## **RESUMEN**

Esta tesis tiene como objeto el estudio de la mala práctica médica en materia penal, así como su inclusión dentro del Código Orgánico Integral Penal, estableciendo de esta forma si existe una proporcionalidad adecuada entre la sanción que se genera ante el delito que se comete.

Para realizar dicho estudio, iniciaremos analizando las nociones generales del delito, todo lo concerniente al mismo, su concepto, elementos y su clasificación.

Posteriormente realizaremos el estudio de la mala práctica médica en general, enfocándonos en la violación al Deber Objetivo de Cuidado y al principio de proporcionalidad en la aplicación de la pena, finalizando con el análisis de un caso práctico.

## Medical Malpractice and the Principle of Proportionality in the Application of the Penalty

### ABSTRACT

This paper aims at the study of medical malpractice in criminal matters, as well as its inclusion in the Organic Integral Criminal Code, so as to establish whether there is an appropriate proportionality in the sanction generated due to the crime committed. In order to perform this study, we will begin by analyzing the general notions of offense, and all concerning its concept, elements and classification. Then, we will study medical malpractice in general, focusing on Due Care violation and the principle of proportionality in the application of the penalty; ending with the analysis of a case study.



  
Translated by,  
Lic. Lourdes Crespo

## **INTRODUCCION**

En nuestro país a través de los años la mala práctica médica se venía sancionando como una forma de homicidio inintencional, esto ha traído consigo varios criterios, algunos afirmando que una conducta lesiva como la mala práctica médica debía ser regulada dentro del Código Penal, y otros con el criterio de que la mala práctica médica no es un delito y por ende no se debe regular dentro del ordenamiento penal, la nueva implementación de la mala práctica médica como una figura delictiva dentro de nuestro ordenamiento jurídico trae consigo la problemática de establecer con exactitud si dicha regulación satisface o no el objetivo para el cual fue creada, puesto que siempre debe existir proporcionalidad entre el delito cometido y la sanción que se establece, a mas de esto, cabe mencionar que la forma en que se encuentra redactado el artículo que sanciona dicha figura delictiva no es muy clara, razón por la cual resulta muy difícil probarla y por ende sancionar al infractor; en este sentido resulta esencial el análisis del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal para poder solventar todas las dudas que se presentan en su interpretación.

# Capítulo 1: Nociones Generales del Delito

## 1.1. Concepto de Delito

Con el propósito de poder realizar de la mejor manera este trabajo de grado, es necesario tener claras varias cuestiones acerca de lo que es el delito, puesto que el tema a tratar con respecto a la mala práctica médica, constituye un delito. Siendo este el caso empezaremos por revisar que es el delito, en que se distinguen los simples hechos y un hecho delictivo.

El delito no es más que un acto típico antijurídico y culpable, al decir esto hacemos referencia a que para que pueda existir un delito es necesario que exista una conducta humana, esta conducta debe ser contraria a una norma que se encuentre previamente establecida, puesto que siguiendo el principio “nullum crimen, nulla pena sine lege”, no puede sancionarse a una persona sin que exista una ley previamente establecida en la cual se establece una sanción por actuar de una manera determinada, es decir todo aquello que no lo encontremos tipificado dentro del ordenamiento penal, no puede ser considerado como un delito.

A más de tener una conducta la cual se encuentre previamente tipificada y que sea antijurídica, es necesario que dicha conducta sea atribuible a un sujeto determinado, es por esta razón que dentro del concepto de delito encontramos como uno de los requisitos a la culpabilidad, es decir debe ser un acto que pueda ser reprochado a una persona, por ejemplo no podría atribuirse un delito a una persona que no se encuentre en goce de sus facultades mentales puesto que no podría exigirse una conducta contraria a una persona que no lo entiende.

## **1.2 Elementos del Delito**

Una vez que hemos podido establecer con claridad el concepto de delito, es necesario revisar los componentes del mismo, es de esta manera que podemos encontrar los siguientes elementos:

### **1.2.1. Acción u omisión**

La acción u omisión es uno de los caracteres que constituyen el delito, no podemos hablar de un delito sin que haya existido la voluntad de una persona de realizar un acto que se encuentra previamente tipificado como delito, o en el caso de la omisión hablamos de la voluntad de abstenerse a realizar un acto que se encontraba llamado a realizar y por ende constituye un delito.

Dentro de este elemento, es importante realizar una distinción entre lo que es un acto y lo que es un simple hecho, tal como lo establece el tratadista Luis Jiménez de Azúa, (Jimenez de Asúa, 1980), debido a que estas dos palabras en varios casos se consideran como sinónimos; pues bien, la acción es aquella que se realiza mediante la voluntad humana, es decir depende siempre de la voluntad para que pueda ser realizada, mientras que al hablar de un hecho vemos que son cuestiones ajenas a la voluntad humana, por

ejemplo un rayo que cae del cielo, es algo que no depende en si del ser humano sino que es una cuestión externa que depende de la naturaleza.

Tal como lo establece el tratadista Edgardo Donna, “el concepto de acción tiene una estructura propia, anterior a la formación de los ordenamientos jurídicos”. (Donna, 1995). Los estados pueden valorar de diversas formas las acciones y por ende en ciertos países una determinada acción puede constituir un delito mientras que en otro no sea ese el caso, como el ejemplo del aborto el cual es considerado un delito en ciertas naciones, mas no en todo el mundo, pero lo importante, tal como lo establece Donna es que la acción de abortar en su estructura sea igual en todo el mundo.

Es importante resaltar que con el pasar de los años se han dado varios conceptos con respecto a la acción, el primero es un concepto causal de acción y luego como un avance se dio el concepto final de acción, el primero de ellos nos habla de que lo más importante en cuanto a la acción es la causa que originara un resultado, mientras que el concepto final, el cual provoco un gran avance en la concepción de la acción, nos establece que lo verdaderamente importante es la voluntad ya que mediante ella se puede dirigir la finalidad de la acción.

### **1.2.2. Tipicidad**

La tipicidad hace referencia a la parte descriptiva del tipo penal, es decir a la normativización de un hecho delictivo dentro del ordenamiento penal, el legislador analiza ciertos hechos y los ha estipulado dentro de una normativa dando el carácter de delito.

Es importante saber separar las características del delito ya que muchas personas consideran que al hablar de la tipicidad de un delito, hacen referencia a la antijuridicidad de la acción, esto es algo que sin duda se encuentra errado ya que como veremos más adelante la antijuridicidad no depende de la tipificación de un hecho, es decir, tal como lo establece Jiménez de Asúa, “la separación de las características del delito tiene un valor liberal y técnico de importancia máxima” (Jimenez de Asúa, 1980, pág. 251)

De igual manera el mismo autor considera que al hablar de tipicidad de un hecho no nos da la seguridad de que se encuentre implícita la antijuridicidad sino que simplemente nos da un indicio de su existencia, la cual será luego esclarecida dentro de un proceso penal, puesto que podemos encontrarnos en un caso en el cual fue necesario realizar una acción que se encuentra tipificada, pero la finalidad de realizar dicha acción es la de salvaguardar un bien jurídico protegido como por ejemplo en el caso de legítima defensa en el cual se actúa con el propósito de defender la vida.

Existen distintas especies de tipos penales, tal como lo establece Jiménez de Asúa, los tipos penales son básicos, especiales y complementarios.

Los tipos penales básicos gozan de plena independencia y son aquellos que en que se describe el tipo de manera fundamental.

Los tipos penales especiales son aquellos que recogen el tipo básico pero le agrega ciertas peculiaridades, lo cual le da el carácter de especial excluyendo de esta manera la aplicación del tipo básico.

Por último el tipo penal complementario no excluye al tipo básico, sino que presupone la aplicación de dicho tipo al que se incorporara. Para tener una idea más clara al respecto de dicha clasificación, es importante citar el ejemplo que nos da el autor, “El

infanticidio es, a este respecto, tipo especial de homicidio, y, en cambio, deben considerarse como tipos complementarios el parricidio, el asesinato y el magnicidio.” (Jimenez de Asúa, 1980, pág. 259)

Es importante revisar cuales son las causas de la atipicidad, una de ellas es la ausencia de alguno de los elementos del tipo y de igual manera otra causa es el error de tipo, es importante saber esto debido a que la ausencia de un tipo penal nos deja sin la posibilidad de reclamar por un hecho que por más que sea antijurídico, al no estar descrito por la ley, no se configura como delito, tal como lo establece el principio “nullum crimen, nulla pena, sine lege”.

### **1.2.3. Antijuridicidad**

A lo largo de la historia, se han dado varios problemas para establecer un concepto acerca de la antijuridicidad, ya que para esto primero se ha hecho una distinción entre lo justo y lo injusto y luego se ha examinado si la palabra injusto es sinónimo de la antijuridicidad; pues bien es importante resaltar en este caso que la antijuridicidad es un elemento autónomo dentro del delito puesto que como habíamos visto con anterioridad, la tipificación de un hecho delictivo no supone la violación al principio de la antijuridicidad sino que simplemente sirve como un indicio del mismo.

La antijuridicidad es a lo que llegamos mediante la valoración de un hecho previamente tipificado, el cual en caso de haberse cometido, se deben revisar las razones que llevo al sujeto a realizar dicho ilícito.

El tratadista Eduardo Donna, nos da una definición clara con respecto a la antijuridicidad y nos dice que “La antijuridicidad significa afirmar que el autor de un

hecho típico ha infringido una norma que está exigiendo su validez” (Donna, 1995, pág. 126).

El mismo autor nos habla de que esa valoración que se hace con respecto a la antijuridicidad, no se refiere en si a la persona que cometió el ilícito, esta valoración recae directamente sobre el hecho, por ende al desligarse del sujeto es netamente objetiva.

El tratadista Franz von Liszt ha expuesto su teoría de que existen dos clases de antijuridicidad, la una es formal y la otra material. Al hablar de antijuridicidad formal se hace referencia a que esta surge cuando se encuentra en contradicción de una norma previamente establecida, mientras que la antijuridicidad material aparece solo cuando existe una vulneración de un bien jurídico protegido, al respecto es importante revisar el criterio de Jiménez de Asúa en su obra, ya que establece que esta doctrina dualista de Liszt confunde la tipicidad con una antijuridicidad formal mientras que la antijuridicidad material es la antijuridicidad propiamente dicha.

Luis Jiménez de Asúa también hace referencia a la antijuridicidad y nos dice que “será antijurídico todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas justificantes, que se establecen de un modo expreso”. Sin duda esto nos da la pauta para hablar de que esta antijuridicidad que se estaría vulnerando al momento de realizar un hecho delictivo pierde todo su valor en caso que dicha acción se haya producido atendiendo a una de las causas justificantes que establece la ley, las cuales son la legítima defensa, el estado de necesidad, la ejecución de un derecho, si se vulnera un bien jurídico con el propósito de defender otros de mayor importancia; como un ejemplo a esto podemos ver el caso de un homicidio en el cual A toma una pistola y le dispara a B, esto sin duda constituye un homicidio, pero puede darse el caso en que B haya sido quien agredió primero y a la

otra parte no le quedo más remedio que matar a B con el propósito de salvaguardar su vida.

#### **1.2.4. Culpabilidad**

Cuando una persona realiza un acto y el mismo es típico y antijurídico, no puede ser sancionado si antes no se esclarece la culpabilidad de dicho sujeto en aquel acto, es por esta razón que al hablar de la culpabilidad hablamos de un elemento esencial para que se pueda atribuir un hecho delictivo a un determinado sujeto y por ende poder sancionarlo según sea el caso.

Para poder entender dicho elemento me parece importante citar al maestro Muñoz Conde el cual nos dice que “La culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del tipo de injusto, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos” (Francisco, 1999, pág. 107)

Según lo que podemos deducir de lo dicho por el maestro Muñoz Conde, podemos ver que si una persona no se encuentra en goce de sus facultades mentales o no cumple con las facultades físicas mínimas, no podrá ser considerado culpable de un tipo penal y por ende no podrá ser sancionado.

Es importante para dejar claro el concepto de culpabilidad, que podamos revisar lo que establece nuestro ordenamiento jurídico al respecto, específicamente nuestro Código Orgánico Integral Penal en el Capítulo 1 de la Conducta Penalmente Relevante, en su sección 3<sup>a</sup>, nos habla de la culpabilidad y de aquellas circunstancias en las cuales una persona pierde la capacidad de ser culpable por un determinado hecho, en este sentido el

artículo 34 establece lo siguiente: “Para que una persona sea considerada responsable deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”

Como podemos ver, no podrá ser sancionado aquel sujeto que al momento de la realización de un tipo jurídico, no podrá ser sancionado si no se encuentra mentalmente apto para que se le pueda imputar una determinada conducta. Vemos igualmente que dentro del mismo código en los artículos siguientes, se establecen aquellas causales de exclusión de la capacidad de culpabilidad, siendo estas las siguientes:

- El Trastorno Mental
- La Embriaguez o Intoxicación
- La minoría de edad

En el primer caso vemos que aquella persona que al momento de cometer una infracción, no se encuentre en total goce de sus capacidades mentales, no podrá ser sancionada penalmente debido a que no se le puede atribuir un delito a quien no tenga la capacidad de comprender la ilicitud de una determinada conducta, sin embargo en estos casos se sancionaría de una manera distinta puesto que el juzgador deberá dictar medidas de seguridad, tales como que aquella persona sea internada dentro de un hospital psiquiátrico, recuperando su libertad una vez que los médicos puedan certificar que se ha logrado a través del tratamiento, el restablecimiento absoluto de sus facultades mentales.

Así mismo vemos que cuando la infracción es cometida por aquella persona cuyas facultades mentales se encuentren disminuidas, entonces esto servirá como un atenuante en la defensa de su caso, ya que se deberá reducir su sanción en un tercio de la pena mínima prevista.

En cuanto al segundo punto que hace referencia a la responsabilidad en embriaguez o intoxicación vemos que nuestro ordenamiento jurídico contempla que en caso de que una persona se encuentre bajos los efectos de alguna sustancia al momento de cometer una infracción, exceptuando los casos de tránsito, se librara de cualquier responsabilidad penal en los casos que esa intoxicación o embriaguez derive de caso fortuito y prive totalmente de conocimiento al sujeto, así mismo si esta intoxicación no priva totalmente del conocimiento sino que simplemente lo disminuye, entonces esto servirá como atenuante, disminuyendo la sanción en un tercio de la pena mínima prevista para este caso, de igual manera debemos observar que si la intoxicación o embriaguez no derivan de caso fortuito, entonces ni agrava ni atenúa la responsabilidad, y por último, en caso de que sea de una manera premeditada, será considerado como una agravante aumentando de esta manera la sanción que se recibirá.

El último punto hace referencia a las personas menores de edad, el maestro Muñoz Conde hace referencia a que las personas que no cumplen la mayoría de edad no deben estar sujetas a una pena, así mismo nuestro Código Orgánico Integral Penal recoge este criterio y nos dice que en caso de que una persona menor de dieciocho años se encuentre en conflicto con una ley penal, estarán sujetas a lo que establece el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

En conclusión luego de hacer este breve análisis con respecto a la culpabilidad, podemos ver que no será suficiente que una persona realice una acción y que esta sea tanto típica como antijurídica para poder establecer una sanción, ya que debemos establecer este último elemento que es la culpabilidad para de esta manera poder determinar si esa persona se encuentra en total goce de sus capacidades y por ende tiene la capacidad de culpabilidad.

Para que se pueda configurar un delito es necesario poder establecer estos componentes que son esenciales, es necesario que se trate de un acto pues el acto es voluntario a diferencia de un simple hecho, el cual no depende de la voluntad humana, es por eso que la voluntad en si al momento de cometer un delito consiste en realizar un acto o una omisión la cual se sabe que en caso de no hacerlo se estaría cometiendo un delito.

En cuanto a la forma de realización del delito hacemos referencia a la manera que el sujeto emplea para la realización del delito, así pues podemos poner como ejemplo un ladrón que ingresa a una casa y para esto tiene que forzar las cerraduras, a esto hacemos referencia como la forma de realización.

Así mismo tenemos un sujeto activo y un sujeto pasivo, siendo el primero el que realiza el delito y el otro el que lo recibe, es decir la víctima.

El objeto es aquello sobre lo que recae el acto delictivo, por ejemplo al robar un auto el objeto es precisamente el auto.

### **1.3. El Objeto del Delito**

El objeto del delito es aquello contra lo cual recae la acción ilícita, es decir, tal como lo establece Cousiño, es “la meta final la cual se encamina al hecho punible”, es decir aquel objeto sobre el cual recae el acto delictivo.

Es importante citar lo que establece Battaglini al respecto, “objeto del delito es aquel en contra del cual se dirige la acción humana constitutiva del hecho punible, para

establecer el objeto del delito es necesario ver contra que cosa se dirige, con qué cosa el delito se pone en contradicción” (Luis, 1975, pág. 286)

El objeto del delito puede clasificarse en 2 partes, el objeto material y el objeto jurídico del delito.

### **1.3.1. El Objeto Material del Delito**

El objeto del delito es aquella persona o aquella cosa sobre lo cual recae en si el acto delictivo, como podemos ver se puede tratar tanto de un sujeto el cual en este caso sería el sujeto pasivo o de una cosa.

En este sentido y según ha podido manifestar Cousiño, “A menudo se confunde el objeto material del delito con el sujeto pasivo del mismo, a pesar de que se tratan de conceptos que están situados en planos diversos” (Luis, 1975, pág. 287), si bien tal como lo establece Cousiño, tanto el sujeto pasivo como el objeto son dos cuestiones diversas, existen casos en los cuales realmente el sujeto pasivo se convierte en el objeto del delito, tal es el caso del homicidio en el cual sin duda el acto que se realizó atenta contra la integridad del sujeto pasivo y por ende lo transforma en el objeto del delito; por otro lado podemos apreciar delitos en los cuales realmente el sujeto pasivo es diverso al objeto material, como un ejemplo de esto podemos ver el robo en el cual si bien se trata del apoderamiento de una cosa mediante el uso de violencia dirigido contra el sujeto pasivo, en este caso el acto se realizó con el propósito de apoderarse de una cosa determinada y no de realizar algún daño al dueño de la misma.

El establecimiento del objeto material resulta esencial al momento de determinar un delito puesto que en caso de que este no existiera entonces nos encontramos tal como lo establece Cousiño ante un “Delito Imposible”.

### **1.3.2. El Objeto Jurídico del Delito**

Existe una diversidad de criterios al momento de conceptualizar lo que debe entenderse como objeto jurídico del delito, la visión más general que se puede obtener al respecto es que el objeto jurídico del delito hace referencia a los bienes jurídicos que se encuentran legalmente protegidos por el ordenamiento jurídico, tal es el caso por ejemplo del derecho a la vida cuando hablamos de un homicidio.

Vale destacar de igual manera lo que establece Arturo Rocco con respecto al objeto jurídico del delito ya que nos dice que existe un punto de vista formal y otro sustancial, en el primer caso hablamos de “el derecho subjetivo del estado a la observación u obediencia de los preceptos penales” mientras que en el segundo caso hablamos más del interés que se encuentra protegido por la norma, este punto de vista sustancial a su vez es dividido en genérico y específico; al hablar del interés genérico hablamos del punto de vista social es decir aquel interés del estado en mantener el orden público y proteger los bienes jurídicos; así mismo podemos ver un interés específico el cual en este caso se refiere a aquel interés propio de la persona que se ha visto afectada por el delito, es decir el sujeto pasivo.

### **1.4. Clasificación del Delito**

Por último, antes de pasar al análisis del tipo penal que nos concierne en el presente trabajo de grado, es importante revisar la clasificación del delito para poder determinar en qué tipo de delito encaja la mala praxis médica. tal como lo establece Luis Cousiño MacIver, existen diversos criterios en lo que respecta a la clasificación de los delitos, es por esta razón que resulta preciso realizar una breve clasificación de los mismo para después poder pasar al análisis de cada uno, en este sentido la clasificación que veremos es la siguiente:

- El delito por su gravedad
- El delito por la forma de ejecución
- El delito por la calidad del sujeto
- El delito por el daño causado al objeto de la acción
- El delito por el número de personas

#### **1.4.1. El delito por su gravedad**

En este primer tipo de clasificación podemos ver al delito clasificado por su gravedad, esto es atendiendo al daño que se ha causado, y a la relevancia del mismo; en este sentido encontramos una doble clasificación al respecto, la primera es una clasificación tripartita mientras que la segunda es una clasificación bipartita.

En el caso de la clasificación tripartita encontramos una subdivisión en tres partes, las cuales son:

- Crímenes
- Delitos
- Contravenciones

En el primer caso de los crímenes encontramos aquellos que van en contra de la vida de una persona, tal es el caso de un asesinato; en el segundo caso de los delitos, son aquellos que están contrarios a los derechos nacidos en un contrato social, tal es el caso del fraude y por ultimo dentro de esta clasificación encontramos a las contravenciones que vendrían a ser aquellas infracciones que se comenten al vulnerar un reglamento.

Esta clasificación ha sido muy criticada por varios autores ya que si bien pudo representar un avance con el cual se podía establecer las competencias que tienen los jueces, el hecho de separar crímenes y delitos no tiene sentido alguno.

Es por esta razón que tenemos una división bipartita en la cual encontramos lo siguiente:

- Delitos
- Contravenciones

Esta división bipartita ha sido adoptada por varios sistemas incluyendo el nuestro en el cual claramente podemos ver que dentro de nuestro Código Orgánico Integral Penal en el artículo 19 que se refiere a la clasificación de las infracciones penales, nos dice lo siguiente: “Las infracciones se clasifican en delitos y contravenciones. Delito es la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días. Contravención es la infracción penal sancionada con pena no privativa de la libertad privativa de libertad de hasta treinta días.”

#### **1.4.2. El delito por la forma de ejecución.**

En cuanto a la forma de ejecución podemos ver varias subclasificaciones, las mismas que consisten en lo siguiente:

- Delitos Instantáneos
- Delitos Permanentes
- Delitos Habituales
- Delitos Continuados
- Delitos Flagrantes

- Delitos Conexos

#### **1.4.2.1. Los Delitos Instantáneos**

En el caso de los delitos instantáneos son aquellos en los cuales es necesario que se realice una determinada acción por parte del sujeto y la misma coincida de manera inequívoca con un resultado, es decir esta acción debe ser única y obtener un resultado determinado, como un ejemplo a esto podemos ver el aborto en el cual una persona realiza una acción consciente de que al llevarla a cabo obtendrá como resultado la extracción del feto.

#### **1.4.2.2. Los Delitos Permanentes**

Los delitos permanentes son aquellos en los cuales se realiza un acto típico antijurídico y se empieza a producir un daño a un determinado sujeto, la característica especial de esta clase de delitos es que el daño que se produce al vulnerar un bien jurídico, se está prolongando en el tiempo; como un ejemplo a esto podemos ver el caso que nos presenta el artículo 160 de nuestro Código Penal, el cual nos habla sobre la privación ilegal de la libertad y establece lo siguiente: “La o el servidor público que prive ilegalmente de libertad a una persona, será sancionado con pena privativa de la libertad de uno a tres años” (Ecuador, 2014), tal como podemos ver, este es un claro caso de delito permanente puesto que la privación ilegal de la libertad establece ya la existencia de un delito pero el mismo se prolongara por el tiempo que dure aquella detención, en este sentido la sanción que se establezca debe ir acorde al tiempo que se produjo la detención.

#### **1.4.2.3. Los Delitos Habituales**

Otro caso similar es el de los delitos habituales en los cuales se requiere de la existencia de varios actos individuales pero que encajan dentro de un mismo delito, es decir,

dentro de estos delitos hablamos de una conducta que se realiza de manera repetitiva configurando de esta manera la existencia de un delito, a pesar de que cada uno de estos actos tienen sentido por sí mismo pero juntarlos adquieren un sentido agravado precisamente por la habitualidad de su cometimiento; como un ejemplo podemos ver el caso de la captación ilegal de dinero que lo establece el artículo 323 del Código Penal, y nos dice lo siguiente: “La persona que organice, desarrolle y promueva de forma pública y clandestina, actividades de intermediación financiera sin autorización legal, destinadas a captar ilegalmente dinero del público, en forma habitual y masiva será sancionada con pena privativa de la libertad de cinco a siete años” (Ecuador, 2014)

#### **1.4.2.4. Los Delitos Continuados**

Tenemos el caso de los delitos continuados en los cuales podemos observar una pluralidad de actos tipificados que tienen como consecuencia la afectación de un mismo bien jurídico, en este sentido se han dado varias teorías con respecto a este tipo de delitos puesto a que para algunos, una persona que de manera reiterada cometa el mismo delito debe ser sancionado con mayor severidad que aquella que ha cometido un solo delito, pero así mismo existen otros autores como es el caso de Carrara para quien esta pluralidad de actos tipificados que ha sido realizada por un sujeto, deben ser tomados como una unidad debido a que si se sancionan uno por uno los actos la sanción muy fuerte ya que al fin y al cabo el bien jurídico protegido que se está vulnerando, sería el mismo. Para entender mejor esta clase de delitos resulta importante poner un ejemplo, en este sentido podemos ver el caso de una persona que de ingresa todas las noches a una casa que se encuentra en construcción con el objetivo de sustraer poco a poco los ladrillos que encuentra; cómo podemos ver en este caso se está dando una misma conducta delictiva de manera reiterada afectando de esta manera al patrimonio de una persona.

#### **1.4.2.5. Los Delitos Flagrantes**

El delito flagrante se encuentra legalmente tipificado dentro de nuestro ordenamiento jurídico, específicamente el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 527 hace referencia a lo que debe considerarse por flagrancia, estableciendo lo siguiente: “Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia, la persona que comete el delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida.

Tal como podemos ver, nuestro código penal nos da una clara definición con respecto a lo que la flagrancia y lo que debe ser considerado como tal, en este caso aquellos delitos que han sido cometidos por una determinada persona en presencia de otras o así mismo si esta persona ha sido capturada inmediatamente después de la perpetración del acto en cuestión, entonces se considera en delito flagrante, en estos caso el delincuente podrá ser aprehendido por cualquier persona sin importar si es policía o no, debido a que en esta clase de delitos el mismo código establece que cualquier persona podrá aprehender a quien sea sorprendido en delito flagrante debiendo entregarlo de manera inmediata a la Policía Nacional, como podemos ver este tipo de delito es especial en relación a que es la única excepción en la cual alguien distinto a la policía puede aprehender a una persona, otra cuestión importante de resaltar dentro de este tipo de delito es el hecho que una vez transcurridas 24 horas contadas desde el momento en el cual se cometió el ilícito, ya no puede ser considerado delito flagrante; es decir tal como lo establece la norma, en estos casos no se podrá alegar una persecución ininterrumpida luego de

transcurrido este tiempo y por ende no podrá ser aprehendido dentro de este tipo de delitos.

#### **1.4.2.6. Los Delitos Conexos**

Los delitos conexos de igual manera se encuentran tipificados dentro del COIP, en este sentido el artículo 406 hace referencia a la conexidad y nos dice lo siguiente: “Hay conexidad cuando: 1. Se imputa a una persona la comisión de más de un hecho punible con una o varias acciones u omisiones realizadas con unidad de tiempo. 2. Se imputa a una persona la comisión de varios hechos punibles si se han cometido con el fin de consumir u ocultar otros.”

Como podemos ver los delitos conexos se dan cuando una o varias personas cometen uno o varios ilícitos en la misma o diferente jurisdicción, para entender mejor a este tipo de delitos resulta importante establecer un ejemplo: Si una persona realiza un asesinato y al momento de cometerlo se percata que hay alguien que presencio el delito y lo mata por temor a que el testigo hable, en este caso podemos ver claramente un caso de delito conexo en el cual se cometen varios ilícitos los cuales se encuentran íntegramente relacionados. Otro ejemplo que podemos ver es el caso de la distribución masiva de drogas en los cuales existen varias personas cometiendo el mismo ilícito en distintas jurisdicciones pero todas trabajan dentro de una misma organización.

#### **1.4.3. El Delito por la Calidad del Sujeto**

En cuanto al delito por la calidad del sujeto podemos ver que se divide en delitos propios e impropios.

Los delitos propios son aquellos en los cuales el sujeto activo debe tener una característica especial para poder cometer el delito, es decir el ilícito debe ser cometido

en relación a la actividad que realiza, ya sea al ocupar un cargo público o en el ejercicio de su profesión.

Para entender mejor este tipo de delito resulta indispensable poner dos ejemplos claros ya sea con respecto a un cargo público o en el ejercicio de su profesión. En el primer caso podemos ver lo que establece el artículo 280 del COIP en el cual se hace referencia al cohecho y nos dice lo siguiente: “Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la constitución de la república, que reciban o acepten, por sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de uno a tres años”. Como podemos ver aquí tenemos un claro ejemplo de delito propio en el cual un servidor público se vale de su cargo para obtener un beneficio personal. Para el segundo caso que habíamos visto podemos ver precisamente el tema que nos compete en el presente trabajo de grado, así pues tenemos el caso de la mala praxis médica en el cual el sujeto activo no puede ser otro que un profesional de la salud que en el desempeño de su profesión ha infringido ciertas normas que han dado como resultado la muerte del paciente.

Otro tipo de delito que debemos revisar es el caso de los delitos impropios, aquí no existe necesidad de que el sujeto pasivo sea determinado previamente; es decir este tipo de ilícito puede ser cometido por cualquier persona.

Como un ejemplo en este tipo de delito podemos ver el caso del robo en el cual no hay necesidad de que el sujeto activo tenga una característica especial, tal como podemos observar en el artículo 189 del COIP que nos dice lo siguiente: “La persona que mediante amenazas o violencias sustraiga o se apodere de cosa mueble ajena, sea que la

violencia tenga lugar antes del acto para facilitarlo, en el momento de cometerlo o después de cometido para procurar impunidad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.”

#### **1.4.4. El Delito por el daño causado al objeto de la acción**

En esta clasificación podemos encontrar dos tipos de delitos los cuales son: los delitos de lesiones y los delitos de peligro.

En el caso de los delitos de lesiones podemos ver que estos se producen cuando existe la vulneración de un bien jurídico protegido, es decir el delito se ha consumado y por lo tanto se ha afectado al objeto. En este sentido serán sancionadas aquellas personas que como consecuencia de sus actos produzcan una lesión ya sea física o psíquica en lo que respecta a la salud mental de un determinado sujeto.

Otro de los delitos que tenemos es el de peligro, en esta clase de delitos no se sanciona la vulneración del bien jurídico en sí, lo que se sanciona es precisamente la situación en la cual se puede llegar a producir un daño a una persona, para entender mejor este tipo de delitos, resulta importante citar lo que nos dice Luis Cousiño MacIver en su libro de Derecho Penal Chileno en el cual establece lo siguiente: “La ley se coloca en la hipótesis de la ejecución de un hecho que pone en riesgo los bienes jurídicos y castiga la potencia dañosa de la actuación como delito consumado, al igual que el daño real.” (Luis, 1975, pág. 315), tal como podemos observar aquí no se produce en si un peligro pero se coloca a una persona en una situación que realmente le puede causar un daño. Como un ejemplo a esto podemos ver el delito de abandono que se encuentra estipulado dentro del COIP en su artículo 153 que no dice: “La persona que abandone a personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad o quienes adolezcan de enfermedades catastróficas, de alta complejidad,

raras o huérfanas, colocándolas en situación de desamparo y pongan en peligro real su vida o integridad física, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.”, tal como podemos observar este es un claro caso de delito de peligro en el cual no se ha producido directamente un daño a una persona pero se le pone en una situación de peligro el cual en este caso debe ser sancionado.

Dentro de los delitos de peligro tenemos el caso de los delitos de peligro abstracto y de peligro, en este sentido podemos ver que se han dado una diversidad de criterios de distintos autores los cuales sostienen que no deben existir los delitos de peligro abstracto debido a que son delitos que pueden o no ser probados y por tanto no podrían ser considerados como un delito.

#### **1.4.5. Los Delitos por el número de Personas**

En esta última clasificación podemos encontrar dos tipos de delitos, los delitos individuales y los delitos colectivos.

En el caso de los delitos individuales son aquellos cuya realización requiere de la presencia de un solo sujeto activo, como un ejemplo a esto podemos ver el caso del homicidio en el cual la persona que mate a otra será sancionada de acuerdo a lo que establece nuestra legislación.

En el segundo caso que hablamos sobre los delitos colectivos son aquellos en los cuales encontramos la presencia de varios sujetos activos quienes han llevado a cabo un acto ilícito y por tanto deben ser sancionados de acuerdo a su grado de participación en el delito, sabiendo que la participación de dos o más personas generan una agravante al momento de establecerse una sanción. Tal como podemos observar en el artículo 47 numeral 5 del COIP, el cual al hablar sobre las circunstancias agravantes de la

infracción penal nos dice que una causal de agravante sería la siguiente: “Cometer la infracción con participación de dos o más personas.”

## **Capítulo 2**

# **La Mala Praxis Médica Como Delito Doloso o Culposo y el Deber Objetivo de Cuidado**

### **2.1. El Dolo y la Culpa**

Con el propósito de entender mejor el delito del cual hacemos referencia en el presente trabajo de grado, es decir la mala praxis médica, resulta indispensable esclarecer lo que es el dolo y la culpa, pues solo de esta manera podemos ver de qué tipo de delito estamos hablando y por ende entender de mejor manera cuales son los motivos por los que tenemos dos figuras distintas dentro del ordenamiento penal al referirnos a un homicidio normal y a un homicidio culposo.

En este sentido es importante revisar lo que nos dice Francesco Carnelutti al respecto del dolo y la culpa con el propósito de poder distinguirlos. “El deseo, nada más que el deseo, distingue en el conjunto de los eventos producidos por el hombre los eventos queridos de los no queridos. Por esto, el deseo y solamente el deseo, es el elemento que sirve para diferenciar al dolo de la culpa” (Carnelutti, 1952, pág. 169)

Tal como podemos ver, existe una diferencia muy importante entre estos dos preceptos y es por esta razón que a continuación los analizaremos uno por uno.

### **2.1.1. Concepto de Dolo**

Al hablar del dolo sin duda hablamos de la voluntad positiva que tiene una persona de provocar un daño, es decir la voluntad de realizar una acción, la cual previamente se encuentra tipificada dentro del ordenamiento jurídico.

Muchas personas al hablar del dolo lo confunden diciendo que este es igual a la intención, por lo atendiendo a lo que nos dice Marco Antonio Terragni, “En sentido jurídico-penal no es lo mismo dolo que intención.” (Terragni, pág. 175) , en este sentido debemos ver que la palabra Dolo aborda más que la simple intención de producir un resultado, puesto que tal como podemos ver, si una acción es producida por una persona que no se encuentra en goce de sus capacidades mentales simplemente hablamos de la intención que se tuvo de realizar algo, pero no hablamos del dolo debido a que para que se pueda dar su existencia necesitamos de la voluntad de producir un daño, de igual manera resulta importante saber que para que exista el Dolo es esencial que la acción que se realiza se encuentre libre de cualquier injerencia externa, por ejemplo, en el caso de la legítima defensa, si bien existe una intención de producir un resultado, la misma se encuentra guiada por la voluntad de defenderse de un daño que puede ser producido en contra de nuestra integridad física.

Nuestro Código Orgánico Integral Penal, establece la figura del dolo al momento de hablar de la tipicidad y es así que el artículo 26 nos dice lo siguiente: “Actúa con Dolo la persona que tiene el designio de causar daño” (Ecuador, 2014)

Algo que igualmente es importante para la existencia del dolo es que aquello que se desea, es decir la voluntad de generar un daño debe establecerse de acuerdo a los elementos del tipo penal que se encuentra tipificado, mas no a un simple deseo, a una simple voluntad. Para entender mejor esto revisemos lo que nos dice Francesco Carnelutti: “Lo que debe ser deseado para que haya dolo, no es el evento con todos sus elementos concretos, sino aquellos elementos que son los requisitos del delito.” (Carnelutti, 1952, pág. 171).

Por último, antes de revisar los elementos del Dolo, debemos ver que no solo hablamos de dolo cuando existe una acción, sino que también hablamos de dolo cuando se da una omisión en la cual teniendo la obligación de actuar no se lo hace con el propósito de causar un daño, es así que el COIP establece en su artículo 28 el dolo por omisión y nos dice lo siguiente: “La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante.” (Constituyente, 2008), sabemos que al hablar de garante hablamos de una persona que en razón de su posición, tiene a su cargo un bien jurídico legalmente protegido de otra persona.

Tal como podemos ver con respecto a lo que hemos establecido y con el propósito de tener un mejor entendimiento con respecto a lo que es el dolo, resulta importante revisar uno por uno los elementos cuya existencia resulta indispensable para que se dé la existencia del dolo y de igual manera revisar las distintas teorías que se han podido dar al respecto:

- **Conocimiento.-** Al hablar del conocimiento hacemos referencia a que la persona que realiza un hecho doloso debe conciencia de que está ejecutando un acto contrario a lo que dictamina la norma.

- **Animo o Voluntad.-** En cuanto a la voluntad vemos que para que un hecho sea considerado doloso debe existir la voluntad positiva de generar un daño.

Para entender mejor el dolo, resulta importante revisar las teorías que se han dado al respecto:

- **La Teoría de la voluntad.-** En la teoría de la voluntad se establece que una conducta puede ser considerada dolosa cuando lo que se ha realizado conlleva sin lugar a la producción de un resultado para ocasionar un daño a otra persona.
- **La Teoría de la Representación.-** Esta teoría habla de que no solo es necesaria la voluntad de la persona sino que de igual forma es indispensable que se produzca por parte de ella una representación mental del resultado que se quiere alcanzar y aun así no ha desistido de su accionar delictivo.
- **La Teoría del Asentimiento.-** Esta teoría hace referencia a que lo importante no es la representación mental que se pueda hacer la persona que comete el ilícito, sino la conformidad que se genera por obtener un resultado que dañe a la otra persona, en este sentido es muy similar a lo que establece la teoría de la voluntad pero al hablar de la conformidad se abarca un tema más amplio.

### 2.1.1.1. Clases de Dolo

- **Dolo Directo:** Aquí el sujeto activo desea el resultado que se ha producido por el acto que se realizó; es decir el resultado que ha previsto y por ende al aceptarlo lo ha querido así.
- **Dolo Indirecto:** En este el sujeto activo desea que se produzca un resultado, pero las acciones que se llevaron a cabo no provocaron el ilícito en sí.
- **Dolo Eventual:** La persona que actúa acepta el resultado que se presenta, no como consecuencia inevitable sino probable de su acto. Es decir hay una aceptación del sujeto del posible resultado, esto diferencia este tipo de dolo de la culpa.

Dentro del análisis del Dolo es importante realizar un análisis con respecto al tema que se presenta en este trabajo de grado y que hace referencia a la mala práctica médica con el propósito de establecer si puede encasillarse dentro de estos llamados delitos dolosos; pues bien, en este sentido resulta poco probable que el profesional de la salud cometa actos dolosos en el ejercicio de su profesión, sin embargo se da en algunos casos por ejemplo, cuando el médico se niega a atender a una persona que necesita urgentemente sus servicios y que este ocasione al mismo un daño o la muerte.

En la actividad médica los casos de dolo son una excepción la mayoría de los mismos se producen por culpa del médico, a continuación pasaremos a revisar el dolo eventual que en ciertas ocasiones puede manifestarse en la actividad profesional de los médicos.

### **El Dolo Eventual en la Mala Práctica:**

La doctrina y la jurisprudencia hablan acerca del dolo eventual y se fundamentan en la idea de que existe una frontera común entre lo que establece este tipo de dolo y la culpa consiente.

En este sentido se pueden presentar varias circunstancias que pueden manifestarse en el accionar médico y por ende configure un dolo eventual, tal como lo establece Terragni.

Una de estas circunstancias precisamente es el hecho de que un profesional de la salud al momento de atender a un paciente, si bien sabemos que su conducta debe estar encaminada a una naturaleza netamente curativa, pero conozca que con sus actos se puede producir un grave detrimento a la salud de un paciente y se aproveche precisamente de eso para provocar un daño, en este caso podemos ver que se estaría incurriendo dentro de la figura del dolo eventual.

Un segundo caso se produce cuando al momento de actuar no se haya podido representar aquella posibilidad de que al vulnerar el deber objetivo de cuidado que se encuentra obligado a tener, llega a provocar un daño al paciente, en este caso hablaríamos de una especie de culpa inconsciente.

En otro aspecto que se puede presentar es cuando existe la previsibilidad de que se pueda producir un resultado que perjudique al paciente pero aun así el medico ha decidido continuar con el mismo procedimiento, en este sentido al producirse el resultado que ha sido previsto, incurre sin duda en un ilícito.

Para concluir con este análisis hay que dejar claro y tal como lo establece Terragni, los fallos que se han venido dando al respecto y en base a lo que hemos analizado, no podemos incurrir en el error de suponer que el dolo eventual es igual a la culpa consiente debido a que para que se llegue a producir el dolo no solo es necesario que se llegue a prever el resultado sino que a más de eso la voluntad de la persona haya sido provocar el daño que se obtuvo, es precisamente en este aspecto donde se basa la diferencia existente entre los dos.

### **2.1.2. Concepto de Culpa**

En este aspecto hablamos de un accionar por parte de una persona que no ha tenido la intención de causar un daño a otra pero este se ha producido debido a que no se ha tenido el cuidado y diligencia necesaria para evitar que sus actos causen daño a terceros.

#### **2.1.2.1. Elementos de la Culpa**

Son elementos de la culpa, los siguientes:

- **Producción de un resultado previsible pero no querido.-** En este caso el resultado era previsible pero no era lo que se buscaba con su accionar, es decir rechaza el resultado obtenido.
- **Voluntad de realizar el acto.-** La voluntad en este caso va dirigida a realizar un acto pero no al resultado que se ha podido producir.
- **Falta de deber de atención y cuidado.-** Esta es la justificación social de la sanción del delito culposo, ya que debe tomarse en consideración que el resultado

justamente se produce en base a la falta de cuidado en los actos realizados.

Como he señalado con anticipación son formas de la culpa las siguientes:

- **Impericia:** Al hablar de impericia sin duda hablamos de un sinónimo de la culpabilidad, debido a que esta se produce cuando una persona obra con falta de sabiduría o experiencia en su profesión o actividad cotidiana.

Como lo establece Terragni, es “la actuación inexperta o inidónea en una tarea que requiere una especial destreza”, sabiendo esto, cuando una persona se decide a realizar algún acto que requiere de conocimientos especiales en alguna rama y de hecho no los tiene, entonces estaría actuando con impericia, provocando un fraude a la confianza de la persona que acude para contratar sus servicios puesto que existe la creencia de que ese profesional tiene conocimientos más que suficientes y que los empleara en el desempeño de la tarea que se le encomiende.

- **Imprudencia:** Es una de las formas en las cuales se puede manifestar la culpabilidad de un sujeto, al hablar de imprudencia hablamos de la ausencia de prudencia en la realización de un acto, la persona que obra de una manera imprudente lo hace sin una reflexión debida con respecto a su accionar.

El imprudente obra de una manera arriesgada, sobrepasando de esta manera, el límite que le es permitido.

En muchos casos de imprudencia dentro de la práctica médica coincide plenamente con la culpa consciente, en la cual es previsible el resultado que se puede llegar a suscitar y aunque no quiere que eso se produzca, aun así ha obrado sin la reflexión debida, en estos casos es incluso admisible analizar la existencia del dolo eventual

ya que al tener conocimiento del resultado que podía darse, sería importante analizar la intención que tenía.

- **Negligencia:** Es otra de las formas en las cuales se puede incurrir en un tipo culposo, puesto que una persona al momento de actuar debe estar plenamente consciente de todo lo que realiza, en ese sentido podemos definir a la negligencia cuando “hay desidia, abandono, pereza, apatía” al momento de actuar, tal como lo establece Terragni, en este sentido un acto negligente revela una falta de atención de quien lo ha realizado la cual se puede producir por distintas situaciones, si bien la negligencia puede provocarse en el ámbito de cualquier actividad, sin duda la que más llama la atención en derecho es en el campo de la medicina, puesto que un médico al momento de tratar a un paciente debe estar en goce total de todas sus capacidades, excluyendo cualquier factor externo que lo pueda distraer, pues en este caso el bien jurídico que se está tutelando es la vida del paciente, en este sentido por ejemplo si un médico al revisar los exámenes no pone la debida atención, no podrá establecer con claridad el tratamiento que se debe seguir y se puede producir un daño al paciente o así mismo en una operación en la cual se olvida una gasa o algún instrumento dentro del paciente, obviamente existe una falta de concentración del médico y por ende ha incurrido plenamente dentro del ámbito de los delitos culposos.

- **Inobservancia de reglamentos:** En ciertos aspectos la ley establece conductas que deben ser obligatoriamente seguidas por la sociedad, en este sentido encontramos reglamentos que el individuo debe acatar en su accionar, el desacato de estas

normas sin duda produciría una violación al deber que tienen y en caso de que produzca consecuencias graves, caería en el ámbito de los delitos culposos.

Con respecto a lo que acabamos de decir, no es suficiente con que una norma o reglamento haya sido vulnerado, sino que debe existir un resultado que sea tipificado, de esta forma debe establecerse un nexo entre el desacato y el resultado producido para poder imputar a una persona.

Existen así mismo actividades profesionales en las cuales no es posible actuar siempre acorde a lo que dicten los reglamentos, pues en el caso de la actividad médica, al no ser una ciencia exacta no siempre es posible obrar del mismo modo, debido a las circunstancias que se puedan presentar con el paciente, las cuales varían según sea el caso.

#### **2.1.2.2. Tipos de Culpa**

- **Culpa Consiente:** En este sentido el resultado que se ha producido era previsible pero el sujeto activo confió en que no se produzca o en que podía evitarlo.
- **Culpa Inconsciente:** Aquí el sujeto activo no ha podido prever el resultado debido a la falta de atención que se ha producido.

#### **La Preterintención**

Por último podemos revisar la preterintencional la cual es considerada como un delito

mixto, dentro de la cual concurre tanto el dolo como la culpa; se configura con un acto inicial el cual va dirigido a obtener un daño y un resultado excesivo el mismo que ha sido previsible pero no deseado.

### **Secesión del Dolo y la Culpa**

Como decía Francesco Carrara, hay que evitar la presencia de un derecho punitivo aberrante, destacando la previsibilidad y la posibilidad de la previsión, definiendo a la infracción del deber objetivo de cuidado como la "la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho" porque lo que está más allá de la posibilidad de prever se tiene como "casus".

No es nuevo el tema de que se deslinde al dolo de la culpa pues hablamos de dos cuestiones distintas en cuanto a sus elementos subjetivos se refiere, ya que lo que produce el dolo no es solamente el resultado sino la intención positiva de concretarlo mientras que en la culpa hablamos de que se da una infracción al deber de cuidado lo que puede hacer que se produzca un resultado el cual en este caso no ha sido el deseado.

Sin duda hoy en día ha aumentado el control con respecto a las distintas situaciones que se pueden entender como culposas y que en base al resultado que producen pueden causar un grave daño a la sociedad, es por esta razón que ahora existe un cuidado mucho más extenso y minucioso con relación a las normas del deber objetivo de cuidado.

Se considera conveniente definir a la culpa en referencia al deber de diligencia llamándose a los delitos culposos, "delitos imprudentes". Cuando se destaca la ignorancia, inobservancia de reglamentos, imprudencia, abandono, descuido, se alude de una u otra manera a la negligencia sin que en nuestro criterio sea la negligencia

característica de las conductas omisivas, y se reserve la imprudencia para aquellos tipos que se cumplen mediante una actividad.

Puede admitirse que la imprudencia es sinónimo de "falta de prudencia" y la negligencia de "descuido u omisión", o el no poner esmero en la ejecución de algo. Resulta sí incuestionable que frente al deber objetivo de cuidado cualquier conducta que lo infrinja constituye una omisión, porque lo que recibe la calificación de negligente es la actitud en el momento del hacer o no hacer cuando se la compara con la norma de cuidado. He aquí una diferencia sustancial en la estructura de los tipos dolosos con los culposos, porque en los primeros la norma que prohíbe o que ordena es diferente para cada tipo de delito ("no matar", "no hurtar", "no injuriar"), en tanto que en los tipos culposos la norma es única y se la consagra como el "deber de cuidado" que conmina a todos a conducirse en el tráfico diario (la vida de relación diaria) con diligencia y esmero, empleando la precaución que evite el peligro o el daño a determinados bienes jurídicos.

En abono de residenciar a la culpa como parte de la acción típica, debe considerarse que de esa manera se reputarán como atípicas aquellas acciones que causan un resultado lesivo o de daño en que el agente ha obrado con la debida prudencia y cautela, como cuando se trata del médico que opera con la finalidad de curar y se produce la muerte. En el caso mencionado del médico, en nuestro criterio si se cumple tal finalidad empleando el deber objetivo de cuidado, indiscutiblemente no hay acción típica culposa jurídica sino simplemente una acción atípica.

### **2.3. Responsabilidad Profesional**

Para iniciar este análisis con respecto a la responsabilidad empezaremos revisando el origen de esta palabra, de esta forma vemos que viene del latín respondeo el cual

traducido al español significa responder, en este sentido hablaríamos de aquella obligación que se genera para responder por los actos que hemos realizado en el ejercicio de la profesión, el ser humano al tener el libre albedrío es libre de realizar sus actos pero puede darse el caso de que al hacerlo vulnere los derechos de otra persona, en este sentido si una persona al momento de actuar dentro de una profesión, no lo hace acorde a la *lex artis*, entonces deberá responder ante la víctima por los daños que se han ocasionado, ya sea en materia civil con una indemnización o en materia penal con el establecimiento de una pena, ya que la responsabilidad puede ser de varios tipos atendiendo a la materia del derecho en la que se pueda encasillar.

Con el propósito de entender mejor todo lo que hemos analizado resulta importante citar lo que establece Royo Vilanova, pues nos dice lo siguiente: "la responsabilidad sería la condición de la personalidad libre y consciente de sus actos que, como autor de ellos debe responder de su conducta ante sí mismo y ante la sociedad, bien por haber cometido un acto ilícito o por haberse abstenido de ejecutar lo que la ley moral o civil ordenaba cumplir".

Ahora analizaremos los elementos que componen el concepto de la responsabilidad profesional, puesto que al hablar de este tipo de responsabilidad hacemos referencia precisamente a que el acto sea realizado por una persona que tenga una profesión y al momento de realizarla cometa errores que a su vez acarreen una sanción establecida previamente. En este sentido revisaremos los elementos tanto subjetivos como objetivos que encontramos en la responsabilidad profesional.

### **2.3.1. Elemento Subjetivo**

En este tipo de elemento lo que se debe comprobar es el carácter culposo del accionar de un profesional que ha sido llamado a realizar un trabajo atendiendo a sus capacidades

en la materia; es decir para que se produzca este tipo de error debe existir una conducta que haya incurrido en cualquiera de los tipos de culpa que se encuentren establecidos:

- Negligencia
  
- Imprudencia
  
- Impericia
  
- Inobservancia de Leyes o Reglamentos

### **2.3.2. Elemento Objetivo**

Al hablar del elemento objetivo hacemos referencia al deber objetivo de cuidado, en el sentido de que la norma establece ciertas pautas que deben seguir los profesionales y que en caso de ser vulneradas incurrirían en un ilícito que se encuentra tipificado dentro del ordenamiento jurídico.

Siendo este el caso cabe recalcar que la violación a este deber objetivo de cuidado debe estar ligada con el hecho de que se llegue a producir un resultado que contravenga un bien jurídico legalmente protegido, así mismo revisar que ninguna circunstancia externa haya intervenido para que se provoque el resultado; para entender mejor esta parte podemos ver el ejemplo de un médico, el cual si bien tiene una posición de garante con respecto al paciente, si el mismo se encuentra internado y se le ha suministrado por parte de una enfermera una sustancia que no era la que el médico había recetado, en este caso si se produce un resultado obviamente se ha violado el deber objetivo de cuidado

pero el responsable no es el medico que tenía su posición de garante sino seria la enfermera quien por una confusión realizo una acción que no debía.

### **2.3.3. Catalogación de la Responsabilidad Profesional**

- Personal
- Profesional
- Jurídica

**Personal:** Esto se da cuando solo se responde ante uno mismo por un acto que hemos realizado.

**Profesional:** Aquí la responsabilidad es ante los organismos encargados de velar por que se cumplan las normas de la lex artis dentro del actuar profesional.

**Jurídica:** Este tipo de responsabilidad se refiere a rendir cuentas de nuestros actos ante la sociedad y por ende al cometer un acto ilícito, responder ante la justicia ya sea civil, penal, administrativa, etc.

### **2.3.4. Tipos de Responsabilidad**

Los profesionales en el desenvolvimiento de sus funciones se encuentran sujetos a distintos tipos de responsabilidad, según sea el caso; en este sentido revisaremos los siguientes:

- **Responsabilidad ética:** Aquí la responsabilidad será ante su propia conciencia, esto en base a los actos que se han realizado y al juramento que se ha otorgado al momento de la obtención del título.
- **Responsabilidad Jurídica:** Cuando hablamos de responsabilidad jurídica hablamos de aquella responsabilidad que se genera ante la sociedad como lo habíamos manifestado antes, y en este sentido debemos responder ante los órganos judiciales correspondientes.

#### **2.4. Antecedentes Históricos de la Mala Práctica Médica**

La mala práctica médica es un tema que se ha venido tratando a lo largo de la historia, puesto que como sabemos al hablar de una mala praxis médica hablamos de un riesgo para la vida de las personas, no podemos decir que sea un tema reciente ya que las primeras tipificaciones con respecto al tema datan de civilizaciones antiguas, es decir que se han dado hace miles de años.

Las primeras tipificaciones al respecto las tenemos en el llamado **“Código de Hammurabi”**, el cual fue grabado hace miles de años en un bloque de piedra que medía 2.25 metros de alto por 1.90 metros de base.

El **“Código de Hammurabi”**, desde aquellas épocas ya establecía una distinción entre lo que hoy conocemos dentro del ámbito del derecho como responsabilidad civil y penal, en este sentido los daños que se llegan a producir sin la intención de ocasionar un daño y que no lleguen a ser graves, serían sancionados por multas económicas que se llegaban a establecer, en este caso se daría el caso de la responsabilidad civil, mientras que en el caso de que se llegue a producir un grave detrimento en la vida de la persona entonces existían varios tipos de sanciones de índole penal.

Para entender mejor la forma en la que se venía regulando el tema en este Código, resulta importante citar lo que establecen dichas normas:

“Art. 218.- Si un medico trata a un hombre libre de enfermedad 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 cortaran las manos”

Como podemos ver en este código ya se establecía una normativa con respecto a la mala praxis e incluso se establecían ya sanciones, obviamente desproporcionadas, propias de las sanciones de aquella época y que se encuentran en este código, incluso dentro del mismo código en los artículos siguientes nos habla de las sanciones por mala práctica profesional pero que recaiga sobre un esclavo, debiendo en estos casos el médico, según sea la gravedad de la mala praxis, devolver un esclavo en remplazo del que mato o en caso de que no se haya llegado a la muerte debía pagar una cierta cantidad de dinero dependiendo de la gravedad de la lesión que se ha ocasionado.

Luego de ver lo que ocurría con el Código de Hammurabi, es de igual manera importante ver como se venía tratando la mala praxis en otros países, tal es el caso de Egipto, en el cual existían colegios secretos y se debía actuar acorde a las reglas y fórmulas establecidas por éstos, incurriendo en falta si no se observaban esas normas.

En Roma, la relación que se daba entre el médico y el paciente se la consideraba dentro de un contrato en el que ambas partes convienen una especie de prestación de servicios, o como se lo denominaba antes, un arrendamiento de los servicios médicos. Sin duda las sanciones que se establecían aquí eran muy desproporcionadas ya que tal como podemos ver, Alejandro Magno, dicto una sanción como la crucifixión para el médico que abandonara a un enfermo antes de cumplir con su propósito de curarlo.

Ya el derecho romano, establecía la culpabilidad del médico aun cuando habiendo procedido bien, los resultados fuesen negativos debido a cierto abandono, lo que podría considerarse negligencia. En el Fuero Juzgo, la condena podía quedar en manos de los familiares del enfermo perjudicado, a quienes se les entregaba en ocasiones al médico para que hiciesen justicia.

## **2.5. Concepto de Mala Práctica Profesional**

Al hablar de mala práctica profesional hacemos referencia a aquellos actos que han sido llevados a cabo o han sido omitidos, según sea el caso, por un profesional sin cumplir con las normas de competencia que se requieren al momento de su accionar en lo que a su profesión respecta, para que exista esta mala práctica debe ser demostrada, en base el error o la omisión en la que se ha incurrido, como bien sabemos esto puede darse ya sea por negligencia, imprudencia o por la simple falta de observación de las normas establecidas al respecto.

### **2.5.1. Definiciones Doctrinales de Mala Práctica Profesional**

En el ámbito de los delitos culposos dentro de los cuales encasillaremos a la mala práctica profesional, tal como veremos más adelante, sin duda resulta de vital importancia que podamos revisar la Teoría de la Imputación Objetiva que ha sido otorgada por los juristas alemanes Gunther Jakobs y Claus Roxin, lo que hoy en día ha sido materia de debate, en base a los límites de los riesgos que se encuentran socialmente permitidos, en este sentido debemos tomar en consideración distintos aspectos, tales como el principio de confianza en la actuación de terceros, así como la teoría de los roles de tal manera que si se produce la actuación dentro del rol que le es propio a una determinada persona, funciona la prohibición de regreso, siendo la conducta neutra, haciendo que de esta forma no se pueda dejar espacio alguno para que se pueda imputar objetivamente el resultado.

De igual manera resulta indispensable tener en consideración aquellos actos que el sujeto pasivo, en el caso que nos compete vendría a ser el paciente, lleve a cabo bajo su propio riesgo, es decir, sabiendo que de realizar algún acto puede sufrir serias consecuencias, aun así lo hace, entonces en este caso no habrá responsabilidad de ningún tercero ya que la responsabilidad será absoluta del paciente; como un ejemplo a lo que estamos manifestando podemos ver el caso de que un médico posterior a un proceso quirúrgico recomiende que se tengan ciertos cuidados con el propósito de lograr la recuperación del paciente, pero este decide no seguir las indicaciones que se le han dado, entonces en este caso claramente se libra de cualquier responsabilidad el profesional.

El penalista alemán Hans Wezel, dentro de su obra Manual de Derecho Penal, manifiesta que la infracción del deber objetivo de cuidado es un concepto normativo, el mismo que debe ser construido caso a caso. La disposición del Art. 146 del Código Orgánico Integral Penal señala cuatro condiciones o requisitos que tienen que producirse para concluir que en efecto nos encontramos frente a una infracción al deber objetivo de cuidado. La figura simple de este artículo tiene una pena de uno a tres años, cuando se produce la muerte por una vulneración del deber objetivo de cuidado, en tanto que la figura agravada que tiene una pena de tres a cinco años requiere que se produzca la muerte por violación del deber objetivo de cuidado, más la concurrencia de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

El Dr. Alfonso Zambrano Pasquel Manifiesta que en la Constitución de la Republica, ya se establece en cierto modo la responsabilidad que pueda existir por la mala práctica profesional, aunque se destaca principalmente aquella que “ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas”. Vale recalcar que el Dr. Pasquel claramente se encuentra en contra de la existencia de una normativa con respecto a la mala práctica médica, debido a que eso sería según su perspectiva, legislar con dedicatoria en contra de un gremio profesional y el mal ejercicio profesional puede ocurrir a más de con el médico, con el abogado, con el ingeniero civil, el economista, con el arquitecto, el publicista, etc.

De igual manera es importante resaltar que en la Constitución de la Republica en su artículo 53, se alude a la responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados por negligencia y descuido, en este sentido se está planteando tanto la responsabilidad civil, como la penal, por un ilícito que vendría a ser tipificado dentro del ámbito de los delitos culposos.

## **2.6. El Deber Objetivo de Cuidado**

Hay que tener presente que el núcleo central de la responsabilidad profesional por comportamiento culposo es la infracción al deber objetivo de cuidado.

Como bien nos enseña Terragni, al momento de actuar una persona debe hacerlo con el debido cuidado, poniendo toda su atención y capacidades en su accionar ya que de esta forma podría evitar caer en algún tipo de error que atendiendo a su profesión, pueda generar una especie de peligro hacia otra persona.

Es importante citar lo que nos decía Wezel con respecto a la determinación del deber de cuidado, y que se encuentra recogido dentro de la obra “El Delito Culposo en la Mala Praxis Médica” de Marco Terragni; puesto que nos habla de que debe existir un doble criterio para que se llegue a determinar el deber de cuidado, uno intelectual en el cual se hace referencia a la previsibilidad que tiene el profesional para saber que una determinada acción que realiza puede conllevar a un resultado, por más que este no haya sido el deseado. Así mismo nos habla de un criterio normativo en el que solo podrán ser típicos aquellos comportamientos en los cuales se genere un peligro superior al que una sociedad podría tolerar.

Sin duda al momento de hablar de la mala práctica médica, tal como hemos podido establecer, hablamos de un delito que ingresa dentro de la categorización de culposo puesto que si bien ningún profesional de la salud tiene la intención de matar a alguien, es importante que el mismo al tener una previsibilidad de que un determinado acto que lleve a cabo, puede llegar a producir un resultado no deseado y en este caso no se actúa de una manera distinta y el desenlace resulta desastroso para el paciente, es obvio ver que se ha incurrido en un delito culposo cumpliendo en este sentido con la infracción al deber de cuidado.

El mismo Marco Antonio Terragni al analizar este deber cuidado dentro de su obra, establece que para determinar el deber de cuidado “es necesario saber si el comportamiento era el requerido objetivamente para evitar el peligro y el exigido subjetivamente, teniendo en cuenta su disposición respecto del hecho y la capacidad de la que estaba individualmente dotado”. (Terragni, El Delito Culposo en la Mala Praxis Medica, pág. 98)

### **2.6.1. La Infracción al Deber de Cuidado en la Actividad Medica**

Cuando hablamos de las actividades que realizan los médicos, por lo general en este tipo de actividades no podríamos decir que entrarían dentro del ámbito imputable del derecho, peor podríamos encasillarlas dentro de un tipo penal, pero tal como hemos visto existen ciertas violaciones a los deberes objetivos de cuidado que al momento de ser producidas, sin duda acarrea una culpabilidad del profesional de la medicina, mediante la cual se la puede imputar dentro del ámbito del derecho penal.

En este sentido la acción que debe producirse por parte del médico no será cualquiera sino solo aquella que sea penalmente relevante, es decir que tenga una relación directa con el resultado el mismo que debe ser perjudicial para el paciente y a más de esto tener una conexión directa con la violación al deber de cuidado. Como sabemos, una gran cantidad de intervenciones que puede realizar un medico sobre un paciente pueden generar peligro pero el derecho no veda todas las acciones peligrosas sino solo aquellas que incrementan de manera significativa el riesgo permitido.

De acuerdo al esquema causal de la teoría del delito cuando el medico realiza un acto, por más que este haya tenido un resultado exitoso, podría ser imputable en cuanto a las necesidades que se tuvieron para evitar un daño mayor en la victima; para entender mejor esto podemos poner como ejemplo una intervención quirúrgica en la cual el cirujano tuvo la necesidad de amputar la pierna del paciente para salvarle la vida, en este caso si atendemos a la teoría causalista, podría ser tipificado dentro del ámbito de los delitos de lesiones hasta que se compruebe el estado de necesidad en el cual actuó el médico, una vez probado esto, el casualismo dirá que la acción típica de lesionar está justificada.

## **2.6.2. Deberes de los Médicos**

Dentro de este análisis del Deber Objetivo de Cuidado, resulta muy importante tomar en consideración los deberes que tienen los médicos en el ejercicio de su profesión y que por ende no pueden ser omitidos puesto que se podría generar un daño severo al paciente.

### **2.6.2.1. Diagnóstico y Tratamiento**

El médico debe analizar completamente al paciente, poniendo en práctica todos sus conocimientos con respecto a la ciencia médica con el propósito de poder rendir un diagnóstico certero al momento de su elaboración, esta revisión sin duda debe ser exhausta sin dejar pasar ningún detalle pues a raíz del diagnóstico que se obtenga se iniciara un tratamiento y de no ser correcto este diagnóstico se puede poner en serio peligro a la vida del paciente y por ende se estaría incurriendo en un delito por mala práctica profesional.

A más de esto el médico debe actuar siempre y cuando se encuentre capacitado por hacerlo, pues si bien el medico puede tener todo el conocimiento con respecto a la materia pero por motivos externos tales como puede ser el estar bajo el efecto del alcohol, no se encuentra apto para emitir un diagnóstico o peor aún realizar una intervención, entonces debe abstenerse de hacerlo debido a que podría incurrir en una conducta típica.

Cuando un paciente acude a su consultorio y el medico acepta atenderlo y establecer un tratamiento, por ningún motivo esta atención que debe realizar el medico puede interrumpirse, debido a que su trabajo no concluye sino hasta que se recupera la salud del paciente, es decir hasta que el tratamiento concluya con los resultados deseados; así mismo todo lo que se converse entre el paciente y el médico debe ser secreto y de

ninguna manera puede ser divulgado por el medico ya que esto es una obligación que se encuentra claramente impuesta por el Juramento Hipocrático.

#### **2.6.2.2. Deber de examinar su propia capacidad**

En este sentido es muy importante que antes de llevar a cabo un diagnóstico y por ende emplear un tratamiento para el paciente, que el medico pueda realizar un auto examen con respecto a las capacidades que tiene, pues si el medico no se encuentra capacitado curar algún tipo de enfermedad, es mejor que se lo manifieste al paciente y lo remita a un profesional que si se encuentre capacitado para hacerlo.

#### **2.6.2.3. Deber de actualizar conocimientos**

Todos los médicos deben estar dispuestos a actualizar constantemente sus conocimientos en el ámbito de la medicina, puesto a que con el pasar del tiempo la ciencia avanza con nuevos tratamientos, nuevos medicamentos que pueden ser vitales al momento de tratar a un paciente, es por esto que la medicina es una profesión en la cual debe existir la predisposición por parte del médico para mantenerse en un estudio constante actualizándose en relación a los avances que se produzcan.

#### **2.6.2.4. Deber de utilizar los medios técnicos auxiliares**

El médico debe poner a disposición del paciente todos los instrumentos y técnicas que puedan servir para tratar la enfermedad que tenga, en este caso como bien sabemos, es muy importante que los profesionales de la salud no trabajen solos, aislados de criterios de expertos en el tema o de la instrumentaría necesaria pues todo esto puede servir como un complemento a la labor que realiza el medico encargado y sin duda los resultados que se pueden obtener con esta cooperación serán más satisfactorios.

### **2.6.2.5. Deber de Informar**

En todos los casos es de vital importancia que el medico mantenga una comunicaci3n directa y sincera con el paciente con respecto al diagn3stico que se establezca y el tratamiento que debe seguirse, el paciente tiene este derecho a estar siempre informado en relaci3n a su salud y a que se le respondan todas las inc3gnitas que pueda tener al respecto.

En caso de que no se le brinde la informaci3n necesaria al paciente y esto provoque un da1o al mismo, el profesional incurrir3 sin duda en una violaci3n a sus deberes como tal y en este caso puede ser juzgado x el il3cito cometido. Pero puede darse el caso que una vez informado el paciente, decida no seguir con las indicaciones que se le han dado, en este caso cualquier da1o que se pueda producir no ser3 responsabilidad del m3dico puesto que todas las personas tenemos la libertad de decidir con respecto a nuestra salud y el da1o que nos podamos ocasionar por estas decisiones no debe acarrear responsabilidad a un tercero que en este caso ha cumplido a cabalidad con su obligaci3n como m3dico.

### **2.6.2.6. Deber de confrontar opiniones**

Cuando el medico acepta tratar una enfermedad que puede resultar complicada, tiene la obligaci3n de receptar por cuenta propia distintas opiniones de colegas que se encuentren capacitados cient3ficamente para poder establecer un criterio claro y debidamente fundamentado pues de esta forma se podr3 establecer en conjunto y con mayor seguridad el tratamiento que debe seguirse para salvaguardar la salud del paciente.

Existen de igual manera ciertos casos en los que el mismo paciente o sus familiares solicitan que se realice una consulta a un especialista para poder tener un criterio m3s

acertado, en este caso el médico debe respetar aquella decisión. Con respecto a esto podemos ver lo que nos dice Terragni: “El deber del médico consiste no solamente en consultar por propia decisión a otros profesionales, sino en aceptar cualquier consulta solicitada por el enfermo o por sus familiares”. (Terragni, pág. 120)

#### **2.6.2.7. Deber de derivar al paciente en caso necesario**

Para poder realizar el análisis con respecto a este punto, resulta importante comenzar revisando lo que establece el Código Internacional de Ética Médica al respecto: “El médico debe a sus pacientes todos los recursos de su ciencia y toda su lealtad. Cuando un examen o tratamiento sobrepase su capacidad, el médico debe llamar a otro médico calificado en la materia”.

Tal como podemos observar cuando un profesional de la medicina no se encuentra en capacidad de establecer un diagnóstico y tratamiento con respecto a la enfermedad de un paciente este debe informar oportunamente al respecto y enviarlo a un profesional que si se encuentre capacitado para ese tema en específico. Como bien sabemos, cuando un medico cuando inicia su relación con un paciente, se convierte en garante de su salud y por ende en este caso con el propósito de salvaguardar la misma debe enviar al paciente donde un especialista, en este caso de ser el medico quien designe al profesional que se hará cargo del paciente, entonces deberá asegurarse de que sea un profesional capacitado al respecto debido a que de ser una persona sin los conocimientos necesarios se estaría causando un daño al paciente y por ende se incurriría en una conducta típica.

Para terminar con este análisis sobre derivar al paciente cuando sea necesario, revisemos lo que establece al respecto el Código Deontológico español en su artículo 28: “Cualquier medico está habilitado para practicar todos los actos de diagnóstico,

prevención, prescripción y tratamiento, pero, salvo circunstancias excepcionales, no deberá emprender cuidados, ni formular prescripciones en campos con los que no está familiarizado”.

### **2.6.3. Elementos Subjetivos del Deber de Cuidado**

Algunos autores consideran que en lo que respecta al elemento subjetivo dentro de lo que establece el deber objetivo de cuidado, está implícito el dolo, pero como bien lo explica Terragni en su obra, esto no es posible dentro del ámbito de los delitos culposos en los cuales obviamente no puede existir una conducta dolosa puesto que de ser el caso dejaría de ser el hecho culposo para elevarlo a una categoría más alta de los delitos y por ende sancionarlo con más rigurosidad; como bien sabemos, la distinción entre lo que establece el tipo doloso con el tipo culposo es justamente la intención que tiene una persona para provocar un daño a otra en el primer caso, mientras que al hablar de tipo culposo vemos aquellas omisiones que si bien pueden haber sido previsibles y evitables en cuanto a un resultado desastroso pero aun así, se decidió continuar con el accionar, el objetivo nunca fue causar un daño, solo en este caso hablaríamos de un tipo culposo.

En este sentido es muy importante conocer los elementos subjetivos del tipo, en el sentido de que precisamente estos “hacen nada menos que a la diferente punibilidad de los hechos dolosos y culposos” (Terragni, pág. 174)

Así mismo vemos que el examen de la subjetividad debe ser realizado en dos momentos claves para que se pueda llegar a imputar una acción, en primer caso se debe realizar este examen en el tipo, ya que de esta forma se podrá establecer cuál fue la actitud espiritual que tuvo el autor con respecto al producto de la acción; mientras que en el segundo caso hablamos de la culpabilidad, al realizar el examen de los aspectos

subjetivos en este punto, podemos establecer si se tuvo la capacidad y libertad para atender el llamado de la norma y por ende determinar si existe o no una conducta merecedora de ser encasillada dentro del ámbito de los delitos culposos.

### **2.6.3.1. Evitabilidad**

Hablamos de este punto cuando se ocasionan ciertos daños a bienes jurídicos que se encuentran legalmente protegidos y ese daño del cual hablamos podría ser evitado por el profesional de la medicina. Sin embargo existe un grave error en algunas sentencias que se han dado al respecto de que se ha considerado que en materia medica toda falta resulta evitable, esto no es así debido a que en ciertos casos se presentan circunstancias en las que el médico debe decidir de manera inmediata tomando en consideración de qué manera se le podrá disminuir el daño al paciente, pues podemos poner como ejemplo a esto un caso en el cual un medico está en una cirugía la cual se complica debido a que disminuye la presión sanguínea y puede decidir parar la cirugía sabiendo el daño que se ocasionaría o de igual manera puede seguir con la misma sabiendo el riesgo que se tiene, en este sentido si se produce un resultado desastroso, no podrá ser imputado el medico debido a las circunstancias que se suscitaron y por ende al momento en el que tuvo que tomar la decisión.

### **2.6.3.2. Previsibilidad**

En este aspecto decimos que para que se llegue a incurrir en una violación al deber de cuidado resulta necesario que el resultado dañoso que se ha provocado sea previsible, dando forma en este aspecto al delito culposos en este sentido se debe tomar en

consideración si ese resultado podía predecirse por la generalidad y así mismo evitable, es decir lo que para el medico que ha intervenido no pudo ser previsible, para una generalidad de médicos que gozan de la misma capacidad si podían prever el daño que se ocasionaría, en este aspecto podría ser imputado en base al error que se ha cometido, pero siempre y cuando concurra el aspecto de la Evitabilidad debido a que por sí solos estos elementos no pueden ocasionar ningún tipo de responsabilidad.

Al respecto de este punto resulta interesante citar lo que establece Terragni al decir que “Si el medico previó lo previsible pero confió en poder evitar el daño, habrá actuado con culpa consciente, si no avizoro el daño en absoluto, pudiendo hacerlo, habrá incurrido en culpa inconsciente.” (Terragni, pág. 187)

### **2.6.3.3. Capacidades Especiales**

En este sentido hacemos referencia a las capacidades que tienen ciertos médicos y las cuales son superiores a las del resto, seguramente estas capacidades serán las que han llevado al paciente a entablar una relación con este médico, en este sentido atendiendo a la calidad de garante que adquiere el profesional en este caso siempre debe actuar en base a sus capacidades superiores y nunca omitirlas realizando algún procedimiento como lo haría la generalidad en este caso.

Pues la norma y tal como lo estable Terragni en su criterio subjetivo del Deber de Cuidado, se le exige un cuidado superior a los profesionales que gozan de una capacidad especial que supere las capacidades ordinarias que tiene el resto.

Un profesional que no disponga de la capacidad necesaria de actuar, debe abstenerse de hacerlo debido a que como bien lo habíamos manifestado con anterioridad, debe en este caso remitirlo a un médico que si este capacitado.

En caso de que el medico obre de una manera que omita sus capacidades especiales entonces estaría vulnerando el deber objetivo de cuidado y por ende estaría incurriendo dentro del ámbito de los delitos culposos.

## **CAPITULO 3**

# **La Mala Praxis Médica en nuestra legislación y el Principio de Proporcionalidad**

### **3.1. Como se venía regulando la mala práctica médica antes de su tipificación en nuestra legislación.**

Al hablar de la mala praxis médica vemos que a pesar de ser una figura jurídica totalmente nueva dentro de nuestro ordenamiento jurídico, esto no implica el hecho de que no se haya venido sancionando a la misma de una manera distinta. Al ser la mala práctica médica un acto que lleva implícito la voluntad del médico, en diversas ocasiones se ha visto como una mala decisión por parte del médico o una negligencia por no prestar todos los cuidados debidos, han ocasionado ya sean lesiones en el paciente o en algunos casos incluso la muerte.

Es por esta razón que resulta muy importante realizar una breve revisión de cómo se venía sancionando a la mala praxis y de esta manera determinar cuál fue la razón que llevo al legislador a establecer una figura jurídica que si bien no es específicamente solo para el ámbito de la medicina, sin duda viene a llenar un vacío jurídico que existía al respecto de este tema, pues bien al respecto hemos visto a lo largo de los años que la mala práctica médica se ha venido regulando

encajándola dentro de los delitos de lesiones o como un homicidio inintencional, el artículo 459 del antiguo Código Penal que estuvo vigente hasta hace poco, establece lo siguiente al respecto del homicidio inintencional: “Es reo de homicidio inintencional el que ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra otro.”; así mismo con respecto a las penas que se establecen, el artículo 460 nos dice lo siguiente: “El que inintencionalmente hubiera causado la muerte de otra persona, si el acto no estuviera más severamente reprimido, será penado con prisión de tres meses a dos años”, tal como podemos ver en los artículos citados, no existía claridad con respecto a la norma como para encajar aquí el delito por la mala práctica médica, esto sin duda ha traído varios inconvenientes para las personas que se han visto afectadas por un mal ejercicio médico y al no encontrar una figura legalmente tipificada, esto ha hecho que tengan que encontrar una figura distinta para de alguna manera poder satisfacer su reclamación; es por esta razón que el legislador ha visto necesaria la implementación de la mala praxis médica dentro de nuestro ordenamiento penal, y de esta manera se pretende avanzar en la búsqueda de la justicia en estos casos en particular.

### **3.2. Análisis del tipo penal en el Código Orgánico Integral Penal.**

Tal como vemos dentro del Código Orgánico Integral Penal, ya existe una normativa que llega a llenar un vacío legal que existía al respecto de la mala praxis, tan es el caso del artículo 146, que establece la mala práctica médica de la siguiente manera: “La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio de su profesión,

ocasiona la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.” (Ecuador, 2014)

Este artículo nos habla en sí de la mala práctica profesional, pero es aquí donde ingresa la mala praxis médica, puesto a que tal como se puede deducir de la lectura de este primer inciso, el momento en que el médico, el cual en este caso sería el sujeto activo, falte a su deber objetivo de cuidado, al momento de tratar a un paciente el cual viene a ser el sujeto pasivo que recibe la acción delictual, ocasiona la muerte del mismo será entonces sancionado con la pena a la que hemos hecho referencia.

Pues bien, sin duda la lectura de este primer inciso es clara puesto que como hemos podido desprender, concurren todos los componentes para que se llegue a configurar un delito, tal es el caso de una acción voluntaria realizada por el sujeto activo, el cual en este caso sería el profesional de la medicina, pues es el médico o los enfermeros los responsables de salvaguardar la salud del paciente y en este caso al inobservar las reglas generales a seguir y por ende infringir el deber objetivo de cuidado, son ellos a quienes se les imputa el delito en cuestión, de la misma manera tenemos un sujeto pasivo que viene a ser el paciente, el que confía su salud a un profesional de la medicina con el ánimo prevenir o curar algún tipo de enfermedad, el paciente es el titular del bien jurídico que se protege, al hablar del último elemento para la configuración de un delito en sí, es decir el objeto, sobre el cual recae el delito, es decir, el bien jurídico protegido, claramente podemos ver que se trata del derecho a la vida y la integridad física.

Nuestra constitución de la república que se encuentra en vigencia desde el año 2008, protege estos bienes jurídicos y hace alusión a los mismos en los siguientes artículos:

Art. 54, segundo inciso: “Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas”

El Art. 66 que nos habla de los derechos de las personas en su segundo y tercer numeral nos dice lo siguiente: “El derecho a una vida digna, que asegure la salud”, “El derecho a la integridad personal, que incluye la integridad física”

Como podemos ver, incluso antes de que se tipifique como un delito a la mala praxis médica, nuestra constitución de la república ya establecía con anterioridad las responsabilidades de los profesionales que atenten contra la vida y la integridad física de las personas. En este sentido, luego de revisar nuestra constitución y los bienes jurídicos protegidos, podemos deducir que el objeto dentro del delito de la mala praxis médica es la vida y la integridad física.

Con el propósito de un mejor entendimiento sobre lo que se refiere en este caso el “deber objetivo de cuidado”, el propio artículo en sus incisos finales nos habla acerca del mismo y establece lo siguiente: “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 analizara en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.”

Sin duda estas especificaciones que hace la norma con respecto al deber objetivo de cuidado, son de muchísima ayuda para esclarecer el mismo y poder aplicar la norma a un caso concreto. Sobre este tema de la violación al objetivo de cuidado volveremos más adelante.

Pero existe dentro del mismo artículo 146 otro inciso que establece lo siguiente: “Sera sancionada con pena privativa de la libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas”, de la lectura de este segundo inciso podemos comprender que para que concurra en si el delito de la mala praxis médica, las acciones empleadas deben reunir los requisitos que hemos enumerado, siendo acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, analizando uno por uno estos elementos vemos que el primer elemento, es decir que la acción sea innecesaria, es bastante subjetivo ya que para ciertos profesionales, una acción puede resultar necesaria para salvaguardar la salud del paciente mientras que para otros se podrá dar un tratamiento distinto, en si esta subjetividad a la que se somete este primer elemento lo hace muy complicado de probar dentro de un proceso legal, el segundo elemento que hace referencia al hecho de que sin duda en el ámbito de la medicina la mayoría de acciones que se puedan ejercer, conllevan un riesgo y por ende son peligrosas ya que pueden atentar contra la vida de una persona, es decir este segundo elemento de “peligro” no sería difícil probarlo, en el tercer caso, nos referimos al hecho de que la acción sea ilegítima, puesto a que como veremos más adelante el momento que tratemos acerca de las relaciones entre el médico y el paciente, existen varias obligaciones del médico y una de ellas es sin duda obtener el permiso ya sea de la persona afectada en caso de ser posible o de una persona legalmente capaz de brindar dicha autorización para que se pueda llevar a cabo una

intervención en el paciente; es decir, siguiendo esta línea, si bien resulta que se ha dado la autorización, la acción sería legítima pero que pasa si la acción resulta innecesaria, en este caso al faltar uno solo de los requisitos que es la legitimidad, el delito en sí no se llegaría a configurar, es por esta razón que como veremos más adelante desde mi punto de vista existe un error en la redacción de este artículo, el mismo que debe ser revisado y corregido.

Sin duda en ciertos casos se podrá probar la existencia de estos tres requisitos y por ende se configurara el delito, pero así mismo existen diversos casos donde no podrá probarse la existencia de los tres elementos que manda la norma, principalmente por el hecho de que las personas llamadas a determinar si las acciones son innecesarias, peligrosas e ilegítimas, precisamente son los médicos, es decir a más de que en sí resulta muy difícil dentro de un proceso legal probar la concurrencia de dichos elementos, todo esto recae sobre un criterio médico el cual sin duda puede estar equivocado.

Una vez terminado el análisis de este artículo podemos ver claramente que la norma hace una calificación del delito, pues como veíamos en primera instancia, cuando un profesional falta al deber objetivo de cuidado y esto ocasiona la muerte, podemos entonces demandar por mala práctica profesional y la pena en este caso sería de uno a tres años. Mientras que en la segunda categorización que se hace con este delito, podemos ver que cuando concurren los tres elementos de innecesaria, peligrosa e ilegítima entonces la pena se hace más grave puesto a que en este caso sería de tres a cinco años de privación de la libertad, vale la pena recalcar que en ambos casos se prevé el hecho de que además sean sancionados con la inhabilitación para poder ejercer la profesión durante un tiempo determinado según sea el caso.

De igual manera podemos ver que el legislador en este caso ha dejado un gran vacío, puesto que una mala praxis médica no necesariamente ocasiona la muerte del paciente, existen diversos casos en los cuales si el mal ejercicio de un médico, al no tener el deber objetivo de cuidado en la práctica de su profesión, ha causado lesiones las mismas que pueden tener un distinto grado de incapacidad, dependiendo de la gravedad de la lesión, es importante resaltar que estas acciones igualmente deben ser sancionadas dentro de este delito de la mala práctica médica pues igualmente el bien jurídico protegido sería el de la integridad personal y en este caso obviamente se estaría vulnerando el mismo, al revisar nuestro Código Integral Penal, en el capítulo segundo que hace referencia a los “Delitos contra los Derechos de Libertad”, en su sección segunda nos habla de los “Delitos contra la Integridad Personal” y específicamente en su artículo 152 hace referencia a las lesiones, estableciendo lo siguiente: “La persona que lesione a otra será sancionada”, esa sanción según lo establece el mismo artículo será de acuerdo a la gravedad de la lesión que se ha causado, así mismo se establece que “La lesión causada por infringir un deber objetivo de cuidado, en cualquiera de los casos anteriores, será sancionada con pena privativa de la libertad de un cuarto de la pena mínima prevista en cada caso”, de la lectura de este artículo podríamos entender que en el caso de la mala praxis médica que provoque una lesión por no atender al deber objetivo de cuidado será sancionada, pero el artículo 155 en su inciso final, sorprendentemente exonera por completo a los profesionales de la medicina que incurran dentro de este delito pues nos dice lo siguiente: “No serán punibles las lesiones derivadas de acciones terapéuticas ejecutadas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad que precautele la salud del paciente”

### **3.3. La Violación del Deber de Cuidado**

Hoy se estima y compartimos tal criterio, que el fundamento de la culpa reside en la violación de un deber objetivo de cuidado y es entonces una acción contraria al ordenamiento jurídico.

Es precisamente en esta parte cuando vamos a poder establecer una responsabilidad penal para el medico que al momento de desenvolverse dentro de su profesión, omite ciertos cuidados que son necesarias tomar en consideración y por ende incurre en una clara infracción del deber de cuidado, como bien lo habíamos señalado antes, la responsabilidad que tenga el medico no puede extenderse a la esfera de la libertad que tenga el paciente de tomar en consideración sus indicaciones, puesto que de darse un resultado nefasto debido a que el paciente no hizo caso a las indicaciones que se le dio, pues en este caso no podría recaer ningún tipo de responsabilidad sobre el galeno.

Para poder comprobar esta violación al deber de cuidado, el juez deberá contar con los informes de peritos que le ayudaran a esclarecer la situación y de esta forma revisar si se cumplen las condiciones para imputar una conducta típica al accionar médico.

Agregamos a lo dicho que el Art. 511 del COIP es muy exigente en el tema del contenido de los peritajes, en los fundamentos científicos de los mismos, así como en la calidad y especialidad de los peritos. Allí se señala que para los casos de mala práctica profesional el fiscal o la fiscal debe solicitar una terna de profesionales con la especialidad correspondiente. Eso está en el COIP aprobado por lo cual insistimos en que la situación del médico ecuatoriano frente a eventuales reclamos de supuesta mala práctica profesional cuenta con la protección legal suficiente.

A continuación revisaremos los elementos que deben concurrir según la normativa para infringir el deber objetivo de cuidado.

### **3.3.1. La Responsabilidad Objetiva**

Es correcta la disposición del numeral 1 del Art. 146 aprobado que PROSCRIBE la peligrosa teoría de la responsabilidad por el resultado objetivo (responsabilidad penal objetiva). Antiguamente se pensó que el pilar de la culpa lo conformaba el resultado y que consecuentemente ausente el dolo, el resultado lesivo de un determinado bien jurídico a lo menos debía ser sancionado como culposo. Esto no es cierto, y lo que dice el COIP es que no basta la mera producción o causación de un resultado objetivo como es la muerte.

### **3.3.2. Inobservancia a la ley y demás normativas legales**

En el numeral 2 se aluden a las exigencias tradicionales de la culpa como son las leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales de procedimiento, la lex artis que son las reglas técnicas que se exigen en una profesión.

### **3.3.3. Infracción y Deber Objetivo de Cuidado: Dos Elementos Fusionados**

En el numeral 3 se alude a que el resultado sea consecuencia de la infracción del deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias que incluye las ajenas o supervinientes, como podrían ser un accidente de tránsito mientras el paciente intervenido es conducido en una ambulancia, o el actuar temerario o imprudente del paciente que no tiene el cuidado debido en el pos operatorio, casos en los que no tiene por qué responder el médico.

### **3.3.4 . Análisis Privativo del Caso**

En el numeral 4 se sienta el criterio ya expuesto de que la determinación de la violación del deber objetivo de cuidado tiene que examinarse caso a caso tomando en cuenta la diligencia que es sinónimo de actuar con el cuidado debido, el grado de formación profesional pues al que más sabe más se le exige, las condiciones objetivas del caso pues ante una emergencia o un estado de necesidad como cuando se trata de un paciente con politraumatismos severos u otro caso similar, la situación amerita actuar ya y de inmediato. Aquí se trata de intervenir para evitar un resultado mayor que es fácilmente previsible.

### **3.4.El Consentimiento y su importancia para la Imputación**

El consentimiento es un elemento muy importante que se debe tener en cuenta al momento de atribuirle un delito a un determina profesional de la medicina, en este sentido siempre que un médico inicia un tratamiento a un paciente en la generalidad de los casos lo hace con su consentimiento, ya sea este expreso o tácito.

Es lógico suponer que una vez que una persona acude a un consultorio para que le atiendan por un problema de salud, lo hace por su propia voluntad sin ninguna injerencia de un tercero, razón por la cual no habría inconveniente en otorgar el consentimiento al médico para que este a su vez se convierta en un garante que pondrá todos sus conocimientos a disposición del paciente con el propósito de lograr salvaguardar su salud.

En todos los ámbitos de la vida, no solo en la medicina el consentimiento resulta de vital importancia para el inicio de una relación profesional, pero en este caso que estamos analizando que tiene referencia al médico, resulta aún más importante puesto que en este caso el bien jurídico que se protege es la vida del paciente, así como su integridad física, es por esta razón que resulta realmente importante contar con el consentimiento del paciente ya que solo él será capaz de decidir sobre los bienes jurídicos que hemos hecho referencia.

En este sentido existen varios inconvenientes que se pueden producir en la práctica, por ejemplo en el caso de que una persona preste su consentimiento para que se lleve a cabo una intervención quirúrgica no existiría ningún problema, pero que pasa si al momento de realizarse la intervención el medico encuentra alguna anomalía con respecto a sus órganos y debe intervenir en ello para no complicar la salud del paciente, en este caso el médico debe tomar una decisión por su propia cuenta ya que no puede contar con la autorización del paciente quien en este caso se encuentra inconsciente y así mismo debido a la premura de la situación tampoco tiene el tiempo de realizar dicha consulta a los parientes, en este caso es lógico pensar que no existiría inconveniente alguno siempre y cuando sirva para proteger la vida del paciente puesto que estaríamos frente a un claro caso de estado de necesidad, pero si la operación se complica, aun teniendo en cuenta todos los resguardos necesarios, sin incurrir en una violación del deber de cuidado y resulta que el paciente fallece entonces si se daría un problema en cuanto a la intervención realizada por el medico sobrepasando los límites del consentimiento que se le ha otorgado y aunque se su actuación ha sido dirigida a disminuir el daño, en muchos casos se han visto sentencias en las cuales de manera equivocada se ha procedido con la imputación del médico.

Otro aspecto importante a tener en consideración al respecto es que debe tomarse en cuenta la capacidad del paciente para poder otorgar un consentimiento lícito, ya que existen situaciones puntuales en las cuales no se puede brindar un consentimiento, tal como podemos observar en los siguientes casos:

- Cuando el paciente es menor de edad.
- Cuando el paciente tiene una enfermedad mental que no le permite discernir con claridad.
- Cuando el paciente se encuentra en un estado de inconciencia.

En todos estos casos no se puede tener en consideración la voluntad del paciente y el médico se verá obligado a pedir la autorización a un representante de la persona incapaz, quien a su vez tomara la responsabilidad de decidir acerca de la vida e integridad física de la persona que tiene a su cargo.

En caso de que el paciente no se encuentre consciente al momento de llegar a un establecimiento médico y así mismo no tenga parientes cercanos que puedan brindar una autorización al médico, entonces este deberá actuar por cuenta propia, siempre teniendo en consideración el espíritu de su profesión que es salvar vidas, es decir actuando de acuerdo a las normas de la *lex artis* para que de esta forma en caso de obtener un resultado no deseado, no se le pueda imputar ningún tipo de responsabilidad.

#### **3.4.1. El Consentimiento Informado**

Al hablar del consentimiento informado hacemos referencia a que cuando un paciente acude a un establecimiento médico, el profesional de la salud debe otorgarle todos los

conocimientos necesarios con respecto a su enfermedad para que este pueda brindarle a su vez el consentimiento de actuar y se pueda establecer la relación entre el médico y el paciente para poder iniciar el tratamiento que se considere pertinente.

En este sentido, para tener un mejor conocimiento al respecto, es indispensable revisar lo que nos dice Terragni al respecto: “Por consentimiento informado se entiende que el médico debe requerir la conformidad del paciente y para que ésta tenga valor, las explicaciones previas deben ser claras y suficientes.” (Terragni, pág. 228)

Tal como podemos ver, resulta esencial que el médico brinde una información completa al paciente, ya que este no podría tomar una decisión inteligente si no conoce a cabalidad la enfermedad que tiene y los procedimientos que se deben llevar a cabo incluyendo lógicamente los riesgos que se producen. El médico debe explicarle al paciente no en términos profesionales sino en el lenguaje normal para que éste a su vez pueda entender realmente todo, de igual manera el médico no puede retener ningún tipo de información o intentar minimizar los riesgos que se pueden producir por la realización de un tratamiento terapéutico, ya que en ciertos casos, de conocer los riesgos el paciente no se hubiera sometido al tratamiento aunque este hubiese sido favorable para su salud; pues como habíamos manifestado, el paciente es el único capacitado para tomar decisiones con respecto a su vida e integridad personal.

Dentro de un proceso penal deberá probarse por parte del paciente que el consentimiento que ha otorgado fue debido a que el médico no le prestó la información necesaria al respecto, pero sí de hecho el médico ha explicado con términos sencillos para que el paciente a su vez pueda entenderlo, y aun así el paciente no entendió el tratamiento al que se sometía, brindando de esta forma su consentimiento entonces no

existirá responsabilidad con respecto a este punto, debido a que el medico ha cumplido con todos sus deberes.

### **3.4.2. Revocación del Consentimiento**

El consentimiento que otorga el paciente para que se pueda entablar una relación directa con el medico es temporal, hasta que haya concluido el tratamiento que se ha convenido que se llevara a cabo; en este sentido y al ser temporal y sujeto a la libre disposición de la voluntad del paciente entonces puede ser revocado en cualquier momento que el paciente estime necesario, sin provocar ningún problema posterior para el médico tratante debido a que se ha interrumpido el tratamiento.

Si vemos las cosas de este modo realmente no existiría problema alguno, pero puede darse el caso de que tal como lo establece Terragni, “Los problemas se plantean, en orden a las omisiones que se le puedan imputar al médico, cuando el paciente revoca lo conformidad dada y lo hace antes de que el tratamiento finalice.” (Terragni, pág. 229)

Pues bien, como lo habíamos analizado antes, en caso de que el paciente realmente revoque el consentimiento que había otorgado sin que el tratamiento haya finalizado y entendiendo los riesgos que corre por hacer eso, entonces no debería representarle ningún tipo de responsabilidad al médico tratante, siempre que éste durante su intervención, haya actuado acorde a las normas establecidas siempre en base al deber objetivo de cuidado que debe tener en consideración.

### **3.5. El Principio de Proporcionalidad**

Dentro del tema que estamos tratando, resulta imprescindible esclarecer el principio de proporcionalidad dentro del ámbito penal para que de esta forma, ya con una idea clara con respecto al tema, podamos establecer si dicho principio se encuentra realmente

introducido dentro de la normativa de nuestro Código Orgánico Integral Penal ya que la proporcionalidad es uno de los principios más importantes en materia penal y debe ser tomada en cuenta tanto por el legislador en la elaboración de las leyes, como por la administración de justicia al momento de establecer las sanciones pertinentes por el cometimiento de un hecho punible.

### **3.5.1. Antecedentes de la Proporcionalidad en materia Penal**

Las primeras referencias que podemos encontrar con respecto a la proporcionalidad en materia penal, las encontramos en las obras de Platón y en las de César Beccaria.

Por un lado Platón en su obra “Las Leyes” puestas en castellano por Patricio de Azcárate, nos dice que “las penas son proporcionadas al mal que causen al estado”, dando este primer indicio con respecto a la proporcionalidad al momento de la creación de las normas puesto que deben ser proporcionales al delito. Así mismo dentro de su misma obra nos habla de que el infractor “será castigado con una pena proporcionada al delito”, en este sentido y tal como lo habíamos advertido antes, el principio de proporcionalidad debe ser considerado tanto al momento de legislar como al momento de aplicar una sanción concreta.

Por otra parte el autor Cesar Beccaria en su obra “Tratados de los Delitos y de las Penas” hace referencia al principio de proporcionalidad estableciendo el hecho de que las penas que se impongan deben ser tanto necesarias como infalibles; es decir que la pena no pueda ir más allá de lo necesario para castigar una conducta delictiva y así mismo infalibles en el sentido que las penas que han sido impuestas sean cumplidas de una manera efectiva. Tal como lo establece Beccaria “no es la crueldad de las penas uno

de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los magistrados, y aquella severidad inexorable del juez, que para ser virtud útil, debe estar acompañada de una legislación suave” (Marqués de Beccaria, 1993, pág. 116), de esta manera vemos la referencia a la infalibilidad de la pena y al control de las sanciones para que estas no sean excesivas y por ende rompan el principio de proporcionalidad.

Según el autor estas características de las penas necesarias e infalibles contemplan la idea de proporcionalidad dentro del ámbito penal en la ejecución de las penas.

Luego de estas dos nociones que se dieron con respecto a la proporcionalidad dentro del ámbito penal, éste principio fue aplicado en Europa a partir de la Segunda Guerra Mundial en países como Francia e Italia en los cuales se empieza a elaborar jurisprudencia tomando en cuenta el principio de proporcionalidad.

De igual manera hay que destacar el hecho de que Alemania fue el país que más énfasis ha puesto desde un inicio en la aplicación de este principio, puesto que se utiliza la proporcionalidad para regular los actos de los poderes públicos que pongan en riesgo a los derechos fundamentales, estableciendo el hecho de que una sentencia que se ha dado sin tomar en consideración el principio de proporcionalidad será inconstitucional.

### **3.5.2. La proporcionalidad en nuestra Constitución de la Republica**

Nuestra Constitución de la Republica en su artículo 76 que hace referencia al debido proceso y en su enumerado 6 establece lo siguiente: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (Constituyente, 2008), como podemos ver nuestra Constitución que se encuentra en vigencia desde el año 2008, ya establece el principio de proporcionalidad

en materia penal, y en caso de no seguirse todas las reglas del debido proceso que establece la Constitución, se estaría vulnerando el mismo y por ende dejando sin efecto cualquier acción que se haya querido seguir en contra del infractor.

### **3.5.3. La Proporcionalidad en el Código Orgánico Integral Penal**

El Código Orgánico Integral Penal que se encuentra en vigencia desde el 10 de Agosto del 2014, hace referencia al principio de proporcionalidad, inicialmente en la exposición de motivos de la asamblea, en el numeral tres, se establece la constitucionalización del Derecho Penal y por ende hace referencia a que se deben seguir las normas del debido proceso que se encuentran regladas en el artículo 76 que hemos analizado recientemente.

Así mismo, Título II acerca de los Derechos, en el capítulo II que hace referencia a los Derechos y Garantías de las personas privadas de la libertad, establece lo siguiente: Numeral 16 "Proporcionalidad en la determinación de las sanciones disciplinarias: las sanciones disciplinarias que se impongan a la persona privada de libertad, deberán ser proporcionales a las faltas cometidas. No se podrán imponer medidas sancionadoras indeterminadas ni que contravengan los derechos humanos." (Ecuador, 2014)

Por último este código en su artículo 725 nos habla acerca de las sanciones, estableciendo que las sanciones que se le imponga a una persona deben justificarse en virtud de la proporcionalidad y las características de la falta cometida.

### **3.5.4. Concepto del Principio de Proporcionalidad**

Luego de haber revisado tanto los orígenes del Principio de Proporcionalidad, así como como se encuentra regulado actualmente en nuestra legislación, resulta necesario establecer un concepto del mismo estableciendo que éste hace referencia a que las penas deben ser proporcionales al delito que se ha cometido; es decir una persona al momento de cometer un delito debe ser sancionada con la imposición de una pena, pero la misma no debe ser excesiva en el sentido que debe estar acorde al delito cometido; esto es al grado de afectación al bien jurídico protegido, de esta manera la pena no debe ser ni mayor ni menor al mismo, pues solo en el momento que se cumpla con estas exigencias se comprobara la eficacia de un ordenamiento jurídico.

Al momento de sancionar una conducta delictiva se debe tener en cuenta tanto el interés social como el interés individual, el interés social en el sentido de que aquella conducta que ha atentado contra un bien jurídico protegido, sea sancionada de una manera eficaz en el sentido que a más de establecerse una pena, la misma sea cumplida de manera inmediata, pues solo en este sentido se estaría atendiendo al interés social.

Hablamos de un interés individual en el sentido que aquel individuo que ha incurrido en un acto delictivo no debe ser sancionado con una pena que exceda el mal que se ha causado.

Después de analizar todos estos aspectos puedo concluir que el Principio de Proporcionalidad es de vital importancia para la aplicación de las penas pues en caso de que se establezca una sanción y la misma no guarde una relación con la gravedad del delito que se ha cometido, hablaríamos de una total ineficacia del ordenamiento jurídico y la forma de ser aplicado dentro del ámbito penal. Pues precisamente lo que se busca con el principio de proporcionalidad es evitar la arbitrariedad en las decisiones que toma

el juez en el sentido de que las penas siempre deben guardar proporción con la gravedad del delito y de esta manera no se afecte tanto el interés social como el interés individual de las personas que conforman una sociedad de derecho.

### **3.5.5. Análisis del Principio de Proporcionalidad en la normativa de la Mala Práctica Profesional.**

Para concluir con el estudio del presente trabajo de grado, es muy importante revisar cómo se encuentra establecido el principio de proporcionalidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en el artículo al cual hacemos referencia con respecto al delito culposo por mala práctica profesional, pues bien hace un momento veíamos como se encuentra regulado este principio en nuestra legislación, y como vemos al ser un principio que se encuentra constitucionalmente reglado, entonces es obligatoria su existencia al momento que el legislador pretenda crear una normativa.

En este sentido para tener un mejor entendimiento al respecto vale la pena realizar un pequeño análisis de como venía reglándose la mala práctica médica y como se hace ahora.

Como ya lo hemos establecido con anterioridad, la mala praxis médica venía siendo reglada dentro del ámbito del homicidio inintencional, el cual a su vez tenía una sanción de tres meses a dos años; pues bien desde mi punto de vista al analizar la pena que se podía conseguir que se imponga a un profesional que debido a su falta de cuidado genero un grave daño al paciente, es muy corta ya que debemos recalcar que el bien jurídico que se encuentra en protección es la vida y la integridad física de las personas y en este sentido por más que no exista una intención positiva de generar un daño, tal como hemos visto siempre se debe obrar con el máximo cuidado, atendiendo todas las reglas de la lex artis, con el propósito de no incurrir en este tipo de inconvenientes, tal

como veíamos el principio de proporcionalidad existe siempre que la sanción que se imponga llegue a satisfacer tanto el interés social como el individual de la persona que se ha visto afectado y mi opinión en este caso es que no se llega a cumplir con eso al tener una pena realmente corta.

El nuevo Código Integral Penal, el cual llevo a llenar ese vacío legal que existía con respecto a la ausencia de una normativa que regule este tipo de situaciones en específico aumenta notablemente las penas con respecto al delito culposo por mala práctica profesional, dentro de lo cual encontramos la praxis médica, las penas que se establecen ahora tienen una doble categoría dependiendo del grado de culpabilidad del sujeto activo y es así que en un primer caso hablamos de una pena de uno a tres años cuando se llegue a producir la muerte de una persona por inobservar las normas del deber objetivo de cuidado y en la segunda categoría encontramos una sanción de tres a cinco años si la muerte se llega a producir por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas que el profesional ha realizado en detrimento de la víctima.

Sin duda el nuevo Código Penal ha venido a endurecer las penas no solo en lo que respecta a este tema sino en muchos otros tipos penales que se establecen, pero centrándonos en el artículo 146 del COIP, desde mi perspectiva si existe una proporcionalidad entre el delito que se comete y la sanción que se establece, y satisface de tal manera el interés social de proteger los bienes jurídicos, en el caso del interés individual de la víctima, en este caso si se llega a producir la muerte resulta lógico pensar que por la pérdida que se les ha provocado resulta mínima una pena privativa de la libertad de hasta 5 años según sea el caso, pero debemos siempre tener en consideración que al hablar de la actividad médica, ningún profesional entra al quirófano a matar y si llega a producirse un resultado no deseado en la intervención entonces hablamos de una falda de cuidado que encasilla en el ámbito de la culpa mas

no del dolo y por ende las penas que se establecen son justas; contrario sería el caso en el que se llegue a probar una intención dolosa por parte del médico, pues en este caso ya hablamos de un homicidio en el cual las penas pueden llegar hasta veinticinco años de privación de la libertad.

Para culminar este análisis debemos citar también el hecho de que a más de las sanciones impuestas en cuanto a la privación de la libertad de igual manera se produce la inhabilitación para poder seguir ejerciendo su cargo y la misma será levantada una vez que se cumplan con los requisitos que establezca la ley, según sea el caso.

## **CASO PRÁCTICO**

Este caso, se presentó y se tramitó en la ciudad de Quito; la señora Nelly Patricia Chiriboga Reyes de 47 años de edad, acudió al consultorio médico del Doctor Ramón Oscar Uquillas el que es especializado en traumatología, luego de ser examinada, se concluye que las molestias que sentía han sido originadas por la existencia de una hernia lumbar, por lo que era necesario que se realice una intervención quirúrgica.

El día 2 de Marzo del año 2009 la señora Nelly Chiriboga acude al Hospital Metropolitano para realizarse la intervención que ya fue planificada con su médico, más en dicha cirugía al momento de realizar las perforaciones necesarias, por un acto que consideramos debió ser involuntario el Doctor Ramón Uquillas perfora la arteria aorta, provocando la muerte de la paciente.

Posteriormente a estos sucesos, el día 4 de Agosto del año 2009, se presenta una acusación particular con la figura jurídica de homicidio inintencional, acción propuesta por el señor Pablo Arturo Roldan Bianculli, esposo de la fallecida, a quien le representó en este proceso el Abogado Leonardo Oviedo. Luego de realizado el sorteo reglamentario, le correspondió al Juzgado Cuarto de lo Penal de Pichincha y luego al correspondiente Tribunal Penal, conocer esta causa, por lo que luego de seguir el trámite establecido en el Código de Procedimiento Penal, vigente a esa fecha; se sentencia al Doctor Ramón Uquillas a ocho días de prisión más el pago de daños y perjuicios, motivando su sentencia en la existencia de las atenuantes 5, 6 y 7 del Código Penal, las que hacen referencia a presentarse voluntariamente ante las autoridades; ejemplar conducta con posterioridad a la acción y no tener antecedentes que reflejen peligrosidad por parte del individuo. Esta sentencia fue apelada por el acusador particular, siendo resuelta ésta apelación por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, la que reforma la sentencia y condena al

procesado a una pena de 60 días de prisión más el pago de las costas procesales y de los daños y perjuicios ocasionados con su intervención, la que causó la muerte de la esposa del acusador. De ésta resolución, el acusador particular, por no encontrarse de acuerdo con el tiempo de prisión que se estableció en la sentencia condenatoria, propone el recurso de casación. El día 3 de Abril del 2012, a las 16 horas se realiza la audiencia en la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, en la que luego de escuchadas las partes procesales, se ratifica la sentencia dictada por la Segunda Sala de la Corte Provincial de Justicia.

Como vemos, este caso se dio con anterioridad a la vigencia del nuevo Código Orgánico Integral Penal, COIP, porque al no existir normativa expresa vigente en el momento del cometimiento del acto que motivara su juzgamiento, y que hace relación a la mala práctica profesional del médico, se juzgó este delito bajo la figura de homicidio inintencional el que se sancionaba, según la legislación vigente al tiempo señalado, con un mínimo de tres meses y un máximo de años de prisión. Sin duda la pena que se estableció al ser en un inicio de 8 días y luego de dos meses, no satisface las aspiraciones de los familiares de la víctima que exigen que se haga justicia luego de que se ha comprobado la culpabilidad del médico en el delito que fuera objeto del juzgamiento. Considero que, debemos considerar que mal podríamos hablar, en el primer caso, de la existencia de atenuantes; esto debido a que tratamos un delito de tipo culposo en el que, presumimos, no existe la voluntad de dañar a la persona pero que al no tener en cuenta el deber de cuidado, se incurre en una figura delictiva, cuya sanción es menos rigurosa que en el caso de los delitos dolosos en los que, si es importante revisar la existencia de atenuantes o de agravantes para resolver la causa.

Considerando cómo se ha llegado a resolver este caso, creo que es importante realizar un análisis de cómo se resolvería el mismo, con la nueva norma expresa que consta en

el COIP; porque sabemos que, aquí si hablaríamos de un mínimo de un año y un máximo de 3 porque existe una violación al deber objetivo de cuidado, como sucedió en el caso del análisis, ya que al no poner el debido cuidado y atención para trabajar en la parte donde se debía realizar la perforación para la intervención, se llega a perforar la arteria y se produce un desangrado que acaba con la vida de la paciente.

Como vemos, aplicando la norma expresa del COIP, podemos decir que aquí si existe una proporcionalidad adecuada entre el delito que se ha cometido y la pena que se podría dictaminar, en razón al daño por la inobservancia al deber objetivo de cuidado en la aplicación de la *lex artis*. Igualmente, no podemos dejar de manifestar que la resolución del caso que hemos analizado se consideró, en su momento, como un importante precedente dentro de la legislación ecuatoriana, puesto que, por primera vez en la historia de nuestro país, un médico era sentenciado a prisión debido a la mala práctica en el ejercicio de su profesión.

## CONCLUSIONES

Hemos visto que existen diversos tipos de delitos, en el tema que nos corresponde, es decir en el de la mala práctica médica y podemos hablar que éste delito, se encuentra dentro del ámbito de la clasificación de los delitos por la calidad del sujeto, específicamente en los delitos propios puesto que, el sujeto activo necesariamente debe ser un profesional de la medicina.

La medicina es sin duda una de las profesiones que mayores beneficios ha otorgado a la humanidad, así mismo una intervención médica generalmente implica un riesgo para la vida del paciente, es por esta razón que cuando un médico no cumple con las normas de la lex artis en el ejercicio de sus funciones, incurre dentro en los delitos culposos, puesto que, presumimos que, no existe la intención positiva de irrogar un daño hacia otra persona, pero que su falta de cuidado afecta directamente la salud del paciente que está a su cargo.

Debido a los avances tecnológicos que se dan constantemente en el campo de la ciencia y de la medicina, los médicos deben tener siempre actualizados sus conocimientos para ofrecerle al paciente todas las alternativas que se pueden llevar a efecto en el tratamiento de su enfermedad.

La codificación de la mala práctica profesional dentro de nuestro ordenamiento penal, viene a llenar un vacío jurídico, puesto que anteriormente, al no existir una figura jurídica que regule estos aspectos, se juzgaba dentro del ámbito de los homicidios inintencionales.

Podemos concluir manifestando que, para que el juez pueda imputar a un profesional de la medicina por mala praxis, es necesario que éste, el médico, contravenga todas las normas que dispone el deber objetivo de cuidado en el ejercicio de su profesión.

El principio de proporcionalidad se encuentra correctamente establecido dentro del Art. 146 del COIP debido a que se hace una doble categorización con respecto a las sanciones y mientras mayor sea la inobservancia al deber objetivo de cuidado, mayor será la pena que se imponga, llegando hasta los cinco años de privación de la libertad además de la inhabilitación para el ejercicio profesional.

# BIBLIOGRAFIA

Carnelutti, F. (1952). *Teoria General del Delito*. Revista de Derecho Privado.

Cillo, A. B. (2005). *Responsabilidad Profesional*. La Plata: Colegio de Obstétricas de Buenos Aires.

Constituyente, A. (2008). *Constitucion de la Republica del Ecuador*. Ecuador.

Donna, E. A. (1995). *Teoria del Delito y de la Pena*. Buenos Aires: Astrea.

Ecuador, A. N. (10 de Febrero de 2014). *Codigo Orgánico Integral Penal*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial No.180.

Francisco, M. C. (1999). *Teoria General del Delito*. Santa Fé de Bogota: Temis S.a.

Jimenez de Asúa, L. (1980). *La Ley y el Delito*. Buenos Aires: Sudamericana.

Luis, C. M. (1975). *Derecho Penal Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile.

Donna, E. A. (1996). *Teorias del delito y de la pena*. Buenos Aires: Astrea.

Marqués de Beccaria, C. B. (1993). *Tratado de los Delitos y de las Penas*. Buenos Aires: Heliasta.

Asúa, L. J. (1958). *La ley y el delito*. Buenos Aires : Sudameriacna.

Asúa, L. J. (1963). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires : Losada

Terragni, M. A. *Culpabilidad penal y responsabilidad civil*. Hammurabi.

Omeba. (2005). *Enciclopedia Juridica Omeba*. Mexico: Omeba.

Soler, S. (1992). *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Tipografica editora argentina.

Terragni, M. A. *El Delito Culposo en la Mala Praxis Medica*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.

Conde, F. M. (2001). *Derecho penal parte especial* . Tirant Banch.

Eugenio, Z. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Carbonell, M. (2007). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*.

Garcia Falconi, J. C. (2011). *La Responsabilidad Medica en Materia Civil, Administrativa y Penal y el Derecho Constitucional a la Salud*. Quito: Rodin.

Gomez Pavon, P. (2013). *Tratamientos Medicos y su Responsabilidad Penal y Civil*. Barcelona: Bosch.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoria de la Imputacion*. Madrid: Marcial Pons.