



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas.

Escuela de Derecho.

“PERCEPCIONES DE LOS ADMINISTRADORES DE JUSTICIA PENAL DE LA PROVINCIA DEL AZUAY, EN CUANTO AL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO EN HOMICIDIO CULPOSO EN LA MALA PRÁCTICA MÉDICA.”

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la Republica.

Autor:

Mateo Balseca Maldonado.

Directora:

Dra. Silvana Tapia Tapia.

Cuenca – Ecuador

2019

DEDICATORIA

Este trabajo de investigación va dedicado para todos los profesionales de la salud en el Ecuador, en especial para mi hermano Juan Diego, quien dedica su vida al cuidado y tutela de la salud de los demás. Ñaño eres y serás siempre mi ejemplo a seguir.

Para Gaby, eres incondicional en mi vida, siempre estas estas para guiarme y brindarme el apoyo en los momentos más difíciles, te dedico este proyecto de tesis el cual no pudo haber sido realidad sin tu ayuda. Te amo.

AGRADECIMIENTOS

A mis padres Fausto y Marcela, por apoyarme siempre y en todo momento de mi carrera. Gracias por ser mi ejemplo de fortaleza, amor y respeto.

Agradezco profundamente a la Dra. Silvana Tapia, por toda su dedicación, paciencia y profesionalismo; sin su guía no hubiese logrado terminar este proyecto.

A mis Jefes, los abogados: Luis Andrés, Sebastián, Carlos Eduardo, María Cristina Y Bernarda, gracias por darme siempre su apoyo y brindarme las facilidades para realizar este proyecto; siempre estaré horado de aprender junto a ustedes esta hermosa profesión.

Un especial agradecimiento al Dr. Juan Carlos Salazar Icaza, por ser quien sembró en mí el amor por la rama del Derecho Penal.


RESUMEN

Esta tesis consiste en el análisis del Deber Objetivo de Cuidado dentro del Homicidio Culposo por Mala Práctica Médica. Para ello se analizará esta figura desde el punto de vista doctrinario, legal y de la deontología médica. Posteriormente procede un análisis al conjunto de entrevistas realizadas a varios Administradores de Justicia Penal del Azuay, para así determinar los criterios que se emplearían en caso presentarse esta figura dentro de un proceso penal. Para culminar con un análisis cualitativo crítico en donde se contrastarán estos dos acápites, dando como resultado las orientaciones necesarias para establecer dentro del Homicidio Culposo por Mala Práctica Médica un estándar ajustado al marco jurídico ecuatoriano y a la actividad diaria del profesional de la salud.

ABSTRACT

This thesis consisted in the analysis of the Duty of Care within the culpable homicide for medical malpractice. To this end, this figure was analyzed from the doctrinal, medical deontology and legal point of view. Subsequently, an analysis of the interviews conducted with several administrators of criminal justice of Azuay was conducted to determine the criteria to use in case this figure occurs in a criminal proceeding. Finally, a critical qualitative analysis was carried out where these two sections were contrasted. As a result, the necessary guidelines were obtained to establish a standard adjusted to the Ecuadorian legal framework and to the daily activity of the health professionals within the culpable homicide due to medical malpractice.




Translated by
Ing. Paul Arpi

INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I	10
1. EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO	10
1.1 Antecedentes y Problemática.....	10
1.2 El Concepto del Deber Objetivo de Cuidado en la Doctrina Penal.....	14
1.3. El Deber Objetivo de Cuidado y la Teoría de la Imputación Objetiva	19
1.4. El Deber Objetivo de Cuidado en la Doctrina Ecuatoriana.....	22
1.5 El Deber Objetivo de Cuidado en el Código Orgánico Integral Penal.....	27
1.6 Especial Análisis al Tipo: Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional	31
1.7 El Deber Objetivo de Cuidado en la Mala Práctica Médica	46
1.7.1 La Actuación Médica	46
1.7.2 Deberes Generales del Médico	48
El diagnóstico	49
Deber de brindar tratamiento adecuado.....	50
La aplicación de la pericia	51
Deber de analizar su capacidad	52
Deber de derivar al paciente.....	53
Deber de Informar	53
El Consentimiento Informado	55
1.8 El Especial Tratamiento de la <i>Lex Artis</i>	56
CAPÍTULO 2	60
2. PERCEPCIONES DE LOS ADMINISTRADORES DE JUSTICIA PENAL ACERCA DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO EN EL HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL	60
2.1 Antecedentes y Problemática.....	60
2.2 Desarrollo de las entrevistas	62
2.3 Análisis e Interpretación de las Entrevistas.....	63
2.3.1.- La necesidad de un delito autónomo que tipifique la mala práctica médica.....	63
2.3.2 Un Tipo Penal Abstracto	69
2.3.3 Percepciones sobre el concepto de Deber Objetivo de Cuidado	73
2.3.4. Los Medios Probatorios Esenciales	77

2.3.5 El concepto de Mala Práctica Médica	80
2.3.6 Reglas para la determinación del deber objetivo de cuidado	82
2.4 Observaciones Finales	87
CAPITULO 3	90
3. Análisis crítico basado en el trabajo de campo sobre las percepciones judiciales de la mala práctica médica y su relación con los debates doctrinarios	90
3.1 Contraste entre los conceptos doctrinarios y las percepciones judiciales acerca del deber objetivo de cuidado.....	90
3.2 Reflexiones sobre el tipo penal: homicidio culposo por mala práctica profesional	93
3.2.1 La evaluación de un tipo penal indeterminado y su problemática frente a principios rectores del derecho penal	96
3.2.2 Especial crítica a las reglas de determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado	99
3.3 La mala práctica médica como infracción al deber objetivo de cuidado	101
3.3.1 La correcta actuación médica frente a la mala práctica médica	101
3.3.2 Deberes generales del médico.....	103
3.3.3 La problemática en los medios probatorios trascendentales para la determinación de la mala práctica médica	105
3.4 La valoración de la <i>Lex Artis</i> en el campo de la medicina	106
3.5.- La importancia de la pericia médico-legal.....	108
CAPÍTULO 4	111
4. CONCLUSIONES.....	111

INTRODUCCIÓN

Al analizar el Código Orgánico Integral Penal se puede evidenciar que la figura del deber objetivo de cuidado es la piedra angular dentro del marco de los delitos culposos. En consecuencia, este tema se ha vuelto un elemento imprescindible de estudio en la rama del Derecho Penal, específicamente en el baremo de los delitos imprudentes.

Revisando a detalle la legislación ecuatoriana, se puede verificar que su determinación se encuentra establecida en el mismo tipo penal del Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional. Sin embargo, su determinación resulta inadecuada; las reglas para establecerlo, después de ser analizadas muy detenidamente, resultan ser erradas, tautológicas, e inútiles para su fin. Sin embargo, puesto que están recogidas en la ley, no hay más posibilidad que obedecerlas.

Por otro lado, la baja o nula cantidad de precedente jurisprudencial en cuanto al homicidio culposo por mala práctica médica dentro del marco jurídico ecuatoriano no ha logrado establecer de una manera satisfactoria la determinación del Deber Objetivo de Cuidado, por más que esta figura sea imprescindible al momento de responsabilizar a un profesional de la salud por el delito de homicidio culposo por mala praxis médica.

En razón de estas carencias, una vía posible para esclarecer el problema es indagar en las percepciones que tienen al respecto quienes se encuentran en el quehacer de administrar justicia en el ámbito penal.

El presente trabajo de investigación consiste en el análisis del Deber Objetivo de Cuidado, partiendo desde la doctrina y la ley, para así tener como resultado un entendimiento macro de esta figura. Posteriormente, se procederá a realizar entrevistas semiestructuradas a un número representativo de Administradores de Justicia penal de la provincia del Azuay. Estas entrevistas

girarán en torno al tema del Deber objetivo de Cuidado en el homicidio culposo por mala práctica médica, dando como resultado las percepciones técnico-jurídicas de estos Jueces acerca del tema en mención, con el objeto de determinar qué criterios se emplearían en la administración de justicia si llegase a presentarse el caso en los tribunales indagados.

Tras analizar el tema dentro de la doctrina y la ley, y obtener las percepciones de los Administradores de Justicia entrevistados, se procederá a un análisis cualitativo crítico en el que se contrastarán estos dos acápites. Esto dará como resultado varias orientaciones esenciales, necesarias para poder establecer, dentro del homicidio culposo por mala práctica médica, un estándar ajustado al marco jurídico ecuatoriano y a la actividad diaria del profesional de la salud.

CAPÍTULO I

1. EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

1.1 Antecedentes y Problemática

El Concepto de sociedad presupone el equilibrio en las relaciones que llevan las personas que la conforman, es por esto que la conducta de las mismas se encontrará limitada en un primer momento por lo que convencionalmente se cree que algo es correcto o incorrecto, bueno o malo, indebido o debido. Es aquí en donde el derecho penal hace su aparición, imponiendo una sanción a quien realice conductas que quebranten el equilibrio dentro de la sociedad, traspasen los límites convencionalmente establecidos, generando un daño de tanta gravedad que el mismo Estado considera propicio sancionarlo con una condena privativa de la libertad. Esto en base a la política criminal sustentada en la idea de que “el estado se ve forzado a aumentar su intervención para evitar que se socaven las propias condiciones del orden social” (Christie, 1989, pág. 30). Es decir, que el ser humano en sociedad es libre de actuar como lo crea conveniente, siempre y cuando no traspase, mediante estos actos, la esfera de actuación en la que se desenvuelven los demás.

No obstante, la idea de una sanción estatal de prisión privativa de libertad es muy criticable, más aún, en aquellos casos en donde el quiebre del equilibrio social es resultado de un acto involuntario que nace de la imprudencia, negligencia o impericia de una persona. La justicia penal y la política criminal en este sentido resultan ser represivas e ineficientes ya que, como explica Ciafardini (1988), los sistemas penalistas se basan en:

El fenómeno sicosocial de la ilusión penal, es decir, la creencia de que los niveles de seguridad de la sociedad están garantizados por el funcionamiento y sus sistemas penales

institucionales, lo que da lugar a su vez a la deducción de que si algún tipo de conflicto social se agudiza o generaliza, la paralela respuesta debe ser el incremento de la represión de las conductas que se tienen por causa unilateral de tales situaciones. (págs. 7-8)

Es debido a esto que nace la Teoría del Abolicionismo Penal, la corriente, por excelencia, de crítica al funcionamiento de la justicia penal y la política criminal centrada en la privación de la libertad mediante encarcelamiento.

Christie (1989) define a breves rasgos la propuesta del abolicionismo penal como:

Conjunto de ideas que tiene como intención reducir el sufrimiento, aumentar las respuestas positivas, y confiar básicamente en los seres humanos comunes. Particularmente, si se permite participar responsablemente a las personas en sistemas sociales decentes, tenderán a comportarse de la misma manera. El hombre necesita un marco social que le permita mostrar sus cualidades humanas. (pág. 139)

Por tanto, para los abolicionistas las instituciones carcelarias, la privación de libertad y el sufrimiento que se deriva de todas estas represalias, denigra y deshumaniza a las personas y acaban con su dignidad; por lo que proponen, a manera de un nuevo sistema social y de política criminal, medidas alternativas que logren una verdadera rehabilitación social del ciudadano, sin violentar los derechos humanos que lo acogen.

A todo esto, se debe señalar que, en Ecuador, la condena privativa de libertad y el sistema carcelario todavía son la respuesta estatal al problema social de la delincuencia, como en la mayoría de países de Latinoamérica. El tema del abolicionismo sigue siendo una utopía en países en vías de desarrollo. Sin embargo, en algún momento puede llegar a ser una realidad, como se puede ver en los países del norte de Europa, como Noruega y Holanda.

Basados en la política criminal que se maneja dentro del ordenamiento jurídico penal ecuatoriano, resulta lógica la idea de una sanción Estatal de prisión privativa de libertad. Generalmente, esta se da cuando hablamos de que los actos fueron realizados con intención dolosa, lo que implica que “no es solo la voluntad tendiente a la realización típica, sino también la voluntad capaz de la realización del tipo” (Welzel, 1987, pág. 95). Como resultado de esta intención, se produce una infracción voluntaria que atenta contra uno o varios bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Sin embargo, existe la posibilidad de que la conducta de una persona viole bienes jurídicamente protegidos sin tener una intención dolosa. A esto se le conoce como un delito imprudente, es decir, cuando una persona, sin tener la voluntad de realizar un daño, provoca mediante su conducta, un resquebrajamiento del equilibrio social, atentando contra un derecho penalmente protegido. Welzel (1987, pág. 187) lo define así: “actúa culposamente quien no observa el cuidado requerido en el ámbito de relación”. Es decir, la conducta se realiza sin los cuidados requeridos y además existe un ámbito de relación entre el sujeto activo y pasivo de este delito.

Se pueden establecer dos conductas penalmente relevantes con una estructura totalmente distinta, por un lado:

Aquellas que se dirigen conscientemente hacia el perjuicio representado del bien jurídico y, por el otro, aquellas que, si bien conducen a un perjuicio evitable, en virtud de una dirección final, no buscan dicho perjuicio. Al primer grupo pertenecen los delitos dolosos; y al segundo los culposos. (Maurach, 1995, pág. 125)

Y por otro lado, los delitos culposos y, en específico, su elemento base: el deber objetivo de cuidado.

El presente proyecto de investigación se centrará en el estudio del segundo grupo.

El argumento central en el que se sustenta la doctrina para explicar como infracción penal a una conducta de una persona que realizó un acto sin intención dolosa es que este acto no fue realizado con el cuidado requerido. Esto se encuentra convencionalmente establecido dentro de la sociedad y es supuestamente entendido por todos y todas; consecuentemente, se tiene como resultado un acto reprochable penalmente, ya que un bien jurídico protegido es violentado por un acto, sin apego al deber objetivo de cuidado requerido por la norma.

En consecuencia, se comprende que “el núcleo del tipo de injusto imprudente consiste, por tanto, en la divergencia entre la acción realmente realizada, y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado objetivo que era necesario observar” (Conde, 1990, pág. 68). Es así que se llega al siguiente planteamiento: la figura del deber objetivo de cuidado viene a ser el punto de referencia en la realización de la acción, no simplemente diferenciado el cómo debe ser realizada una conducta específica, sino también como punto de determinación de la imprudencia en la realización de una conducta final relevante para el derecho penal.

En ese estudio se considera que el deber objetivo de cuidado viene a ser la “piedra angular” de los delitos culposos, puesto que, debido a la estructura de los mismos, resulta imprescindible establecer un punto de referencia en la realización de la acción, siendo lo principal el desvalor de acto y posteriormente el de resultado. Como se aclaró anteriormente, la naturaleza de estos delitos obliga a que su estudio se centre en el cómo se realiza la acción en una primera instancia para posteriormente, realizar la valoraciones pertinentes e imputar el resultado a su autor.

Es debido a su naturaleza *sui generis* que los tipos imprudentes son llamados por la doctrina tipos abiertos. Esto responde a que en la estructura de los mismos “la acción típica no se encuentra determinada con precisión en la ley...en el sentido de que una característica del tipo de

injusto debe ser completada por vía judicial o doctrina” (Conde, 1990, pág. 71). En acotación a una posible violación al principio de legalidad agrega el autor que: “Ello no supone ninguna lesión al principio de legalidad ya que la propia naturaleza de las cosas impide poder describir con mayor exactitud en la ley, todos los comportamientos imprudentes que se puedan dar o realizar” (pág. 71). Al ser involuntaria la conducta que se verifica como culposa, resulta imposible tipificar conductas específicas pues estas pueden presentarse de forma distinta según las situaciones que el caso amerite.

Se puede decir entonces que es imprescindible la actuación judicial en el análisis pragmático de estos delitos. El énfasis que se debe dar al estudio del deber objetivo de cuidado, dentro del desvalor de acto, es lo que logrará completar con exactitud el comportamiento imprudente que puede llegar a derivar o no en una conducta penalmente relevante.

Es por esto que los tipos penales imprudentes o culposos tienen un tratamiento especial en los cuerpos normativos, ya que se encuentran establecidos de manera taxativa dentro de los mismos, todo esto en base al principio *numerus clausus*. Este principio explica que una acción presuntamente imprudente será penalmente relevante, siempre y cuando la misma se encuentre prevista expresamente en el tipo penal, con las puntualizaciones del caso. Es decir, que la acción imprudente no estará exactamente recogida dentro del tipo penal, sino que este será abierto al sinnúmero de posibilidades de actos imprudentes que den como resultado lo expuesto en el tipo.

1.2 El Concepto del Deber Objetivo de Cuidado en la Doctrina Penal

Dentro del desarrollo histórico de los delitos culposos, se puede verificar que el tratamiento que reciben como tipo penal es relativamente nuevo, “el delito imprudente solo era un *cuasi delictum*, más afín al derecho civil que al penal propiamente dicho” (Conde, 1990, pág. 67).

No es hasta que la revolución industrial en el siglo XIX, el crecimiento de tráfico automovilístico en el siglo XX y la vertiginosa evolución de ciencias como la medicina, que este tipo de conductas comenzaron a presentar problemas jurídicos dentro de las teorías penales, debido a que para esos momentos la doctrina penal giraba en torno al dolo como forma de culpabilidad.

El deber objetivo de cuidado, de igual manera, tuvo una aparición posterior a estos delitos. La figura obtuvo un papel protagónico a mediados del siglo anterior, en donde se comenzó a reconocer al deber objetivo de cuidado como un elemento principal sin el cual no existiría conexión entre el acto imprudente y el resultado dañoso, como lo explica Francisco Muñoz Conde (1990):

En 1930, el penalista alemán ENGISCH, destacó que entre la pura conexión causal de la acción imprudente con el resultado y la culpabilidad... había un tercer elemento importantísimo sin el cual no podía fundamentarse el tipo de injusto del delito imprudente: el deber objetivo de cuidado” (pág. 68).

Desde ese entonces han aparecido nuevas teorías que intentan explicar de una manera técnico jurídica esta figura trascendental. Desde una perspectiva general, Francisco Muñoz Conde (2010, pág. 89) define a la figura del deber objetivo de cuidado como “Aquella obligación general, abstracta y objetiva del sujeto activo de guardar las previsiones o cuidados necesarios para que no se produzcan resultados dañosos a consecuencia de sus actos”. Es importante resaltar que este autor encaja a la figura dentro del concepto de obligación y la establece como general, es decir, que debe ser acatada por todos, como cualquier mandato de ley. Se reconoce también como una figura abstracta, ya que dependerá del caso en particular para establecer los parámetros de análisis para su determinación; y objetiva, en el sentido de que la obligación es independiente respecto de subjetividades del sujeto que la realiza.

La obligación antes mencionada está unida a la idea de previsibilidad y cuidado necesario que debe guardar el sujeto activo para evitar que se produzca un daño a consecuencia de sus actos.

Por tanto, partiendo de la idea del finalismo¹, el sujeto deberá pre visualizar el posible resultado de su conducta y si este resultado puede llegar a ser lesivo; pero “con la previsibilidad objetiva sería insuficiente, porque no toda acción que objetivamente puede producir resultados lesivos es ya por eso imprudente” (Conde, 1990, pág. 72). Por lo que agrega el autor lo siguiente: “Es necesario que, además de la previsibilidad, el sujeto desatienda las reglas de cuidado que, en esos casos, exige observar” (Conde, 1990, pág. 72).

A primeras luces, se puede sugerir que la previsibilidad y el cuidado necesario son los elementos a los que engloba el deber objetivo de cuidado, pero esto sería algo apresurado.

En relación al párrafo anterior, Terragni, en su estudio *El Delito Culposo en la mala Praxis Médica* (2003), cita al doctrinario alemán Hans Welzel quien sostiene que el deber objetivo de cuidado debería ser analizado en atención a:

Un doble criterio: Intelectual, en el sentido de que todos los efectos de la acción sean previsibles para un juicio formulado genéricamente, y normativo, expresando con esto que sólo serán típicos aquellos comportamientos que creen un peligro superior al que la sociedad tolera. (pág. 97)

De esta forma es fácil compaginar el elemento intelectual con la previsibilidad, así como también el elemento normativo a las reglas de cuidado necesario exigidas socialmente.

¹ Teoría del Finalismo: La acción es considerada siempre con una finalidad determinada de actuar conscientemente en función de un resultado propuesto voluntariamente (Falconí, 2012)

En base a esta duplicidad de criterios, y en aras de profundizar en la explicación técnico jurídica de la figura en mención, Marco Antonio Terragni (2003) habla del deber de cuidado en una doble faceta: objetiva y subjetiva. Explica el autor que el deber de cuidado es objetivo, puesto que las circunstancias exigidas por la sociedad son externas a la persona, y las mismas deben ser acatadas al tenor que estas se imponen. En base a esto, “La sociedad permite que se generen ciertos riesgos para los demás, pero cuando el peligro aumenta hasta traspasar el límite de lo tolerable, lo prohíbe bajo amenaza de pena” (págs. 346-347).

Esta faceta objetiva no habla más que del riesgo permitido, uno de los puntos clave dentro de la teoría de la imputación objetiva. En palabras de Jacobs (2016), este concepto se basa en la idea general de que:

Una sociedad sin riesgos no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgos no es factible; por el contrario el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediamente tolerado como riesgo permitido. (pág. 118)

Consecuentemente, el carácter neutral del deber objetivo de cuidado parte de la sociedad, quien es la que impone los límites al riesgo que emana de su propia configuración.

En cuanto a la segunda faceta, el autor explica que el deber subjetivo de cuidado está íntimamente relacionado al incidente que deriva de la manifestación de la voluntad del sujeto activo, vinculada al hecho específico, el hecho, además, ha tenido un resultado no deseado por el autor, por lo que es preciso señalar que: “la amenaza penal es para quien no medita antes de obrar, en el alcance de sus habilidades, y por esto no comprende la situación que enfrenta” (Terragni, 2012, pág. 347). El autor deja sumamente claro, en cuanto a que la capacidad de evitabilidad del

resultado y la previsibilidad del mismo, son los componentes subjetivos esenciales a determinar en el deber objetivo de cuidado.

En este punto es necesario hacer varias aclaraciones para evitar una posible confusión dentro del concepto de previsibilidad. En un primer momento, se hizo referencia en esta investigación a la previsibilidad como un elemento objetivo del deber de cuidado, sin embargo, se explicó este concepto como un juicio razonable, en cuanto a que las consecuencias de la acción eran de previsible producción, esto se conoce como previsibilidad objetiva. En cambio, al hablar del deber subjetivo de cuidado, se identifica a la previsibilidad en la voluntad del autor. Este, al no meditar la situación, produce un resultado lesivo.

Por lo tanto, la previsibilidad será objetiva en la valoración del juicio del autor, y subjetiva como elemento de la voluntad del sujeto activo del delito.

Esta explicación del deber objetivo de cuidado, en una doble faceta, resume la disyuntiva que existe entre las teorías objetivistas y subjetivistas de esta figura, puesto que encuentra una posición ecléctica al respecto, en donde como explica Terragni (2003):

Para determinar si el individuo ha infringido o no 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. (pág. 98)

Se demuestra así que la figura está compuesta tanto por componentes objetivos, como subjetivos, lo que hace imposible que sea explicada por uno solo de estos componentes.

En conclusión, esta figura no responde a un concepto sencillo, sino que implica la convergencia tanto de elementos objetivos, como subjetivos. Estos elementos deben ser

previamente determinados y analizados para, posteriormente, demostrar que hubo una violación directa al deber objetivo de cuidado.

1.3. El Deber Objetivo de Cuidado y la Teoría de la Imputación Objetiva

En la búsqueda de un concepto claro del deber objetivo de cuidado, muchos seguidores de la teoría de la imputación objetiva han llegado a manifestar que la solución se encuentra en los criterios de atribución que engloba la misma. Es decir, que el concepto del deber objetivo de cuidado ha sido disuelto en los criterios generales de imputación propuestos. Precisamente de esto habla Roxin (1999, pág. 1000), al decir que “El elemento de la infracción al deber objetivo de cuidado no conduce más allá que los criterios generales de imputación. Es más vago que éstos y por tanto prescindible”. Por tanto, es innecesario para este doctrinario, el concepto de deber objetivo de cuidado.

Paralelamente a este criterio, se agrega que el contar con este elemento dentro del tipo culposo podría ocasionar problemas en la interpretación de la norma, ya que “produce la impresión que el delito comisivo imprudente consistiría en la omisión del cuidado debido lo que sugiere su interpretación errónea como un delito de omisión” (Roxin, 1999, pág. 1000). En consecuencia, los criterios doctrinarios de la imputación objetiva deberían reemplazar este errado concepto que lo único que logra es confundir el trabajo de determinación de la culpa.

De la misma forma, Enrique Bacigalupo (1997, pág. 246) sostiene que “Detrás del elemento de infracción al deber de cuidado se ocultan diversos elementos de la imputación que caracterizan de una manera más precisa los presupuestos de la imprudencia que aquella cláusula general”. Se entiende que esta cláusula se encuentra establecida con mayor claridad en los

componentes de la imputación objetiva, por lo que no debemos confundir lo que esta postura expresa, con que sean lo mismo. El deber objetivo de cuidado se encuentra contenido en los componentes que conforman la imputación objetiva y, a más de eso, esta teoría desarrolla de manera más precisa los elementos del delito imprudente.

El desacierto de esta afirmación en cuestión se halla en la idea de fundamentar lo injusto exclusivamente en la creación o aumento de un riesgo. La norma no prohíbe la creación o aumento de un riesgo sino la realización de conductas que infrinjan el cuidado debido...la cuestión básica del delito imprudente es la dirección descuidada de la acción...El deber de cuidado se encuentra implícito en el concepto de imprudencia, modalidad típica de realización punible expresamente consagrada en los códigos penales. En cambio, los criterios de imputación son herramientas construidas por la dogmática tendientes a vincular a una persona con una acción y ésta, a su vez, con un resultado... a diferencia de lo que ocurre con el deber de cuidado. (Abralde, 2018, págs. 14-15)

La esencia del deber de cuidado va definirse en el descuido en la realización de las acciones, mas no en el peligro que puedan acarrear estas.

Por otro lado, como afirma Sandro F. Abralde (2018):

La teoría de la imputación objetiva parte de un principio falso, de una errónea concepción de la antijuridicidad, por eso necesita de ulteriores correctivos, que son precisamente los criterios de imputación a partir de los cuales se pretende su sustitución por el cuidado debido. (pág. 15)

En base a esto nace una corriente que expresa que la teoría de la imputación objetiva es inútil dentro del ámbito de los delitos culposos, puesto que: “ella constituye únicamente una

recopilación inspirada en cláusulas generales de puntos particulares que esta condicionados por la estructura específica del delito culposo” (Abralde, 2018). Entonces, permanece obsoleta la corriente que simplemente establece criterios tautológicos², que, de por sí, ya emanan del estudio deductivo de estos delitos.

Para entender esto, es necesario recapitular la diferencia entre delitos dolosos e imprudentes; en los primeros, el límite se encuentra establecido en la acción, puesto que el fin del autor va a devenir en un resultado doloso concreto, a diferencia de los segundos en mención, puesto que aquí la acción no está dirigida a un resultado típico, aquí lo que nos incumbe es el cuidado debido con el que el sujeto realiza esta acción. “De esta manera, junto a la causalidad debe darse la contrariedad al cuidado con el resultado debido” (Donna, 2013, pág. 181).

A todo esto, Hans Joachim Hirsch (1999) añade:

Se trata aquí de necesidades que surgen de la estructura del delito imprudente. Por eso ellas son reconocidas ya, independientemente de la teoría de la imputación objetiva... de modo tal que, en la imprudencia la teoría de la imputación objetiva no brinda nada que no pueda ser deducido ya de las particularidades del delito culposo.” (pág. 60)

En base a esta corriente del estudio del delito imprudente y sus características se busca establecer los elementos que puedan ayudar a establecer el concepto de deber objetivo de cuidado.

A pesar de todo lo expuesto, existe una corriente que considera a estos conceptos desde un punto de vista simbiótico. Esto quiere decir, que a pesar de que cada uno es analizado de una forma autónoma dentro del delito imprudente, estos al mismo tiempo están relacionados el uno con el otro.

² Sería tautológico sostener que la norma prohíbe la creación de riesgos jurídicamente desaprobados (Abralde, 2018, pág. 14).

De esta manera, se considera que: “El descuido (impericia, negligencia, imprudencia...) incrementa el peligro, ingresando al ámbito de prohibición de la norma y si es ese riesgo el que se concreta en el resultado se le formulara la imputación objetiva al autor” (Terragni, 2012, pág. 353). Así, en un primer momento, el análisis que se debe realizar es el del deber objetivo de cuidado, y, posteriormente, ajustarlo a los parámetros de aplicación que establece la teoría de la imputación objetiva, siendo distinto su momento de verificación.

1.4. El Deber Objetivo de Cuidado en la Doctrina Ecuatoriana

En el desarrollo doctrinario científico dentro de nuestro país, específicamente en la rama del derecho penal, se puede denotar que la mayoría de tratadistas tienen una influencia bastante marcada por las corrientes que derivan del derecho penal alemán. Es por esto que, en el tratamiento de la figura en mención se encuentran grandes coincidencias conceptuales con las analizadas en párrafos anteriores, las mismas que ayudan a entender sistemáticamente cómo se ha llegado a abstraer el concepto de deber objetivo de cuidado dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La aparición del deber objetivo de cuidado, como tal, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, no se dio sino hasta la vigencia del Código Orgánico Integral Penal en el año 2014. No obstante, esta figura fue desarrollada por tratadistas ecuatorianos como Ernesto Alban Gómez (2004, pág. 150), quien dentro del análisis de la culpa, como elemento del tipo, sostiene que “Se sanciona a las personas porque incumplen un deber, asignado a todo individuo: el de actuar con el necesario cuidado, con la diligencia indispensable, para evitar que sus actos causen daños a las personas o a la comunidad”.

El autor, al intentar explicar el argumento de sanción por un delito culposo, se refiere al deber objetivo de cuidado cuando trata los elementos propios de la figura: cuidado necesario y diligencia indispensable.

Por otro lado, estudiosos del derecho, como Alfonso Zambrano Pasque, se centran en el concepto del Hombre Ideal para sustentar su explicación del cuidado necesario. Zambrano Pasquel (2014) expresa que:

Responderá al cuidado objetivo una conducta, si considera prudentemente los efectos de la acción planeada que sean cognoscibles en un juicio inteligente, esto es, si se amolda a la conducta que hubiera seguido un hombre inteligente en una determinada y concreta situación. (pág. 20)

Esta es una teoría muy criticada dentro de la doctrina, en base al argumento de que la comparación de conductas reales e ideales deriva en varios problemas prácticos.

El primer problema es que se idealiza un arquetipo basado en las abstracciones mentales de un persona en particular. Por tanto, como afirma Terragni (2012, pág. 350), "habrá tantos Hombres Ideales cuantas sean las mentes que los cobijan". Al ser los jueces los encargados de analizar las conductas que infringen el deber objetivo de cuidado, existe el problema de caer en subjetividades que devengan en un error judicial. El segundo es la comparación entre este arquetipo y el sujeto real, ya que se limita a las exterioridades que plantea el deber de cuidado objetivo, "pero no los del subjetivo, porque él no tiene una interioridad que le permita conocer y comprender la situación que vive, así como orientar su voluntad conforme a sus deseos" (Terragni, 2012, pág. 350). Por esto, resulta insuficiente hablar de una persona ideal que no aferre sus conductas a todas las subjetividades, pues un hombre real tiene que lidiar en su normal actuar lidia con sus subjetividades constantemente.

Para un sector de la doctrina, el planteamiento de un contraste de conductas reales e ideales no debe ser una guía para a un doctrinario, peor aún para un administrador de justicia. En su deber de determinar si la conducta está o no conforme al deber objetivo de cuidado que requiere la norma.

En base a estos postulados, a simple vista, resulta lógica la no aplicación del concepto de la persona ideal. Aun así, en contraposición a esto, Welzel plantea el concepto del hombre prudente desde una perspectiva en donde intenta mermar el conflicto entre las conducta ideales y reales, estableciendo que este contraste de actuaciones debe ser paralelo, y no basado en subjetividades de la persona que lo valora.

Es decir:

El reclamo de diligencia al agente sea en condiciones párrlelas a las que verdaderamente ocurrieron por lo que no vendría necesariamente a tratarse de un hombre idealizado, sino de condiciones similares a las del agente que actúa, por lo que la medida de prudencia será variable en función de la capacidad del sujeto. (Pasquel, 2016, pág. 103).

De esta manera, se trataría de eliminar en primera instancia el arquetipo de persona ideal como un ser perfecto, sino que se abstraerían todas las variables subjetivas por las que pasaba el sujeto real y, así, se haría una valoración paralela con este hombre prudente que, en la misma situación, pudo haber actuado de una manera similar o distinta. Sin embargo, no deja de ser del todo subjetiva esta concepción; por lo que podría, en un momento determinado, servir como un indicio, mas no como un elemento esencial en la determinación de un acto imprudente.

Es preciso señalar que en los últimos años el desarrollo doctrinario de esta figura ha tenido avances sustanciales. No podía ser de otra manera, puesto que dentro del marco de los delitos

culposos su tratamiento es imprescindible y más aún cuando el código penal que nos rige establece al deber objetivo de cuidado como un elemento normativo del tipo.

Por esta razón, existen criterios doctrinarios ecuatorianos que coinciden con las modernas corrientes del derecho penal; ajustadas, claro, a nuestro marco de aplicación legal. Se encuentra así el concepto dado por la Dra. Estefany Johana Alvear Tobar (2018), que explica:

El deber de cuidado debe definirse en base a un criterio mixto, teniendo en cuenta que debe valorarse tanto el cuidado que un hombre consciente y prudente haya tenido (deber objetivo de cuidado), como las capacidades y conocimientos del autor en concreto (deber subjetivo de cuidado). Así, en el delito imprudente se obliga al sujeto a conocer las consecuencias de su conducta... (pág. 78)

Con esto, se da a entender que el sistema jurídico ecuatoriano adopta el criterio mixto en cuanto a la determinación de la figura del deber de cuidado objetivo y subjetivo.

Por otro lado, Alfonso Zambrano Pasquel, dejando a un lado el baremo de persona ideal, realiza una definición muy acertada al basarse en elementos como el deber jurídico, así como la diligencia objetiva. Pasquel (2014) expone:

El deber de cuidado es un deber jurídico que emana del ordenamiento jurídico pero que está vinculado al interés social y a la necesidad social que imprimen un riesgo cada día mayor en el ejercicio de las actividades finales, la diligencia objetiva no exige la omisión de toda actividad peligrosala diligencia objetiva impone observar la medida socialmente adecuada del peligro de bienes jurídicos siendo esa la compleja y dura tarea que le corresponde al juez.

Este concepto condensa la necesidad social que expone el riesgo permitido como su punto de partida con el concepto de diligencia objetiva, que debe ser determinado por los jueces en base a una medida socialmente adecuada. Por lo tanto, el deber objetivo de cuidado es un deber jurídico que imprime la obligación de ser objetivamente diligente en las actuaciones sociales. Esto sin limitar el ejercicio de las mismas, sino en relación a la medida de lo socialmente adecuado.

Dentro del análisis de esta figura en el marco jurídico ecuatoriano es necesario hacer alusión tanto a las teorías del finalismo como del causalismo, puesto que, en ambas corrientes, la determinación de la culpa viene de la mano con la infracción al deber objetivo de cuidado. Sin embargo, cada corriente establece un momento diferente de la teoría del delito para la determinación correspondiente.

En la teoría del finalismo, dentro de los delitos imprudentes, el deber objetivo de cuidado tiene que ser analizado desde el desvalor de acto, por lo que deberá determinarse desde la acción imprudente; contrario a esto, el causalismo plantea la infracción al deber objetivo de cuidado como único fundamento para la determinación del juicio de reproche.

La doctrina ha llegado a establecer un punto conciliatorio entre el finalismo y el causalismo, todo esto acorde a nuestro ordenamiento jurídico penal y al tratamiento de la culpa y la violación al deber objetivo de cuidado como su fundamento. Un sector de la doctrina plantea tratar esta problemática desde un doble criterio en el que:

Se puede admitir la presencia de un doble módulo para valorar la culpa desde el plano objetivo y subjetivo, pero el módulo objetivo debe ubicarse en la acción típica para llegar al disvalor de la acción, en tanto que el módulo subjetivo será fundamento para el juicio de reproche si el autor podía actuar de una manera diferente o con la prudencia exigida en el caso en concreto. (Pasquel, 2016, pág. 100)

En congruencia con lo previamente explicado, dentro del deber objetivo de cuidado y la imputación objetiva, el análisis objetivo corresponde a la infracción del deber de cuidado como desvalor de acto en la acción imprudente; y, por otro lado, el desvalor de resultado y reproche será en base a la teoría de la imputación objetiva. Así será el tratamiento de esta figura de acuerdo la doctrina ecuatoriana.

1.5 El Deber Objetivo de Cuidado en el Código Orgánico Integral Penal

El análisis de la figura del deber objetivo de cuidado, desde la perspectiva de la doctrina ecuatoriana, facilita el acercamiento de esta a nuestro marco jurídico, puesto que logra explicar su tratamiento en base a criterios que son acordes a las leyes y a la constitución ecuatoriana. Debido a esto, se pretende complementar estos estudios doctrinarios con el análisis de las leyes que recoge el concepto de deber objetivo de cuidado.

Como se expresó en párrafos anteriores, el deber objetivo de cuidado es un concepto recientemente añadido al marco jurídico penal ecuatoriano. El 10 agosto de 2014, con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, este es establecido dentro de los delitos culposos como un elemento normativo de la estructura del tipo.

Dicho cuerpo normativo establece, en apego a la doctrina, la infracción del deber objetivo de cuidado como el fundamento de la culpa, como se puede ver a continuación en el Artículo 27.-

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

Llama la atención que en el concepto de culpa no se tomen en cuenta los elementos con los que anteriormente el Código Penal explicaba a la misma, estos son la imprudencia, la impericia, la negligencia, y la inobservancia de leyes, reglamentos u órdenes³.

A criterio personal del autor, parecería que el legislador suplantó estos elementos para proponer a la infracción del deber objetivo de cuidado como única explicación para la culpa, dejando de lado sus elementos clásicos, esto tal vez al considerar que los mismos son la especie y se encuentran contenidos en la figura genérica previamente mencionada.

Adicionalmente, se debe contemplar que, según el Art.- 27, no solamente es la violación de este elemento la que determina la culpa, sino que, a consecuencia de esta infracción, se debe obtener un desenlace que resulte en un daño específico.

Así mismo, dentro del análisis del catálogo de los delitos imprudentes⁴ que se revisa más abajo, se puede ver que no solo basta la infracción del deber de cuidado objetivo para fundamentar la lesión que prevé la norma, sino que será precisa la concurrencia del deber de cuidado subjetivo, entendido como las capacidades y conocimientos del autor en concreto.

En base a esta fórmula se puede observar la estructura de estos delitos, por lo que a continuación se expone un breve análisis de cada uno, para determinar los puntos mencionados:

³ Código Penal "Art.- 14: La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la ley, reglamentos u órdenes"(Registro Oficial No. 147, Código Penal,2011, Art.14)

⁴ En un momento dado, este tipo de delitos, me refiero a los imprudentes, puede llegar a confundirse con los delitos preterintencionales, por lo que debemos recordar que a diferencia del dolo o la culpa este es un delito sui generis que posee una naturaleza mixta:

- "Un acto doloso inicial dirigido a obtener un daño concreto.
- Un resultado excesivo, atribuible a la persona a título de culpa (infracción del deber objetivo de cuidado)." (Gómez, 2004, pág. 65)

Por esto que la infracción al deber de cuidado en este tipo de delitos será exclusivamente analizada en el resultado.

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

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

El artículo inmediato superior, dentro de su primer inciso, establece como verbo rector: matar. Pero agrega a esta conducta el adjetivo culpa, lo que no es más que la infracción al deber objetivo de cuidado que cause un resultado dañoso. Esto según el C.O.I.P. Por ende, se puede ver que el acto previsto en el verbo rector no es un acto que deriva de la voluntad del sujeto activo y que, por lo tanto, el resultado –muerte– es causado por circunstancias distintas a las previstas en un primer momento por la persona.

Continuando con el análisis del Art.- 145, en su segundo inciso, se refiere al caso de un sujeto activo calificado. Se puede verificar dentro de su estructura el elemento normativo del tipo: deber objetivo de cuidado. Sin embargo, este se encuentra concatenado a las capacidades y conocimientos que debe tener el autor, las mismas que, en este caso, responden a características esenciales específicas que lo califican como un funcionario público. Sus capacidades y conocimientos, por ende, son otorgar permisos, licencias o autorizaciones para la construcción de obras civiles, definiendo así el elemento subjetivo que viene a limitar al deber de cuidado y su posible determinación.

- Artículo 378.- Muerte provocada por negligencia de contratista o ejecutor de obra.

La persona contratista o ejecutor de una obra que por **infringir un deber objetivo**

de cuidado en la ejecución de obras en la vía pública o de construcción, ocasione un accidente de tránsito en el que resulten muertas una o más personas, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. (Énfasis agregado)

La estructura del tipo que ampara este artículo es idéntica a la previamente explicada; sin afán de caer en redundancia, se presenta aquí un sujeto activo calificado, la infracción al deber objetivo de cuidado como elemento normativo del tipo, y la limitación de esta infracción concatenada al elemento subjetivo. Por tanto, se puede inferir que, si bien los delitos culposos son tipos abiertos, el legislador intenta delimitar la acción imprudente a una situación en específico que, a pesar de aquello, no pierde esa naturaleza abstracta, pero si propone un límite a la discrecionalidad del juez.

La pregunta que nace del análisis de este artículo, y que se abordará con más detalle en lo posterior, es cuál fue la motivación del legislador para separar este delito del tipo homicidio culposo por mala práctica profesional. En ambas figuras delictivas el sujeto activo es calificado, y se caracteriza por ser un experto o profesional en un área específica. Además, en ambos casos se establece una infracción del deber objetivo de cuidado que deriva en muerte, haciéndolos exactos en su estructura típica, por lo que no existe un elemento que explique por qué el delito de muerte, provocada por negligencia de contratista o ejecutor de obra, tiene un tratamiento separado del homicidio culposo por mala práctica profesional. En principio, los delitos culposos tienen un tratamiento taxativo dentro de los cuerpos legales, porque entonces el legislador tipifica innecesariamente conductas imprudentes en delitos autónomos cuando estas pueden formar parte de otros tipos culposos que establecen conductas más abstractas.

La única diferencia entre estos delitos está en la pena privativa de libertad que establecen, siendo más grave la del tipo inmediato superior, pues señala de 3 a 5 años de prisión para el

contratista o ejecutor de obra que infrinja el deber de cuidado respectivo. No se entiende esta diferencia en la proporcionalidad de la pena, si al final el desvalor de acto y el desvalor de resultado, en ambos delitos, es el mismo: una infracción al deber objetivo de cuidado en el ejercicio de su profesión que termina en un resultado fatal. Tal vez esta diferencia podría argumentarse con la explicación de que el delito de muerte, provocada por negligencia de contratista o ejecutor de obra, podría acarrear más daños a bienes materiales y muertes de un mayor número de personas. Sin embargo, esto va depender del caso en concreto por lo que el legislador debió contemplar la opción de contemplarlo como una agravante general, en lugar de redactar un tipo penal autónomo.

1.6 Especial Análisis al Tipo: Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional

A manera de introducción al tema, es necesario establecer pautas esenciales en cuanto al tipo penal a tratar. Primero es preciso señalar que el delito de mala práctica profesional no es más que “la concreción de la responsabilidad profesional que ya está prevista en la Constitución del 2008” (Pasquel, 2014). Dentro del Art. 54, específicamente en el inciso segundo, se establece que: “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” (Constitución de la República del Ecuador, 2000).

Esto sin dejar a un lado la responsabilidad civil o administrativa que puede acarrear la mala práctica profesional, sin embargo, en este estudio no se analizarán estas últimas por no ser parte del tema central a tratar.

El que hoy en día se contemple la responsabilidad por mala práctica profesional en la Constitución y, que posteriormente se haya creado un tipo penal específico en el Código Orgánico Integral Penal, responde a la resolución dictada por la CIDH dentro del caso *Albán Cornejo y Otros*

*Vs. Ecuador*⁵. En este caso se responsabilizó, internacionalmente, al Estado ecuatoriano por la falta de investigación y sanción de los médicos responsables de la muerte de la señorita Laura Susana Albán Cornejo en el hospital Metropolitano de Quito.

Uno de los puntos centrales de esta resolución gira en torno al incumplimiento, por parte del Estado ecuatoriano, del Art.- 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este artículo establece que: "...los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades" (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2008).

El ordenamiento jurídico ecuatoriano presentaba total deficiencia en la normativa en cuanto a la mala praxis médica, puesto que no había los instrumentos legales adecuados para sancionar a los médicos que cometían actos culposos en el ejercicio de su profesión. Además, existían demasiados obstáculos para la obtención de elementos de convicción, lo que complicaba aún más este trabajo.

Es debido a todas estas deficiencias que nunca se logró responsabilizar a los médicos por la muerte de Laura Albán Cornejo, por lo que el Estado ecuatoriano acepto este punto específico de la demanda, y se allanó parcialmente en su contestación reconociendo que: "la inobservancia de su deber de adoptar disposiciones de derecho interno, contenida en el artículo 2 de la

⁵ -ANTECEDENTES DEL CASO: "Los hechos del presente caso se iniciaron el 13 de diciembre de 1987 cuando Laura Susana Albán Cornejo ingresó al Hospital Metropolitano, en Quito, Ecuador. Su hospitalización se debió a un cuadro clínico de meningitis bacteriana.

- El 17 de diciembre de 1987, Laura Albán Cornejo sufrió un fuerte dolor por lo que el médico residente le prescribió una inyección de diez miligramos de morfina. Al día siguiente, mientras permanecía bajo tratamiento médico, Laura Albán Cornejo falleció.

- Sus padres iniciaron una acción judicial para determinar la responsabilidad de la muerte de Laura Albán Cornejo. Uno de los dos médicos investigados por negligencia fue sobreseído mientras que la situación jurídica del otro médico se encontraba pendiente de resolución judicial." (<http://www.corteidh.or.cr/>, 2007)

Convención, al no incorporar un tipo penal más adecuado para sancionar a los médicos que incurrían en indebida práctica” (Albán Cornejo y otros vs Estado Ecuatoriano, 2007).

De esta manera, y aceptando su responsabilidad, el Estado expresó su voluntad:

En el sentido de revisar la legislación penal acerca de la mala praxis médica e incorporar en ella las precisiones necesarias para adecuar el régimen de la materia en forma que favorezca la debida realización de la justicia en este ámbito. (Albán Cornejo y otros vs Estado Ecuatoriano, 2007).

A pesar de ello, tuvieron que pasar siete años para que en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano existiera el tipo de homicidio culposo por mala práctica profesional. Sin embargo, este cumple poco, o nada, su tarea como instrumento normativo adecuado para la sanción de médicos, que en el ejercicio de su profesión, cometen actos de mala práctica; esto debido a deficiencias propias del tipo que se analizarán más adelante con detalle.

No se puede dejar de lado, además, el consejo de la CIDH dentro de su resolución. Lo que expresa el párrafo 136 de esta resolución debió haber sido analizado con más profundidad por el legislador ecuatoriano, ya que el Art.-146 pareciera ser todo lo contrario al numeral antes mencionado, como se puede leer a continuación:

La mala praxis médica suele ser considerada dentro de los tipos penales de lesiones u homicidio. No parece indispensable instituir tipos específicos sobre aquélla si basta con las figuras generales y existen reglas pertinentes para la consideración judicial de la gravedad del delito, las circunstancias en que éste fue cometido y la culpabilidad del agente. (Albán Cornejo y otros vs Estado Ecuatoriano, 2007)

De la misma manera se encontraba tipificado en el antiguo Código Penal ecuatoriano la muerte culposa o lesiones causadas por mala praxis médica formaban parte del delito de homicidio inintencional⁶, por lo que no era necesario la tipificación autónoma de un delito de mala praxis médica, sino la creación de normativa que desarrolle y facilite la posibilidad de responsabilizar (y no solo responsabilidad penal) al médico que cometa mala praxis en el ejercicio de su profesión.

No obstante, como se expresa en la continuación del párrafo antes citado:

Corresponde al propio Estado decidir la mejor forma de resolver, en este campo, las necesidades de la punición, puesto que no existe acuerdo vinculante acerca de la formulación del tipo, como los hay en otros casos en que los elementos esenciales de la figura penal e inclusive la precisión de tipos autónomos se hallan previstos en instrumentos internacionales, así por ejemplo, genocidio, tortura, desaparición forzada, etc. (Albán Cornejo y otros vs Estado Ecuatoriano, 2007)

Por esta razón, en respuesta a la precaria política criminal del Ecuador, se creó un tipo específico que sanciona la mala práctica profesional, en consecuencia, también la mala práctica médica, con 1 a 3 años de pena privativa de libertad; y, si existen agravantes, de 3 a 5 años, sin mencionar que el médico quedaría inhabilitado para ejercer su profesión.

A pesar de haber existido en el Código Penal un delito que responsabilizaba a las personas por sus actos de imprudencia, sean o no en la práctica profesional, este era distinto en cuanto a su estructura. Por esta razón, se podría decir que el homicidio culposo por mala práctica profesional es relativamente nuevo dentro del ordenamiento jurídico, puesto que presenta elementos, dentro

⁶ Art. 459.- 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. (Registro Oficial No. 147, Código Penal,2011, Art.459)

de su estructura, que lo diferencian de su predecesor. Este delito se encuentra conformado por cuatro incisos y cuatro numerales, los últimos derivados del cuarto inciso.

La conducta se encuentra tipificada de la siguiente manera:

- Artículo 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional. - La persona que, al infringir un deber objetivo de cuidado en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley⁷.

Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

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

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex Artis* aplicables a la profesión.

⁷ En cuanto al segundo inciso del Art.- 146, que habla sobre el proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión luego de cumplida la pena, existe un problema en cuanto a la creación del proceso al que se refiere, puesto que el mismo todavía no se ha desarrollado dentro de la legislación. Aun cuando esto quiera hacerse, ¿cómo se podría lograr un procedimiento que abarque la habilitación para todas las profesiones?; o ¿tendría que diseñarse uno específico para cada tipo de profesión?; y si es así, ¿quiénes lo desarrollarían?

No obstante, por el tema a desarrollar en este proyecto no conviene el análisis de este inciso por lo que simplemente se deja planteado este problema al lector.

3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.

4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

De acuerdo a la interpretación de la Corte Nacional de Justicia en su resolución 01-2014, el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional debe ser entendido en una dualidad de conductas.

La primera tipifica un homicidio simple que corresponde al primer inciso del Art.-146:

Art. 2.- Se entenderá que el homicidio culposo simple por mala práctica profesional, tipificado en el inciso primero del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado, conforme a su inciso final. (Registro Oficial No. 246, 2014)

La segunda conducta, concerniente al homicidio culposos calificado o agravado, correspondiente al tercer inciso del Art.- 146 debido a los elementos necesarios que se establecen dentro del inciso. Es decir, acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas:

Art. 3.- Se entenderá que el homicidio culposo calificado por mala práctica profesional, tipificado en el inciso tercero del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado; y, además, por la concurrencia de las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. (Registro Oficial No. 246, 2014)

Se condiciona de esta manera al deber objetivo de cuidado a conductas específicas, sin las cuales no existiría agravante alguna.

Tanto de la redacción del artículo como de su interpretación por parte de la Corte Nacional, se concluye que para que se dé la agravante condicional de la pena, deberán presentarse en la misma acción las tres conductas antes mencionadas; es decir, acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. De manera que si la acción que da muerte a una persona es legítima –una intervención médica–, pero esta resulta ser innecesaria y, por lo tanto, rebasa los niveles de peligrosidad aceptados socialmente, no incurrirá en la agravante por faltar uno de sus elementos. Lo que lleva a pensar si este fue un error de redacción por parte del legislador y que no supo ver la Corte Nacional, o si simplemente se pasó por alto este punto, dejando este craso error en la norma.

Por otro lado, del análisis del tercer inciso del Art.-146, en contraste con lo ya previsto en la doctrina sobre el deber objetivo de cuidado, se puede dilucidar que los actos innecesarios, peligrosos e ilegítimos, al materializarse, pasan a formar parte de la infracción al deber objetivo de cuidado. Por lo tanto, se llegaría a diferenciarlos independientemente del deber objetivo de cuidado como lo interpreta la Corte Nacional.

Además, y desde un punto de vista general, los adjetivos, “innecesario, peligroso e ilegítimo” son tan generales que pueden referirse a cualquier caso de infracción del deber de cuidado. Esto hace aún más difícil y confusa la determinación de la figura y su agravante. Por ejemplo: Un médico que realiza una apendicetomía para evitar una posible apendicitis, sabiendo que, si bien el apéndice no está causando problemas, todavía presenta inflamaciones representativas que pueden derivar en una peritonitis. De la operación resulta que el paciente fallece por un derrame interno causado por las heridas de la operación que no cicatrizaron debido a úlceras internas en el intestino grueso.

El acto, en principio, es necesario para el médico tratante debido a las inflamaciones que presenta el apéndice del paciente. Sin embargo, desde otro punto de vista, para otro grupo de

médicos este acto puede ser innecesario, pues no existe todavía apendicitis clara en el cuadro del paciente por lo que en los informes periciales se establecerá en algunos casos que sí se debía operar, y en otros que no debió existir la intervención. De igual manera, puede haber contradicción en cuanto a la peligrosidad del acto, ya que esta rebasa o no la barrera de lo aceptado socialmente. Si es una intervención quirúrgica de prevención innecesaria, lo rebasa en su totalidad, pero si en verdad era necesaria, por una inminente peritonitis, no sobrepasa la barrera de la peligrosidad aceptada, al final el médico está salvando la vida del paciente. En cuanto a la ilegitimidad del acto, sería una idéntica situación, que variaría dependiendo del apego o no a la *lex Artis*, la razón y los conocimientos del médico, circunstancias que no son ajenas al deber de cuidado.

Como se puede ver, si se verifica cualquiera de estos elementos, se verifica, en consecuencia, la infracción del deber objetivo de cuidado y viceversa. Es un error establecer una agravante constitutiva de un delito en este tipo de conductas abstractas, y, aún peor, cuando la redacción del tipo condiciona a que se presenten los tres elementos dentro de la misma acción.

Continuando con el análisis del tipo, procede el estudio del cuarto y último inciso. En este se encuentran, según la legislación ecuatoriana, las reglas para determinar cuándo se presenta la infracción al deber objetivo de cuidado.

Pero antes de entrar al análisis de cada una de estas reglas, es necesario realizar la siguiente reflexión. Dentro del tipo penal de lesiones, se puede ver que el legislador señala que: “Para la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado se considerará lo previsto en el artículo 146” (Registro Oficial Nro. 180, 2014).

Por tanto, se entiende que estas reglas son generales para todos los delitos imprudentes existentes dentro el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano, mas no únicamente para el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, ya que la figura del deber objetivo de cuidado es

un elemento normativo de todos los tipos culposos que prevé la normativa penal. Así también, si se revisa el inciso cuarto del Art.-146, se puede observar, de igual manera, que la norma es general. A pesar de que estas reglas estén inmersas dentro de un tipo penal específico, el apartado cuarto señala que “Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado_deberá concurrir lo siguiente...” (Registro Oficial Nro. 180, 2014.).

Está claro que el artículo habla de la determinación de la figura en su generalidad. No en una interpretación extensiva de la norma, ni mucho menos. Con lo expuesto previamente, se verifica que estas reglas vendrían a ser de aplicación general en todos aquellos delitos cuya estructura contenga la infracción al deber objetivo de cuidado como elemento objetivo del tipo. Esto, como se verá posteriormente, presenta varios problemas, pues algunas de las reglas contempladas en el cuarto inciso del Art.- 146 no son aplicables a cualquier tipo culposo, sino particularmente a la infracción del deber objetivo de cuidado en la mala práctica profesional.

Hubiese sido más conveniente prescindir de reglas taxativas objetivadas en la ley y dejar que los jueces analicen la infracción del deber objetivo de cuidado según la doctrina y el caso en específico.

Sin dejar de lado lo explicado previamente, se procede a retomar el análisis del tipo con las cuatro reglas que se proponen para la determinación de la infracción previamente mencionada:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.

Esta regla se refiere a la inadmisibilidad de lo que la doctrina llama responsabilidad objetiva, la misma que podría explicarse, en pocas palabras, como: “La responsabilidad por la mera causación de un resultado” (Calello, 2010). Es decir, que si se verifica la materialidad del

resultado, no importa el desarrollo de la acción, pues simplemente la persona que violentó el bien jurídico sería culpable del delito.

A pesar de que la regla parezca lógica en un primer momento, si se procede a un análisis más profundo, se puede evidenciar que esta resulta aplicable a todo el aparataje jurídico penal, ya que simplemente responde a un principio general, que no está particularmente vinculado al deber objetivo de cuidado. Resulta, entonces, ineficaz como una regla para su determinación.

Por esta razón, la primera regla no puede ser interpretada aisladamente, sino que encuentra su complemento en el numeral tercero del mismo acápite, el cual expresa:

3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.

Así, la regla tercera complementa con la explicación de que la producción del resultado (se añade la palabra dañoso) debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado. En otras palabras, debe existir un nexo causal directo entre la violación al deber objetivo de cuidado y el resultado dañoso, lo que es entendible puesto que según Conde (1990):

En los delitos imprudentes de resultado lesivo, debe mediar entre la acción imprudente y el resultado lesivo, una relación de causalidad, es decir, debe darse una conexión que permita imputar ya en el plano objetivo ese resultado concreto que ha producido al autor de la acción imprudente realizada. (pág. 74)

Por esto, se agrega que las circunstancias independientes o conexas, no son de relevancia en esta relación de causalidad.

Entendemos que este tipo de circunstancias se lograrán determinar al momento de analizar el caso en específico. Empero, existe duda en las llamadas circunstancias conexas, pues la palabra

“conexo” es definida de la siguiente manera: “adj. Dicho de una cosa: Que está enlazada o relacionada con otra.”, o también, “adj. Der. Dicho de varios delitos: Que por su relación deben ser objeto de un mismo proceso” (Diccionario de la Real Academia de la Lengua, 2002).

Por lo tanto, según esta definición, se debería entender que las circunstancias conexas son aquellas que tienen relación o están enlazadas a la infracción del deber objetivo de cuidado. Sin embargo, esto sería todo lo contrario a lo que reza la norma, ya que, de ser entendidas de esta manera, las circunstancias conexas serían un factor clave en la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado.

Esta manera de entender las circunstancias conexas no parece ser la correcta, puesto que presenta un dilema entre la intención de la regla y la definición general de la palabra conexo; por lo que del análisis de la norma se desprende que las circunstancias conexas deben ser entendidas como aquellas circunstancias concomitantes, ajenas a la infracción deber objetivo de cuidado. Es decir, que son eventualidades que se producen de forma simultánea, pero no tienen relación causal frente a la infracción del deber objetivo de cuidado. Por ejemplo:

Debido a los problemas respiratorios agudos que presenta el paciente, José debe efectuarle una traqueotomía. Al intervenirlo se encuentra con que la tráquea no presenta una estructura normal por traqueomalacia⁸. Ello impide hallar la manera de recuperar una ventilación estable. Las dificultades se agudizan y el paciente muere a los pocos días. (Terragni, 2003, pág. 24)

Si la circunstancia conexas es entendida erróneamente como aquel hecho que guarda directa relación con el deber objetivo de cuidado, en este caso, podría responsabilizarse penalmente al

⁸ Reblandecimiento de los cartílagos traqueales. (Terragni, 2003, pág. 24)

médico por una condición preexistente del paciente, imposible de conocer de antemano, por lo que las circunstancias conexas, para ser más precisos, demuestran que el resultado fatal no fue por una infracción al deber de cuidado, sino por eventualidades concomitantes ajenas al mismo.

Continuando con el análisis de los cuatro numerales que integran el cuarto inciso del Art.-146, se concluye que las dos últimas reglas estudiadas son generales para determinar la infracción del deber objetivo de cuidado en todos los delitos culposos. Sin embargo, en cuanto a las dos reglas restantes, existe la interrogante de que si hablan de inobservancia a la *Lex Artis* y reglas técnicas, o del grado de formación profesional, se debería entender que solamente responden a un tipo específico que es el homicidio culposo por mala práctica profesional.

Esto obliga a que se analice cada una de estas reglas de manera aislada, en el sentido de que variarán los elementos para la determinación de la infracción del deber de cuidado de acuerdo con los hechos y el tipo penal correspondiente.

Sin perjuicio de lo señalado, la segunda regla señala que se incurre en infracción del deber objetivo de cuidado cuando exista:

2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex Artis* aplicables a la profesión.

Las conductas del ser humano en sociedad se encuentran limitadas, en un primer momento, por principios naturales de convivencia; posteriormente, estas son objetivadas en leyes materiales, reglamentos, manuales etcétera, los cuales gozan de la presunción de ser conocidos por todos y todas, con el único fin de conservar una existencia pacífica entre los humanos. Lo mismo sucede con las prácticas profesionales, la *lex Artis* y reglas técnicas que responden a todos estos límites y parámetros que un experto debe prever en el ejercicio de su profesión, con el único fin de lograr

un trabajo que resulte acorde a lo social y científicamente esperado. Por estas razones, no hay duda de que si se omite alguno de estos preceptos, se presenta una contundente infracción al deber objetivo de cuidado. No obstante, a pesar de aquello, puede existir la mentada infracción sin que exista una inobservancia de leyes, ordenanzas, *lex Artis*, etc. Por ejemplo:

- El neurocirujano que causa una muerte cerebral a un paciente debido a que, en medio de la operación, realizó un mal movimiento de bisturí y cortó tejido cerebral de gran importancia. Cabe recalcar que siguió el procedimiento adecuado que manda la *lex Artis* y las reglas técnicas, pero su impericia en el manejo de la herramienta medica desemboca en la infracción al deber de cuidado y, por tanto, en la muerte del paciente.

Aquí se presenta un caso de culpa por asunción. Como Aclara José Ángel Cruz (2002):

Quando el sujeto incapaz para cumplir la función que se le ha encomendado con el cuidado necesario para salvaguardar la integridad de los bienes jurídicos, debe observar un deber objetivo de cuidado consistente en abstenerse de aceptar el encargo para cuyo cumplimiento no está capacitado. (pág. 117)

La acción que infringe el deber objetivo de cuidado no consiste en una violación a reglas técnicas o de *lex Artis*, sino en la aceptación voluntaria de realizar una conducta para la cual el galeno no se encuentra capacitado.

Debido a que la regla resulta ser incompatible con la universalidad de los casos, no comprende el alcance práctico que exige la determinación del deber objetivo de cuidado. Entonces, se adhiere un numeral cuarto en donde el legislador explica que el análisis de esta figura dependerá del caso en concreto y se deberán contemplar elementos que la doctrina califica como esenciales para la mentada figura.

El mandato de la regla cuarta es el siguiente:

4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

La diligencia debida no es más que la exigencia socialmente aceptada de que una persona cuente con las capacidades o facultades necesarias para la realización de la conducta en específico.

Por lo tanto,

La infracción de una diligencia o cuidado debe tener una naturaleza objetiva y general. Esto supone que se impone a todos los ciudadanos en esta situación una diligencia atribuible a todo sujeto inteligente y cuidadoso, conforme con las formas del hombre medio ideal. (Cruz, 2002, pág. 111)

En el caso de la actuación profesional, ya no se hablaría del arquetipo de la persona promedio, sino, para ser más precisos, sería el caso del Buen Profesional.

Por consiguiente, se entiende que el “grado de formación profesional”, del cual se habla en la regla cuarta, se encuentra íntimamente relacionado al concepto de la diligencia debida, puesto que si hablamos de las capacidades necesarias para el ejercicio de la práctica profesional, como elementos de un concepto objetivo de diligencia, serán estas determinadas en base al grado de formación profesional que el sujeto activo presente.

Por otro lado, el grado de formación profesional tendría que tenerse en cuenta para discernir si el sujeto activo, conociendo su propia formación, realizó el conjunto de acciones excediendo sus límites y, por lo tanto, estas resultaron en la infracción al deber objetivo de cuidado que causó la muerte de la persona. Por ejemplo, el enfermero que decide recetar, o el médico clínico que decide operar.

En cuanto a la previsibilidad y evitabilidad del hecho, bastante se ha hablado en el análisis doctrinario del deber objetivo de cuidado. Sin embargo, parece conveniente agregar que estos dos conceptos cumplen una condición *sine qua non*. Es decir, como menciona Fernando Córdova en su estudio *Dolo y evitabilidad individual* (2011, pág. 220), “La evitabilidad requiere previsibilidad...sólo se puede evitar aquello que se puede prever...Lo imprevisible es inevitable”. Su análisis, en el caso en concreto, dependerá de un entendimiento sistemático de ambas; es decir, si no están presentes estas dos figuras en el desarrollo de la conducta, se trataría, entonces, de hechos fortuitos que excluyen la responsabilidad penal en general.

Con respecto a las condiciones objetivas enunciadas en la regla cuarta, no se reconoce a qué condiciones pretende referirse el legislador. Lo que sí se puede asegurar es que no son aquellas que la doctrina trata como condiciones objetivas de procedibilidad,⁹ o prejudicialidad¹⁰.

A criterio del autor del presente trabajo, las reglas expuestas en el inciso cuarto del Art.-146.- no logran solventar el problema de determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado; en todo caso, como puede observarse en el análisis, cada uno de los numerales presenta un problema específico. Esto, potencialmente, podría derivar en inseguridad jurídica, sobre todo en las labores de valoración encargadas a los administradores de justicia.

Además de aquello, para descifrar el tema que concierne a este estudio, es preciso enfocar un punto específico: La Mala Praxis Médica. Este tema es crítico. Como afirma Terragni (2003):

⁹ Las llamadas condiciones de procedibilidad son circunstancias ajenas a lo injusto culpable de las cuales depende la celebración de un proceso penal. (Carvalho, 2005, pág. 10:2)

¹⁰ “no siempre la acción penal puede constituirse libremente y seguir de la misma manera su ulterior desarrollo. Hay veces en las que el cumplimiento previo de ciertas condiciones o la aparición de proposiciones que deben ser también resueltas previamente obstaculizan ya sea la iniciación, ya el desenvolvimiento mismo del proceso. Es lo que se conoce con el nombre genérico de prejudicialidad”. (Andrade, 2018)

Los delitos en los que puede estar incurso un profesional del arte de curar son, por lo general, los de homicidio y de lesiones culposos. Los bienes jurídicos protegidos por la ley penal a través de las figuras que los contemplan, son la vida, la integridad psíquica y corporal y en general la salud del sujeto afectado. (pág. 16)

Es por esto que, a su vez de tutelar la seguridad jurídica y los bienes jurídicos previamente mencionados, será necesario, además, analizar la figura del deber objetivo de cuidado desde la perspectiva específica de la mala práctica médica.

1.7 El Deber Objetivo de Cuidado en la Mala Práctica Médica

1.7.1 La Actuación Médica

El desarrollo legítimo de la actuación médica encuentra respaldo en la idea de que esta es imprescindible en la conservación y supervivencia de la raza humana. Es por esto que el derecho ampara, en un principio, la injerencia de un tercero en la integridad física o psicológica de una persona. Este hecho, sin duda, puede ser relevante penalmente si no es acompañado del consentimiento del paciente y la correcta preparación profesional. De lo contrario, termina por ser una actividad amparada por la ley, al servicio de la comunidad.

Según Albin Eser (1983), la jurisprudencia alemana encuentra una causa de justificación para las actividades propias de esta profesión en el consentimiento del paciente. El autor explica que toda injerencia en la integridad corporal de una persona es una lesión típica, entran dentro de estas, las lesiones terapéuticas causadas por el médico. Por consiguiente, el acto médico sería típico. Sin embargo, no llegaría a ser antijurídico porque existe una causa de justificación de ejercicio legítimo de un oficio.

Esta teoría tiene algunas falencias, puesto que en casos extremos en donde sea necesaria una acción urgente del médico y este no tenga el consentimiento del paciente (por ejemplo una situación de inconciencia por ingesta de alcohol), la lesión que cause, por más que salve la vida del enfermo, sería típica y antijurídica. De acuerdo a la legislación ecuatoriana y a la doctrina latinoamericana:

Los actos médicos, realizados con el acuerdo del interesado y observando el deber de cuidado, no son típicos... no requieren la concurrencia de causa de justificación alguna, salvo casos de estado de necesidad que se rigen por las disposiciones que amparan a cualquier persona, sea o no médico. (Terragni, 2003, pág. 29)

La legitimidad del actuar del profesional de la salud está más que justificada dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por lo tanto, el acto médico es, en principio, irrelevante para el derecho penal. No obstante, puede desembocar en un acto típico si se lo realiza de tal manera que, de la conducta del médico, se logre determinar que existió una infracción al deber de cuidado.

El día a día de un profesional de la salud presupone la realización de actividades dirigidas al cuidado integral de la salud de los seres humanos, por lo que los médicos y sus auxiliares son los primeros garantes de bienes jurídicos tutelados, tales como la vida y la integridad física de las personas. La premisa siempre debe partir de la idea de que ningún profesional de la salud ejerce conductas voluntarias dirigidas a damnificar ningún bien jurídico protegido, sino todo lo contrario.

“La profesión médica está al servicio del ser humano y de la sociedad. Respetar la vida humana, la dignidad de la persona y el cuidado de la salud del individuo y de la comunidad son los deberes primordiales del médico” (Código De Deontología Médica, 2017).

En base a estos principios rectores, los galenos realizan su actividad profesional, nombrada por la doctrina como acto médico. El mismo se define como:

Toda actividad lícita, desarrollada por un profesional médico, legítimamente capacitado, sea en su aspecto asistencial, docente, investigador, pericial u otros, orientado a la curación de una enfermedad, al alivio de un padecimiento o a la promoción integral de la salud. Se incluyen actos diagnósticos, terapéuticos o de alivio del sufrimiento, así como la preservación y promoción de la salud, por medios directos e indirectos. (Código De Deontología Médica, 2017)

Es debido a esto que entendemos que los actos médicos no se limitan simplemente al control y cura de enfermedades, sino que esta profesión involucra la tutela y promoción integral de la salud del paciente. Esto incluye, además de lo mencionado, actos de diagnóstico, terapias de rehabilitación, procesos de alivio de sufrimiento, acciones preventivas y promotoras de salud, entre otras.

Se debe tener en cuenta que el deber objetivo de cuidado va a estar inmerso en todas y cada una de las conductas que conforman la actuación médica. Entonces, para la determinación de su correspondiente infracción, será imprescindible el estudio de los deberes generales que el galeno debe observar en el ejercicio diario de su profesión.

1.7.2 Deberes Generales del Médico

Los profesionales de la salud están sujetos a grandes responsabilidades por el solo hecho de pertenecer al grupo de personas con la preparación técnica y científica dirigida a precautelar ciertos bienes jurídicos de mayúscula importancia, como la vida y la integridad física o psicológica. Es debido a esto que, en el ejercicio de su profesión, los médicos deberán tener en

cuenta ciertas obligaciones generales que servirán de guía para un correcto desenvolvimiento en sus actividades profesionales y, consecuentemente, una protección efectiva de los bienes jurídicos mencionados.

Al fin y al cabo, la salud es un servicio público, por lo que corresponde exigir al médico:

La observancia de los principios y técnicas de su disciplina y el mayor celo profesional en la atención del enfermo. Se trata de la razonable diligencia que es dable requerir a todo ser humano a quien se le confían delicados intereses de terceros, tal vez los más preciados, como son la salud y la vida. (Sanchez, 1998, pág. 226)

Por consiguiente, cabe mencionar cuáles son los deberes más importantes en el actuar de un médico, anticipando que este estudio solamente refiere aquellos que tengan una relevancia directa para la figura del deber objetivo de cuidado, pues existen algunas obligaciones médicas que no tienen cabida dentro de esta investigación, por ejemplo, el secreto profesional que tiene que guardar el médico. A continuación se mencionan los más importantes.

El diagnóstico: El acto de diagnóstico es sistemáticamente la primera obligación con la que cumple el galeno en el ejercicio de su profesión. De acuerdo con el cuadro clínico que presenta el paciente, se procederá a realizar un examen integral de mismo. Es decir, un análisis tanto de su estado físico como anímico, para así poder determinar las posibles causas de su malestar.

“La importancia de las conclusiones diagnósticas, así como de la prognosis¹¹, es innegable, pues se trata, nada más ni más menos, que de la base que sustentará el tratamiento terapéutico” (Terragni, 2003, pág. 110).

¹¹ Prognosis: En el ámbito de la medicina, la prognosis es la hipótesis del profesional respecto al desarrollo de una enfermedad. (Merino, 2015).

Esto resulta obvio, pues sin un conocimiento cabal de la sintomatología del paciente, mal podría un médico formar un juicio de diagnóstico correcto.

Además de todo esto, el diagnóstico no debe ser simplemente correcto, sino también oportuno en su elaboración. De este dependerá el correcto tratamiento de la enfermedad y, por ende, la tutela de la vida de la persona delicada de salud.

Hay que tener en cuenta que en la mayoría de los casos no será sencilla la formulación correcta de un diagnóstico. Los mismos síntomas pueden ser causa de varias enfermedades. Además, pueden presentarse cuadros distintos de acuerdo con el paciente, lo que obligará al médico a basarse en procedimientos distintos para reconocer la enfermedad específica.

Es por esto que “debe tenerse en cuenta que lo que en su caso representa violación del deber de cuidado, es un comportamiento inadecuado, y no la infalibilidad, que es inexigible” (Terragni, 2003, pág. 123). Al fin y al cabo, el diagnóstico perfecto de buenas a primeras es algo impensable. Empero, lo que sí se considera un error cuestionable es la equivocación grosera y sin fundamentos que termina siendo notable de acuerdo a las circunstancias; a esto la doctrina llama imprudencia temeraria. Se entiende como imprudencia temeraria a “una lesión especialmente burda y evidente de elementales deberes de cuidado... actúa con imprudencia temeraria quien actúa de forma burdamente culposa” (Maurach, 1995, pág. 129).

Deber de brindar tratamiento adecuado: Una vez que se ha determinado la causa del mal estar de la persona, el médico puede proceder con las acciones indispensables para mejorar la salud de la misma. Según Hernando Torres Corredor, (2003, pág. 631), tratamiento se refiere a: “Todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a modificar, a aminorar o hacer desaparecer los efectos inmediatos o mediatos de la enfermedad, que alteran el normal funcionamiento laboral, familiar, individual y social del individuo”.

De tal modo que el segundo paso en el actuar médico será el tratamiento que se brinde al paciente.

Del concepto mencionado, se puede ver que existen tanta cantidad de tratamientos como teorías e investigaciones hay para cada tipo de enfermedad, puesto que los procedimientos y modos de intervención varían de acuerdo con el conocimiento del galeno. Esto acarrea varios cursos de acción posibles en el actuar médico.

Frente a esta problemática, Mishel Carolina Paz Barba (2015), en su estudio sobre la responsabilidad penal del médico en la mala práctica profesional, manifiesta que:

Todo tratamiento debe reunir ciertos requisitos: 1) Haber sido autorizado y/o admitido por la autoridad sanitaria y/o las instituciones científicas reconocidas, en su caso; 2) Ser adecuado al enfermo y a la enfermedad; 3) Tener entidad tal que la respuesta esperada sea correlativa del estado del paciente y ordenarse conforme con dicho estado. (págs. 39-40)

Al ser reconocido el tratamiento por las autoridades administrativas y científicas competentes, se puede entender que, además, de ser un procedimiento aceptado y homologado, se tiene la certeza de que este será el adecuado para curar al paciente. Consecuentemente, se obtendrá la respuesta esperada al estado del paciente.

La aplicación de la pericia: En párrafos anteriores se mencionó que los médicos son personas capacitadas técnica y científicamente para brindar un servicio de salud. Por esta razón, tienen la obligación de poner en práctica sus conocimientos, sus experiencias y sus destrezas, de tal manera que su actuar dé como resultado consecuencias no punibles, para que, incluso cuando exista un resultado fatal, no pueda sostenerse la idea de que el médico no actuó diligentemente frente a las circunstancias.

Por lo tanto, como explica Terragni (2003, pág. 110), “así como cualquier persona está obligada a actuar diligente, el medico tiene un deber individualizado: el de aplicar su pericia, las reglas del arte profesional, a la curación”.

Para que sea viable un actuar diligente del galeno, este deberá estar al día en los estudios vanguardistas que propone el campo de la medicina; la actualización de conocimientos es una tarea de todos los días, por varias razones, como expone el autor: “Por los cambios terapéuticos que continuamente se van introduciendo, por los resultados de la investigación pura (que el médico debe poner a conocimiento del paciente) es necesario que estudie permanentemente” (Terragni, 2003, pág. 112). Es claro que si un médico, por no haber actualizado sus conocimientos, aplica teorías caducas en el tratamiento de un paciente, y este termina por fallecer; entonces, se presenta una infracción al deber objetivo de cuidado.

Deber de analizar su capacidad: Es responsabilidad del médico, realizar un auto examen de sus conocimientos y habilidades, para así poder plantearse sus propios límites frente a hechos o circunstancias que pueden llegar a ser incontrolables para él mismo. El que un médico conozca sus límites frente a determinada situación, orientará sus decisiones de manera correcta, como acudir al auxilio de un colega con más preparación, o realizar el acompañamiento del diagnóstico con exámenes científicos microscópicos. En fin, cualquier apoyo que sea conveniente para ayudar a llenar ese vacío que, de no ser colmado, podría derivar en un resultado fatídico.

Debido a esto, el profesional de la salud no puede caer en la vanidad irracional de creer que sabe todo y que puede con todo. Como afirma Terragni (2003, pág. 112), si de esa actitud “se desencadenase un resultado infausto, no habría obrado cuidadosamente. La culpa consiste entre otras posibilidades, en hacer más de lo que se debe: imprudencia. O en no tomar las precauciones indispensables: negligencia”.

Deber de derivar al paciente:

Terragni (2003) menciona lo que el Código Internacional de Ética dice sobre este apartado:

El Código Internacional de Ética Médica, aprobado por la Asociación Médica Mundial en su tercera asamblea reunida en Londres en 1949, dispone “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. (pág. 120)

Por consiguiente, la idea se sustenta en cuanto a la búsqueda del beneficio del enfermo. Esto obliga al médico, que está frente a una crisis por su incapacidad profesional, a que encamine a su paciente a las manos correctas, que estén en condiciones óptimas para enfrentar las vicisitudes circunstanciales. No obstante, el solo hecho de que exista un acto de derivación, acarrea una posible infracción al deber objetivo de cuidado, ya que el médico que deriva el caso es quien garantiza al paciente que el profesional que ha escogido para su tratamiento es el acertado. En consecuencia, aclara el autor:

Si se deriva un paciente a un colega notoriamente incapaz y que por esa impericia provoca un resultado infausto, podría llegar a ser sujeto de imputación objetiva, pues habría violado la norma que prohíbe realizar una conducta que incrementa el riesgo permitido. (Terragni, 2003, pág. 121)

Claro que esto dependerá del caso en concreto y del dominio que tuvo el médico en la delegación del trabajo.

Deber de Informar: La relación médico-paciente se basa en la confianza que deposita uno sobre otro. El médico está, por lo tanto, en una posición que le obliga a esclarecer a su paciente

toda la información de la que disponga sobre su enfermedad o dolencia, siempre encuadrado en el marco de la verdad. Este tipo de explicaciones deberán ser claras y específicas, sin dejar de un lado la humanidad y tacto con el que el médico deberá sobrellevar el asunto ya que, como dice Terragni (2003, pág. 115), “muchas de las decisiones judiciales se adoptan teniendo en cuenta si el médico atendió a estos dictados de la bondad o si, por el contrario, lo guiaron móviles egoístas”. Al final, lo que se busca es que la relación goce de un equilibrio tal que, ni el médico pueda prevalecer sobre la voluntad del paciente, ni que el paciente busque de manera arbitraria socavar el criterio del médico.

El médico cumple con su deber al despejar todas aquellas dudas que plantee en su momento el paciente, además de formular las indicaciones que se deberán seguir para una favorable y oportuna recuperación del mismo. “En el caso de que el paciente, suficientemente entrenado y en condiciones de decidir libremente, opte por no seguir las indicaciones del profesional este no incurrirá por responsabilidad por omisión” (Terragni, 2012, pág. 116), debido a que estos actos nacen de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, él es responsable de los mismos.

Otro sería el problema si, debido a la incorrecta o nula información que da el médico, el paciente, viciado en su autodeterminación y procurando solucionar su problema, realiza actos para mejorar su salud, los cuales resulten desfavorables y terminen en desgracia. Acerca de esto, la doctrina considera que “la actitud de no advertir al paciente acerca de que existen diversos métodos para tratar su dolencia puede ser considerada una conducta imprudente. Y ella por supuesto es la que incrementa el riesgo al que está expuesto el bien jurídico” (Barreiro, 1995, pág. 92).

Se debe prever, además, que desde la perspectiva del paciente, el deber de informar se torna en un derecho: tener acceso oportuno a la información que se desprende de su patología. Sin embargo, será el médico finalmente quien decida qué información otorgará al paciente, puesto

que “a veces esta no debe ser excesiva, ni algunas revelaciones darse a destiempo, pues pueden provocar efectos adversos” (Terragni, 2003, pág. 118). Recae así toda la responsabilidad en el profesional de la salud.

El Consentimiento Informado: Como lo deja claro la Comisión de bioética (2015), el consentimiento informado es:

El documento mediante el cual el personal de salud le informa al paciente competente, en calidad y en cantidad suficientes, sobre la naturaleza de la enfermedad y del procedimiento diagnóstico o terapéutico que se propone utilizar, los riesgos y beneficios que éste conlleva y las posibles alternativas. (www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx)

Una vez que el paciente ha tenido acceso a este documento y tiene pleno conocimiento de los actos que se van practicar, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, este procede a aceptar o negar el procedimiento planteado por el médico, legitimando así las posteriores acciones del galeno.

Este documento, por tanto, va a ser el que limite la discrecionalidad de las actuaciones del médico, puesto que tendrá que seguir con exactitud todos aquellos pasos del proceso que fueron explicados previamente. En caso de que el médico se extralimitara en sus acciones, el juez, basado en este documento podrá determinar su responsabilidad por mala práctica en el ejercicio de su profesión.

Por otro lado, este documento cumple como un resguardo para el profesional de la salud. Con este, se logrará probar al menos tres cosas. En primer lugar, si cumplió con el deber de informar; en segundo lugar, si fue habilitado por el mismo paciente para que realice todas aquellas acciones que fueron establecidas previamente en el documento; y, por último, en el caso de un

resultado fatídico en el que se compruebe que los actos del médico fueron acordes a lo establecido en el documento, podría ser una eximente de responsabilidad penal para el personal médico que intervino en este proceso.

En concreto, debemos tener en cuenta que existe un sinnúmero de obligaciones que nacen de la actividad médica, por consiguiente, sería imposible analizar cada una de ellas, ya que dependiendo de las circunstancias emanarán distintas cargas para el profesional. Adicionalmente no es esa la meta del presente proyecto. El análisis se centra específicamente en los deberes antes mencionados, pues de la doctrina se desprende que los mismos son esenciales en la determinación del deber objetivo de cuidado y el delito imprudente por mala práctica médica, como pudimos observar.

1.8 El Especial Tratamiento de la *Lex Artis*

Tanto en los elementos de la culpa, como en las reglas para la determinación del deber objetivo de cuidado, se establece la conducta de inobservancia a leyes, reglamentos, *lex Artis*, reglas técnicas, etcétera. Sobre todo en la mala praxis médica, se destaca la inobservancia de la *lex Artis* como elemento determinante de infracción al deber objetivo de cuidado, por ende, la posible imputación de un delito por homicidio culposo o lesiones.

Esto último responde a que la actuación médica está ceñida a un conjunto de reglas meta-legales que marcan el correcto actuar del galeno. Se dice “meta-legales” pues no se encuentran previstas en la legislación. Por lo tanto, no son susceptibles de coerción sobre los profesionales de la salud, como si lo es el COIP, por ejemplo.

Por consiguiente, se debe entender a la *lex Artis* como:

El estricto acatamiento de las disposiciones técnicas y científicas de la ciencia médica de la cual forman parte los protocolos, guías de manejo, literatura científica y reglamentación expedida sobre la materia...será esta la que nos permita averiguar si en determinada actuación un médico incurrió en una mala práctica, es decir, en una falta que lo haga incurrir en responsabilidad. (Moreno, 2008, págs. 16-17-19)

El profesor Carlos Mario Molina Arrubla (1998, pág. 203) explica que esta figura “puede definirse como la serie de reglas que determinan el correcto modo de conducta profesional del médico frente a la corporeidad de su paciente”. De acuerdo con los últimos avances de la ciencia médica de ambos conceptos podemos verificar que la *lex Artis* comprende un conjunto de disposiciones tanto técnicas como científicas. Por un lado, conforman los protocolos y guías de manejo médico, y por otro lado, forman parte de la literatura científica y reglamentos que regulan la actuación médica. Además, estas reglas son cambiantes y están a la par de los últimos avances médicos. Por último, la inobservancia de la misma, será la clave para responsabilizar por mala práctica al médico.

La *lex Artis*, además, goza de un carácter consuetudinario¹², y esto va de la mano con la idea de que estas reglas siempre serán meta-legales. Se debe entender, en primer lugar, que estas emanen de comportamientos y circunstancias específicas que han sentado precedente en la actuación médica. De manera que como expresa Giovanny Valencia Pinzón (2001):

No cabe la aplicación de la *lex artis* a situaciones no estudiadas, no conocidas o imprevistas en la ciencia médica, sino todo lo contrario, pues una condición de la *lex artis* es que

¹² Consuetudinario, procedente del vocablo latino *consuetudinarius*, es un adjetivo que califica a aquello que es tradicional, frecuente o rutinario. Lo consuetudinario, por lo tanto, se vincula a lo acostumbrado. (Gardey, 2018)

cualquier médico actuaría de igual forma cuando se dieran las mismas condiciones. (pág. 24)

Por tanto, mal se podría comparar la actuación de un médico rural que no posee los medios necesarios con la de un especialista que trabaja en una clínica privada, en donde tiene todas las herramientas y tecnología a la mano.

Es por esto por lo que la observancia de la *lex artis* se evaluará de acuerdo con el grado de semejanza de los hechos específicos de cada caso, siempre teniendo en cuenta que pueden existir ciertas desviaciones, pues no siempre se presentarán exactamente las mismas circunstancias en ambos casos. Estos, aunque son muy semejantes, variarán de acuerdo a la situación específica. Lo que va a importar al final es que el médico realice sus acciones libremente, pero apegado siempre a la lógica y prudencia que amerite la ocasión.

Ahora bien, como fundamento para la valoración de la *lex artis*, es preciso señalar que esta se realizará indiscutiblemente por peritajes, puesto que: “El juez ha de valerse de quienes tengan conocimientos técnicos y científicos sobre el particular para establecer si el médico actuó bien o no de conformidad, es decir, si faltó o no al deber objetivo de cuidado” (Pinzón, 2001, pág. 23). Esto es totalmente concordante a lo que el COIP establece en su Art 511, inciso segundo:

“Para los casos de mala práctica profesional la o el fiscal solicitará una terna de profesionales con la especialidad correspondiente al organismo rector de la materia.” (Registro Oficial Nro. 180, Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Esto es entendible, pues en temas técnicos y científicos de medicina, el administrador de justicia no siempre tiene el conocimiento necesario para realizar una valoración correcta. Obligatoriamente, deberá ser asistido por un experto que pueda tener en cuenta detalles esenciales

que determinen la inobservancia de la *lex artis* y, por ende, la infracción al deber de cuidado; lo mismo se entiende para el fiscal.

En contraste con lo analizado en la doctrina sobre el deber de cuidado, la *lex artis* deberá ser analizada tanto en el deber de cuidado objetivo, dado que son las reglas que establecen los lineamientos de la actuación médica; como también en el deber de cuidado *subjetivo*, puesto que, debido a los conocimientos científicos que demanda la *lex artis*, el médico podrá advertir una posible consecuencia nefasta y evitar una actuación que termine en desgracia. Se debe tener en cuenta, además, la libre actuación del médico, las posibles desviaciones de los hechos, el cumplimiento de sus deberes generales, y el apego a la prudencia, lógica y humanidad que amerite el caso.

CAPÍTULO 2

2. PERCEPCIONES DE LOS ADMINISTRADORES DE JUSTICIA PENAL ACERCA DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO EN EL HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL

2.1 Antecedentes y Problemática

En la fase de recopilación de información para la realización de este proyecto de tesis, pude evidenciar la carencia de precedente jurisprudencial sobre el tema escogido: el deber objetivo de cuidado en el homicidio culposo por mala práctica médica. A pesar del esfuerzo en la búsqueda de casos y jurisprudencia no se logró encontrar sentencias ejecutoriadas, ya que los procesos se encontraban en fase investigativa o las partes habían llegado a un acuerdo mediante la reparación a la víctima, por lo que no existían resoluciones judiciales. Por lo tanto, la idea de esclarecer esta figura, así como el tipo penal recogido en el Art.-146, en base a criterios jurisprudenciales, era prácticamente imposible. La jurisprudencia iba a ser un aporte clave en el entendimiento de esta figura, pues la forma en que lo jueces interpreten el deber objetivo de cuidado podría solventar aquellas dudas e inseguridades jurídicas que permanentemente giran en torno a esta abstracta figura.

En el Ecuador, después de la entrada en vigencia de una ley orgánica se tiene que proceder a completar la misma mediante reglamentos y resoluciones de Corte Nacional o Constitucional, que expliquen e interpreten los artículos que presentan carencias de técnica legislativa, gramatical

o morfosintáctica¹³. Es ahí en donde el precedente jurisprudencial juega un papel trascendental, pues el criterio judicial es el elemento jurídico mediante el cual los ciudadanos podemos esclarecer nuestras dudas frente a la inseguridad jurídica que generan las normas. En la motivación de los fallos vamos a encontrar una explicación de cómo pueden entenderse sus elementos, cuál es su campo de acción y cómo las normas están siendo aplicadas por los administradores de justicia.

Volviendo a la problemática planteada en el primer párrafo de este estudio, al no existir precedente jurisprudencial que nos ayude a entender cómo se aplica el deber objetivo de cuidado dentro del marco jurídico penal ecuatoriano, específicamente en los casos de mala práctica médica, se tomó la decisión de realizar entrevistas a un grupo de administradores de justicia penal de la provincia del Azuay, con el fin de obtener las percepciones que tienen sobre esta figura dentro del delito de homicidio culposo por mala práctica médica. Lo que se pretende con estas entrevistas es solventar el problema de carencia jurisprudencial mediante la explicación por parte de los jueces del tema antes mencionado. Al mismo tiempo, las entrevistas, al ser métodos cualitativos de investigación, nos permiten apreciar con más profundidad las posturas de los administradores de justicia frente a la norma, brindándonos una óptica distinta a la del análisis doctrinario tradicional que se centra únicamente en la norma positiva, olvidando con frecuencia el rol central que cumplen los actores que van a interpretar y aplicar la ley. Así, frente a la mencionada ausencia de jurisprudencia para el análisis, los hallazgos obtenidos de las entrevistas nos sugieren potenciales caminos y obstáculos que se presentarían llegado el momento de aplicar la ley por jueces como aquellos cuyos criterios se recogen aquí.

¹³ La morfosintaxis es una parte de la lingüística que estudia, concretamente, el conjunto de las reglas y los elementos que hacen de la oración un elemento con sentido y carente de ambigüedad (Gonzalez, 28).

2.2 Desarrollo de las entrevistas

Cabe, en primer lugar, establecer algunas limitaciones metodológicas propias de los instrumentos empleados. Ya en la práctica, la realización de las entrevistas resultó más complicada de lo previsto. No se pudieron llevar a cabo las entrevistas en el tiempo planificado, ya que los funcionarios no disponían de mucho tiempo libre, y su itinerario cambiaba según la carga procesal. La poca disponibilidad de tiempo de los jueces obligó a que las entrevistas fuesen cortas y las preguntas muy esenciales, lo que dio poco espacio a comentarios o preguntas adicionales sobre el tema.

En cuanto al desarrollo de las entrevistas los jueces, a pesar del poco tiempo con el que contaban, estuvieron abiertos a brindar todos sus conocimientos y experiencias sobre el tema. No se limitaron en su criterio al momento de responder las interrogantes planteadas, al contrario, explicaron todos los puntos a tratar en la entrevista. Esto, claro, desde su perspectiva personal y profesional, pero permitiendo siempre una apreciación profunda de la posición del administrador de justicia frente a una norma problemática.

Previo al análisis, síntesis, e interpretación de los resultados de las entrevistas es necesario explicar que éstas no buscan establecer probabilidades estadísticas o resultados cuantitativos. Los resultados que obtendremos de las entrevistas se centran en el análisis de la narrativa de cada uno de estos administradores de justicia, evidenciando así los patrones que nacen a partir de sus respuestas argumentadas. De esta forma se busca comprender cuál es el criterio que se le está dando a la figura del deber objetivo de cuidado, cómo están valorando los jueces a la misma, y cómo debería aplicarse dentro del homicidio culposo por mala práctica médica. Todo ello, con los antecedentes descritos en las secciones anteriores del presente estudio, que configuran un escenario

complejo si llega a darse la necesidad ineludible de materializar en una sentencia la tipificación de la mala práctica médica.

2.3 Análisis e Interpretación de las Entrevistas

Como resultado de las entrevistas se logró evidenciar varios temas específicos que tuvieron un tratamiento general por todos los administradores de justicia. Debido a la importancia de los mismos, se denota que estos temas son clave dentro del tratamiento del deber objetivo de cuidado en el homicidio culposo por mala práctica médica. Al ser percepciones obtenidas de cada juzgador, se presume que éstas pueden contrastar o guardar similitud, dependiendo de cada uno de los temas abordados. De esta manera se puede evidenciar que el deber objetivo de cuidado presenta varios problemas en el desarrollo de la administración de justicia ecuatoriana. A continuación, se presenta el análisis de cada uno de estos temas centrales.

2.3.1.- La necesidad de un delito autónomo que tipifique la mala práctica médica.

Un tema recurrente surgido de las entrevistas, giró en torno a la necesidad o no de contar con un tipo autónomo de mala práctica profesional, por contraste a uno general de lesiones u homicidio inintencional. A criterio de uno de los juzgadores el delito de mala práctica profesional se tipifica dentro del marco jurídico penal ecuatoriano debido a la responsabilidad del profesional que recoge la Constitución de Montecristi:

Bueno, efectivamente, anteriormente lo que hoy está como mala práctica médica, si se puede denominar de esta manera, estaba tipificado en el código penal como lesiones –si no estoy mal. Posteriormente, ya en la constitución del 2008, en el artículo –si no estoy mal– 53 o 54, se habla ya de la responsabilidad profesional, y es a raíz de aquello, pues se

legisla ya en el COIP acerca de la mala práctica profesional. (Administrador de Justicia 4, comunicación personal, 30 de Julio de 2018)

Sin embargo, el tema de una necesidad de contar con un delito autónomo que tipifique la mala práctica médica no resulta del anterior argumento. “El tema va por historia, lo que nosotros olvidamos es cómo se van formando las leyes. La penalización, la descriminalización, es por la política criminal que debe manejar el Estado, cosa que, lamentablemente, no existe en el Ecuador” (Administrador de Justicia 1, comunicación personal, 13 de Julio de 2018).

El Estado ecuatoriano no maneja un plan de política criminal en el cual se base el legislador para la creación de figuras delictivas, o cuerpos normativos de índole penal. Basta con que una conducta llegue a causar conmoción social y presión política a nuestros gobernantes, para que esta sea tipificada como delito en nuestro país.

Hay conductas que no son penalizadas y son injustas, hay conductas que rayan con el tema de la ética, pero que no están penalizadas, entonces ahí tiene que ver mucho con la política criminal que maneje el Estado. Qué pasa en el Ecuador, en el Ecuador respondemos a una política criminal mediática, porque se dio un caso que nos conmocionó, pero no hacemos un tema de historia por qué, y qué conducta tendrían que determinar. (Administrador de Justicia 1, comunicación personal, 13 de Julio de 2018)

El problema se encuentra en que las figuras delictivas responden a trasfondos coyunturales, mas no existen estudios de criminalística en cuanto a la conducta que se tipifica, tampoco se cuenta con un argumento jurídico-penal sólido que sustente la necesidad por la que esta conducta es tipificada, atentando así contra el principio constitucional de mínima intervención

penal¹⁴, ya que los delitos son creados en respuesta a la presión social y política, como explica el administrador de justicia antes citado.

Sin embargo, todos los jueces entrevistados creen que habría sido necesario contar con una figura autónoma que tipifique la mala práctica médica, pues los delitos que establecía anteriormente el código penal, es decir el homicidio inintencional y las lesiones inintencionales, no garantizaban la tutela efectiva de los bienes jurídicos protegidos, peor aún la reparación integral de la víctima y esto por varias razones.

La primera razón por la que era necesario el delito autónomo responde al problema de que la conducta de mala práctica médica no se subsumía proporcionalmente a los tipos penales recogidos en el código derogado. Así lo explican los jueces entrevistados:

Yo siempre he pensado que sí es necesario que se regule la mala práctica, no solo médica. sino en todas las profesiones en general, por que varias personas han sido víctimas y nosotros los jueces estábamos con el problema con el asunto de lesiones, puesto que no podíamos establecer una pena en base al daño que se había causado a la víctima. Eso era en lo que estábamos impedidos como jueces... también eran penas a veces mínimas y no se garantizaba una reparación integral, esto debido a que en la mala práctica médica se producen daños graves y no podíamos nosotros cubrir con una indemnización o con una

¹⁴ “El principio de intervención mínima, que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:

a) El ser un derecho fragmentario, en cuanto no se protegen todos los bienes jurídicos, sino tan solo aquellos que son más importantes para la convicción social, limitándose además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.

b) El ser un derecho subsidiario que, como ultima ratio, ha de operar únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

(...) el carácter doblemente fragmentario del derecho penal, a que hemos hecho referencia, como principio inspirador del concepto material del delito, no sólo exige la protección de los bienes jurídicos más importantes, sino también que dicha protección se dispense sólo frente a los ataques más importantes y reprochables y exclusivamente en la medida que ello sea necesario” (Fernandez, 2009, pág. 4).

pena que está garantizada antes en la ley; la pena no era proporcional al daño que se estaba causando. Yo pienso que sí era necesario que se haga esta tipificación individual en el COIP. (Administrador de Justicia 3, comunicación personal, 24 de Julio de 2018)

Los jueces se enfrentaban al problema de que el daño causado por un médico negligente era mucho mayor y, por lo tanto, desproporcional a la pena que establecía el delito inintencional. En base a esto, nace la necesidad de un tipo penal autónomo que, por lo tanto, debería ser mas riguroso en cuanto a la pena privativa de libertad. Dentro de este tema un juez agrega lo siguiente:

En el tema de la mala práctica médica, la experiencia respecto de un caso que yo tuve como fiscal, en el que había evidentemente mala práctica, porque así lo decían los peritos. Este médico, que no tenía la autorización para operar de esa manera, realizó una operación en donde no se dieron los protocolos que debían haberse observado y provocó un daño irreversible en el cuerpo de una mujer, que hoy no puede ser mamá. En ese entonces nos manejábamos con la norma de lesiones inintencionales. Esa conducta no debió ser analizada como una conducta inintencional porque ya había, en cierta manera, dolo; en el sentido de que él sabía que no podía hacer eso, sabía que debía ver protocolos, y no lo hizo; había situaciones que él, como médico, debía haber observado, y no lo hizo. (Administrador de Justicia 1, comunicación personal, 13 de Julio de 2018)

El problema aquí no es solamente un delito de lesiones inintencionales desproporcional, sino que la necesidad de este tipo de lesiones gira en torno al elemento subjetivo del tipo culposo, pues, a criterio del juez, el médico que inobserve elementos como la Lex Artis (protocolos), sabiendo que debía haberlo hecho, estaría actuando de manera dolosa, así lo reafirma el mismo juez con el siguiente ejemplo:

Un muchacho que entró a ser operado, creo que por apendicitis, y le suministraron anestesia y tuvo un daño irreversible, ese muchacho ya falleció hace pocos meses. La madre impulsó el tema civil, penal, contencioso administrativo, que terminó en sanción al médico, y a la institución para que le den un resarcimiento por los daños causados, pero penalmente ese caso no se resolvió, solamente fue visto como un tema de lesiones inintencionales...aquí es importante que nosotros como jueces, viendo la historia, observábamos que había conductas que sí eran dolosas, o un dolo indirecto por lo menos, más allá del tema de la culpa, era necesario que se penalice esa conducta no como unas simples lesiones inintencionales. (Administrador de Justicia 1, comunicación personal, 13 de Julio de 2018)

Empero, este argumento es confuso, pues califica a la mala práctica médica, que por esencia es imprudente, como una conducta potencialmente dolosa, confundiendo, por lo tanto, el dolo eventual y la culpa por representación. Estos elementos deben distinguirse, pues:

Dolo eventual significa actuar con la representación de posibles lesiones. La totalidad del ámbito de duda pertenece, por lo tanto, al dolo. Su límite se encuentra donde acaba la duda, y la imprudencia empieza donde el acaecimiento del resultado desvalorado sea imposible o donde la posibilidad de un mal desenlace se estime tan pequeña que no haga falta tenerla en cuenta. (Vallés, 1998, pág. 83)

Por ende, sería incorrecto aferrarse a la idea de que la mala práctica médica sea contemplada como un delito doloso, específicamente de dolo eventual, pues de ser este el caso, si el médico actúa intencionalmente, estaríamos frente a un tipo penal distinto, homicidio simple o

asesinato, dependiendo si se configura una de las agravantes establecidas en el Art.-140 del Código Orgánico Integral Penal.

Otro punto que se rescata por los administradores de justicia es que el tipo previsto en el Art.-146, recoge, dentro de sus elementos objetivos, aquellos criterios que la doctrina contemporánea ha venido analizando dentro de las teorías de los delitos imprudentes, lo que no se visualizaba en el tipo de lesiones y homicidio inintencional:

El Código (Orgánico Integral Penal) recoge, si bien no en forma total, lo que la doctrina viene distinguiendo desde hace muchos años y que en el Código Penal anterior no estaba recogido. Simplemente, en el Código Penal anterior era relación de causalidad entre la acción y el resultado y no se examinaba nada más. En el Código Orgánico (Integral Penal) ya no pasa eso. Por ejemplo, este se refiere a ciertos criterios en cuanto el riesgo no ha sido originado por el presunto autor; se refiere a ciertas circunstancias, cuando tú lees el 146 a que deben ser acciones que estén protegidas por la norma. (Administrador de Justicia 2, comunicación personal, 24 de Julio de 2018)

Así mismo considera el siguiente juez:

Yo considero que está bien tipificado, por qué, porque aquí hace alusión a otros tipos, a otros asuntos, a otras circunstancias de las cuales se tendría que tomar en cuenta, en este caso, a los juzgadores para, en su debido momento, poder juzgar. (Administrador de Justicia 4, comunicación personal, 30 de Julio de 2018)

Se consolida aún más la idea de que las figuras delictivas de homicidio y lesiones inintencionales son obsoletas frente a la conducta de mala práctica profesional. Por lo tanto, el

delito de homicidio culposo por mala práctica profesional aparece frente a la necesidad de que se tipifique un delito que contemple criterios doctrinarios actuales, que ayuden al administrador de justicia en el ejercicio de subsunción de la conducta y, además, penas proporcionales que tutelen efectivamente el bien jurídico protegido como también una reparación integral de la víctima.

2.3.2 Un Tipo Penal Abstracto

No hay que olvidar que la naturaleza jurídica del tipo penal que estamos analizando es abierta, por lo tanto, la conducta descrita por el legislador no es individualizada y específica, sino que goza de características abstractas que puedan abarcar la infinita cantidad de acciones imprudentes que afecten al bien jurídico protegido. Mario Alejandro Cuartas Lozano (2016) lo explica de esta manera:

La exigencia principal de los tipos abiertos tiene su concreción en remitir al operador judicial a reglas generales fuera del tipo penal y que se encuentran en otras partes del mismo ordenamiento, esto es, del mismo rango o de menor rango jurídico, lo que conlleva, que al hacer dicho análisis valorativo, se requiera de: criterios lógicos, razonables, técnicos y de experiencia, como máxima hermenéutica de la seguridad jurídica y del debido proceso. (pág. 3)

De modo que es deber primordial del juez adecuar la conducta específica dentro del tipo penal abierto, mediante las técnicas de la hermenéutica jurídica, siempre teniendo como límite el principio de legalidad. “Ahora, cuando esa norma es a veces muy abierta causa posibilidad de que se dé una vulneración, entonces yo creo que el ejercicio de la defensa de los derechos de las partes

y del debido proceso tiene que ser mucho más observado por nosotros, para no perjudicar a nadie” (Administrador de Justicia 1, comunicación personal, 13 de Julio de 2018).

Por lo tanto, la problemática gira entorno a lo abstracto que puede llegar a ser el tipo penal homicidio culposo por mala práctica profesional pues “de la manera de cómo está tipificado en el COIP, efectivamente, está de una manera muy amplia. Es un tipo penal bien amplio e inclusive habla en términos generales acerca del aspecto profesional” (Administrador de Justicia 4, comunicación personal, 30 de Julio de 2018). Además:

Hay una situación abierta cuando dice la persona que infrinja el deber objetivo de cuidado, ya sabemos qué es eso, pero cómo en la práctica médica sabemos que ese médico está infringiendo el deber objetivo de cuidado...el tema del deber de cuidado para mí sí es muy amplio, es demasiado amplio para el tema de qué seguridad le da un médico y queda el miedo de cómo debo operar...Vamos a esperar que los médicos sean lo suficientemente éticos para que nos digan efectivamente ese caso es de una mala práctica médica (Administrador de Justicia 1, comunicación personal, 13 de Julio de 2018).

El que los jueces no sepan cómo actuar frente a una figura delictiva que exige a su vez entendimiento del caso específico, que corresponde a un terreno muy especializado de preparación profesional, para su posterior subsunción, devenga en inseguridad jurídica en el ejercicio de la administración de justicia por parte de sus operadores, pues vemos que estos no pueden aplicar una norma con características tan abstractas y con elementos tan amplios como el deber objetivo de cuidado que corresponde a los profesionales.

A consecuencia de esto, el tema de la inseguridad también contagia a uno de los gremios más afectados por este delito, los médicos, los mismos, que al no saber cómo se va a aplicar esta norma, podrían preferir limitar el ejercicio de su profesión a que se les impute un delito:

Ahora los médicos están pensando que esto (el tipo penal) les está limitando en sus actuaciones, porque ellos dicen: porque ya tengo esto, yo ya me limito a realizar mis actividades, están negando un servicio por miedo a perder el paciente y que esto les acarree responsabilidad penal. Esto no puede ser una limitante para los médicos, porque nos estarían negando un servicio que tenemos como ciudadanos. (Administrador de Justicia 3, comunicación personal, 24 de Julio de 2018).

A pesar de ello, los médicos y todos los profesionales en sí merecen un tipo penal que les dé seguridad jurídica al momento en que se presente un caso que pueda llegar a responsabilizarlos penalmente, si no, cómo no sentirse limitados en el ejercicio de una profesión tan crítica como lo es la medicina, cuando sabemos que los jueces no cuentan con criterios claros sobre cómo aplicar la norma al caso específico.

En otros temas, pero dentro de este mismo acápite, vemos que los jueces se refieren al deber objetivo de cuidado como una figura igualmente confusa que aumenta el problema de lo amplio que puede llegar a ser este tipo penal, por lo que les procedí a preguntar qué tan útiles son entonces la reglas que prevé el Art.-146 para la determinación de deber objetivo de cuidado y si estas ayudan al operador de justicia en la subsunción de los casos prácticos. Su respuesta fue la siguiente:

“Estas reglas son claras, pero al mismo tiempo son muy abiertas, para mí sí es muy abierto.” (Administrador de Justicia 1, comunicación personal, 13 de Julio de 2018). Claramente las palabras del juez demuestran dudas en cuanto a las reglas, pues decir que si son claras, pero al mismo tiempo abiertas resulta ser una gran contradicción, talvez las reglas para este operador de justicia resultan claras en lo que plantean conceptualmente, pero en la aplicación práctica resultan problemáticas por ser muy abiertas.

Otra de las personas entrevistadas indicó:

En mi concepto considero que sí son útiles, pero, como dije al principio de la entrevista, considero que es un tipo penal muy amplio, súper amplio esto del homicidio culposo por mala práctica profesional, es un tipo penal bien, bien amplio e inclusive existen partes en donde es un tipo penal abierto. Entonces, a mi concepto, considero de que sí es esto necesario, pues obviamente que a los jueces ahí se nos complica la resolución porque es amplísimo no (Administrador de Justicia 4, comunicación personal, 30 de Julio de 2018).

Volvemos a ver que los administradores de justicia redundan en la idea de lo amplio que es el tipo penal. No obstante, hay que resaltar que estos funcionarios sí consideran útiles a estas reglas, pero esto no se basa en una explicación clara del porqué de su utilidad, simplemente afirman que son útiles y vuelven a retomar el tema de lo abstracto del tipo, negando así en gran medida el valor práctico del tipo penal y sus reglas. Esto demuestra el escueto conocimiento y análisis del tema, que solo reafirma lo complicado que se vuelve para estos jueces la administración de justicia cuando existe un tipo tan amplio como el que analizamos, más aún en ausencia de sentencias por mala práctica profesional, así como de jurisprudencia vinculante y leyes interpretativas.

2.3.3 Percepciones sobre el concepto de Deber Objetivo de Cuidado

Para la legislación ecuatoriana, actúa con culpa aquella persona que infringe el deber objetivo de cuidado. En base a esta premisa entendemos que el concepto de esta figura es fundamental para poder entender los delitos imprudentes. Sin embargo “es un tema que no es muy explotado, es un tema que la doctrina, en este caso ecuatoriana, si bien es cierto está estudiando el tema, analizando el tema, pero no es un tema que se haya explotado abundantemente” (Administrador de Justicia 4, comunicación personal, 30 de Julio de 2018).

Ciertamente, el deber objetivo de cuidado tiene un escaso desarrollo en la doctrina y jurisprudencia ecuatoriana. Es por esto que es importante considerar las percepciones judiciales en cuanto a este tema, porque podrían ayudar a colmar ese vacío que los estudiosos del derecho no han logrado colmar, pero también porque pueden ayudarnos a vislumbrar los problemas que se presentarían llegado el momento de sentenciar utilizando esta figura. Por lo que he planteado varias interrogantes para recabar cuál es la percepción de estos jueces en cuanto al deber objetivo de cuidado, al observar los problemas de los distintos enunciados se puede comprender más a fondo los vacíos de esta figura.

1. “Infringir el deber objetivo de cuidado es dejar de observar aquello que él está obligado a hacerlo” (Administrador de Justicia 1, Comunicación personal, 13 Julio, 2018).

El problema de este concepto es que explica a la infracción del deber de cuidado desde el ámbito de la omisión impropia, lo que limitaría esta figura solamente a este tipo de actos dejando de lado posibles conductas que, sin ser omisivas, igual infringen el deber de cuidado. Entonces, no es errado hablar de omisión impropia cuando explicamos el deber objetivo de cuidado, pues: “El delito de omisión culposo, tal como el delito de comisión culposo, recibe también el acento

decisivo de desvalor por la infracción del cuidado objetivo requerido en el ámbito de relación. La falta de cuidado puede presentarse en todas las etapas de la acción de cumplimiento.” (Welzel, 1987, pág. 285). Lo errado del criterio es que se limita a explicar la figura bajo el concepto únicamente de la omisión impropia. De acuerdo con otro de los entrevistados:

2. “El deber objetivo de cuidado es cuando al realizar una acción debemos hacerlo debidamente y elegir los medios adecuados” (Administrador de Justicia 2, comunicación personal, 24 de Julio de 2018).

La acción debida y lo medios adecuados, que toma en cuenta la persona entrevistada, son conceptos demasiado amplios para conceptualizar una figura tan compleja como el deber objetivo de cuidado. Sabemos que quien haga lo correcto, de forma correcta, no infringe el deber de cuidado, sin embargo, esto no tiene base argumental, solo explica una situación general sin consideraciones jurídico-penales. Al final, el concepto termina siendo tautológico. Revisemos otra apreciación de una persona entrevistada:

3. En cuanto al deber objetivo de cuidado, nosotros sabemos que los médicos tienen ciertos parámetros en sus actuaciones y los tienen que cumplir al momento de la atención al paciente, como por ejemplo, el historial clínico, y demás protocolos que dispone el ministerio de salud, además de los centros en donde ellos están prestando sus servicios; el incumplir todo esto ya sería violentar el deber objetivo de cuidado. (Administrador de Justicia 3, comunicación personal, 24 de Julio de 2018)

Aquí se encuentra resumida la inobservancia de la *lex artis* en el incumplimiento de protocolos dados por las autoridades administrativas y hospitalarias y también la vulneración de

principios de la deontología médica, como lo es el deber de mantener un historial clínico del paciente. Estos son dos puntos clave en la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado dentro de la mala práctica médica, por lo que el criterio de este administrador de justicia resulta más completo que el de otros entrevistados, empero no son los únicos elementos que deben valorarse en el ejercicio de esta determinación.

Ahora, ese es el primer elemento, es decir, dejar de hacer el acto que debió haber observado, es el elemento objetivo. Ahora, vamos al elemento subjetivo: el médico, al inobservar un protocolo que tuvo que hacerlo, estuvo con la intención de causarle daño a esa persona, o estaba con la intención de salvarle la vida. Ahí uno tendría que ver cómo se desarrolle la prueba, cómo le plantean la prueba (Administrador de Justicia 1, comunicación personal, 13 de Julio de 2018).

El que se explique esta figura desde una doble faceta objetiva y subjetiva es algo acertado, pero en este caso la argumentación es incorrecta, pues decir que el elemento subjetivo se va a establecer de acuerdo con la intención de causar daño o salvar la vida de la víctima, solamente aportaría a diferenciar si el delito es doloso o culposo, mas no cabe este argumento en cuanto al aspecto subjetivo del deber objetivo de cuidado.

4.- Le decía yo que es muy amplio, el deber objetivo de cuidado hace alusión a lo que uno como profesional se puede prever, a lo que está previsible ante mi percepción como profesional, es decir, debo estar abierto o atento a lo que puede pasar, a lo que podría pasar frente a una eventual complicación en tal o cual cosa que esté realizando. (Administrador de Justicia 4, comunicación personal, 30 de Julio de 2018)

La previsibilidad y evitabilidad del hecho son dos elementos clave en la explicación del deber objetivo de cuidado. Aquí el juez refiere que actúa con un deber objetivo de cuidado el

profesional que prevé sus acciones y, frente a una eventual complicación, las evita. Esto resulta lógico, pero cae nuevamente en el error de conceptualizar la figura con elementos que, por su propia naturaleza, ya necesitan una explicación previa, pues son abstractos, por lo que resulta nuevamente un criterio tautológico. Además, estos dos elementos solo conforman una parte del concepto de deber objetivo de cuidado ya que:

[...] aun las reglas de la previsibilidad y de la evitabilidad del hecho no son suficientes para determinar la imprudencia en este tipo de delitos. Si estamos hablando del homicidio culposo tendrá que hablarse de otros criterios como la creación del riesgo, la producción de un resultado por el riesgo...entonces el deber objetivo de cuidado tiene varios principios –varias aristas– que hay que respetarlos, que hay que analizarlos, no como conceptos abstractos, sino que apegados a la realidad de cada caso en concreto. (Administrador de Justicia 2, comunicación personal, 24 de Julio de 2018).

En el mismo sentido, otra de las personas entrevistadas afirmó:

“Debemos ver que en la doctrina vamos a tener varias posiciones. Entonces, precisamente, en los delitos imprudentes no todo está reglado, y queda a la interpretación generalmente en el caso concreto para el juez y para las partes” (Administrador de Justicia 4, comunicación personal, 30 de Julio de 2018). Entonces, a pesar de que el principio de legalidad obliga a que la norma se interprete en su literalidad, dependerá en el caso concreto la posición doctrinaria con la que se analice el caso, ya que según la expresión usada por el juez “no todo está reglado”

2.3.4. Los Medios Probatorios Esenciales

Sabemos que cada caso que se da por mala práctica médica, por más similar que pueda parecer frente a los demás casos, presentará diferencias circunstanciales con cualquier otro, dependiendo de las variables que se presenten en la práctica. En este sentido, uno de los entrevistados indicó: “la prueba tiene que ser analizada en su contexto, de una manera general, de una manera amplia...yo no puedo decir que algo es más esencial o más importante que otro” (Administrador de Justicia 4, comunicación personal, 30 de Julio de 2018). Así también, el deber objetivo de cuidado deberá ser analizado según las condiciones que cada caso presenta, al menos así es el criterio de los jueces entrevistados.

Sin embargo, si bien cada caso en el que se presume mala práctica médica es distinto, los medios probatorios que los jueces han considerado esenciales para demostrar la materialidad y responsabilidad del delito son casi exactamente los mismos:

Como elementos probatorios tendríamos que observar en una negligencia médica: el consentimiento informado, la historia clínica, antecedentes del paciente. Son cosas importantísimas, puesto que sabemos que toda cirugía tiene un riesgo. También el manejo de protocolos en base a la *lex artis*, si hubo el respeto o no de ese protocolo; claro que serán la partes (procesales) las encargadas de entregar esos elementos probatorios al juzgador... A través de pericias médico-forenses, es decir, el análisis o una especie de auditoria a la actuación del médico que está siendo procesado, me parece que partimos de estas para poder valorar la inobservancia de la *lex artis*, que podría llegar a ser un medio de imputación. (Administrador de Justicia 2, comunicación personal, 24 de Julio de 2018)

Hay que resaltar que los antecedentes clínicos del paciente van a ser el punto de partida para el juez, ya que el historial clínico demostrará qué complicaciones presentaba la supuesta víctima, antes y después de la intervención médica, esclareciendo así el cuadro general del caso.

El consentimiento informado y el manejo de protocolos también serán observados por los jueces como herramientas básicas en la determinación de la infracción del deber de cuidado. Sin embargo, de nada servirán estos medios probatorios sin un perito médico que explique al juez de manera clara la presunta vulneración. Este criterio se repite en otro operador de justicia, el cual expresa lo siguiente:

El médico necesita consentimiento informado, informarle sobre las consecuencias. Supongamos que el médico inobserva esos procedimientos, lo que debe estar claro es que determine qué protocolos no fueron observados; pero esos pasos tienen que ser claros. ¿Por qué razón? Porque como no conocemos de medicina, ¿cómo el juez puede ver eso, o darse cuenta de eso? Porque el médico perito tiene que informarme y decirme eso. Eso es lo que vamos a considerar con respecto al resultado dañoso que debe provenir directamente de la infracción. Quienes nos van a ayudar a determinar serán las partes procesales de acuerdo a lo que diga el perito. El perito es el que me va a decir que el médico no observó esto y esta forma de no observar evidentemente llevó a la muerte a esta persona. (Administrador de Justicia 1, comunicación personal, 13 de Julio de 2018).

Como vemos, el perito médico mediante su sustentación en audiencia será quien acredite, o no, los demás medios probatorios presentados por las partes, pues de esta explicación dependerá, por ejemplo, que el juez logre visualizar una falla en los protocolos que manda la *lex artis*, o un error en el consentimiento informado otorgado por el médico y el paciente; también si el paciente

puso en riesgo su vida por sí mismo; así existan documentos, informes o actas que demuestren una circunstancia específica del caso, será el perito médico quien explicará al juez de forma técnica lo ocurrido y como estos documentos acreditan tales situaciones. La misma línea sigue el criterio de los demás jueces entrevistados:

Existe la prueba pericial, podría ser en este caso un examen perito médico legista que nos aclare, que nos ilumine a los jueces qué es lo que pudo haber pasado. Pero no puede ser tampoco solo que viene un perito y dice esto pasó. No. La prueba tiene que ser analizada en su contexto...es imprescindible o sumamente importante el hecho de afianzarnos de lo que nos puedan decir los peritos. (Administrador de Justicia 4, comunicación personal, 30 de Julio de 2018)

Presentar los protocolos a los que se encuentra obligado el médico es fundamental, si no, cómo se probaría la materialidad de la infracción. De ahí vendrían valoraciones médicas que determinen si se incurrió en las causales que establece el Art.- 146 y además lo que establece la resolución de la corte; esto es para nosotros el sustento para establecer materialidad y responsabilidad como pilar del proceso penal. (Administrador de Justicia 3, comunicación personal, 24 de Julio de 2018)

Vale destacar el criterio de que los protocolos que observa el médico en base a la *lex artis* serán pieza fundamental para que el juez constate la materialidad de la infracción, consecuentemente la infracción al deber objetivo de cuidado. “El incumplimiento de la *lex artis* es lo que le va a llevar a la responsabilidad penal, para nosotros es fundamental esto” (Administrador de Justicia 3, comunicación personal, 24 de Julio de 2018).

Si bien nos queda claro que la prueba principal en este tipo de delitos es la prueba pericial, no debemos dejar de lado otros elementos que han sido resaltados por los jueces entrevistados,

como son: el historial médico del paciente, el consentimiento informado, y los protocolos basados en la *lex artis* médica.

2.3.5 El concepto de Mala Práctica Médica

El campo de la medicina enfrenta a sus profesionales a un grado de complejidad crítico en todas sus actividades del día a día. De una u otra forma, el galeno actúa siempre entre la delgada línea de curar al enfermo, y salvar su vida o afrontar el fatídico desenlace de su muerte. Es cierto que dependiendo de la actividad que realice el médico, la complejidad del acto disminuirá. No obstante, los bienes jurídicos como la vida e integridad personal siempre se encuentran en juego sea cual sea la intervención que se practique. Es por esto que, sin importar el grado de dificultad del acto médico, es posible que se verifique una conducta errada que derive en la muerte de una persona, pues esta profesión interactúa directamente con la vida del ser humano. Debido a esto, los médicos protestan la existencia de un tipo penal que sanciona una conducta que, en su profesión, es de muy posible producción, así lo resalta uno de los operadores de justicia:

La mala práctica médica es la más común, y la que más han venido reclamando por la tipificación de este delito, porque si bien está remarcada la mala práctica profesional, ningún colegio se ha empeñado tanto en la lucha. Esto, quizá, por el bien jurídico que está siendo protegido, es decir, la vida del ser humano, que es lo que ellos están más relacionados y por esto la defensa de su profesión. (Administrador de Justicia 3, comunicación personal, 24 de Julio de 2018)

Los médicos saben que no están libres de cometer un error en el desempeño de su actividad profesional. Para ellos, un resultado de lesiones o incluso de muerte es una posibilidad que va incrementando de acuerdo a la condición del paciente y la complejidad de la intervención médica, por lo sería inconcebible un delito que tipifique una conducta que tiene un grado de probabilidad tan alto en una rama profesional tan delicada como la medicina.

La mala práctica médica se encuentra reflejada en cualquier error que se cometa por un profesional de la salud, pero “en qué momento se incumple el deber objetivo de cuidado..., en qué momento puede decirse que el no haber revisado, el no haber observado, simplemente ya es un motivo para decir que hay responsabilidad penal” (Administrador de Justicia 1, comunicación personal, 13 de Julio de 2018). Como se indicó más arriba, para los jueces, el determinar esta conducta resulta muy complicado, pues exige un conocimiento técnico de la rama. Frente a estos interrogantes expone uno de los jueces:

Primero, tenemos que ver la forma y los medios escogidos; después, cuál es la conducta debida, que en el aspecto general y específico, debió haber seguido esa persona. Porque no es lo mismo la actuación de un médico general que la actuación de un médico especializado. Por ejemplo, si hablamos de un ginecólogo, no es lo mismo el conocimiento que este tiene para una atención ginecológica, que el conocimiento de un médico general (Administrador de Justicia 2, comunicación personal, 24 de Julio de 2018).

Para determinar la mala práctica médica resulta impreciso plantear el concepto de la conducta debida, pues este no es objetivo, sino que depende del sujeto que considera si la acción

es o no la correcta. Lo que sí es bastante lógico, es considerar la distinción entre las conductas de cada médico. Estas no pueden ser comparables si es que no se presentan las mismas condiciones.

Al final, el juez no es quien conoce de manera *ex ante* las causas por las que se produce la mala práctica médica. Corresponde a las partes probarlo según su teoría del caso mediante peritajes. Lo que el funcionario sí debe manejar son los elementos técnico-jurídicos que lo guíen en la determinación correcta de la mala práctica médica, por lo que tendrá que conocer a cabalidad el deber objetivo de cuidado y los delitos que la doctrina analiza como imprudentes.

2.3.6 Reglas para la determinación del deber objetivo de cuidado

El deber objetivo de cuidado es una figura jurídica tan amplia que el legislador ecuatoriano creyó necesario establecer cuatro reglas esenciales para su determinación. Estas ayudarían al intérprete de la ley a entender sus límites, su naturaleza y los elementos que la conforman, para así poder reconocer con claridad cuándo se presenta. De acuerdo a lo investigado para este estudio, este es el motivo para que el legislador haya recogido estos postulados en la ley.

Con el afán de descubrir si es que las reglas ayudan o no al operador de justicia en la administración de justicia, he consultado cuáles son los criterios de los entrevistados sobre estas reglas y sobre su utilidad en la determinación del deber objetivo de cuidado.

Si bien decimos que la ley no puede ser taxativa y no puede establecer todas las circunstancias que puedan surgir en la realidad, sin embargo, a mí me parece que los numerales del Art.-146 han recogido muchos de los principios del deber objetivo de cuidado, por ejemplo, dice “la mera producción del resultado no configura infracción del deber objetivo”, que ya sabemos, y eso es básico. Pero, si bien puede ser básico, va a depender de la posición que tú tienes como interpretador de la norma porque, quieran o

no, los abogados en libre ejercicio, los jueces, los fiscales, interpretamos la norma para aplicarla. (Administrador de Justicia 2, comunicación personal, 24 de Julio de 2018)

Parecería que en un primer momento el juez considera útiles estas reglas, pero mientras va desarrollando su respuesta, explica que la primera regla contiene un postulado básico y de conocimiento general. Esto, claramente, recoge un criterio tan elemental que no contribuye con la determinación de la figura. Agrega, además, que sin importar lo básica que sea la premisa, esta dependerá de la interpretación que se le dé, pero frente a un postulado como este no cabe interpretación alguna. La idea es clara y no deja cabos sueltos, así lo sostiene él mismo:

Aun en los delitos dolosos, el mero resultado no significa que exista una relación de causalidad entre la acción y el resultado, no se diga en los delitos imprudentes en donde se debe manejar otros criterios... Pudiera ser una exageración como criterio del deber objetivo de cuidado, pero tampoco lo veo mal que aquí se lo regule, porque acuérdate que hay posiciones doctrinarias y, quizá, para algunos doctrinarios el deber objetivo de cuidado tiene otras cuestiones que las mayoritarias. Entonces, lo que ha hecho el legislador es tomar una posición de ciertos doctrinarios, estableciendo qué vamos a tomar en cuenta para establecer si se violenta o no el deber objetivo de cuidado. Por ejemplo, aquí no está el principio de confianza¹⁵, está en la doctrina, pero obviamente cuando estudiamos la

¹⁵ El principio de confianza es un principio de creación jurisprudencial que surgió a mediados del pasado siglo XX en el ámbito del tráfico viario. Mediante este principio, se les reconocía a los conductores la posibilidad de confiar en la conducta correcta de los demás participantes del tráfico, siempre que las circunstancias del caso concreto no hicieran pensar lo contrario. De esta forma, se pretendía limitar su deber de cuidado, eximiéndoles de la obligación de estar pendientes en todo momento de las posibles o previsibles actuaciones incorrectas de los terceros. Con el tiempo, la doctrina y la jurisprudencia han ido extendiendo el ámbito de aplicación de este principio y han llegado a definirlo como un criterio general con el que delimitar el deber de cuidado en todos aquellos casos en los que la producción del resultado lesivo puede verse condicionada por la actuación incorrecta de un tercero. A medida que el principio de confianza se ha ido extendiendo a otros ámbitos de actuación distintos del tráfico viario, la doctrina ha ido destacando la necesidad de limitar la aplicación de este principio en aquellos ámbitos en los que, en atención a la especial relación entre los distintos intervinientes, puede apreciarse la existencia de un deber de cuidado

doctrina podemos alegarlo. Aquí lo que ha hecho es poner tal vez las reglas básicas o las reglas principales del deber objetivo de cuidado. (Administrador de Justicia 2, comunicación personal, 24 de Julio de 2018)

Al considerar que es una exageración que esta regla sea un criterio del deber objetivo de cuidado, afianza aún más la idea que la regla es inútil. También explica que existen diferentes doctrinas, con distintos criterios, en cuanto a la infracción del deber de cuidado. Esto nos lleva a pensar porqué el legislador, entonces, limita todos estos criterios y hace que nos remitamos a un conjunto de reglas específicas que pueden estar erradas, ser insuficientes o contradictorias. El entrevistado expresa finalmente que la intención del legislador era recoger un conjunto de reglas principales sobre la figura, y que “cuando la ley lo establece, lo deja mucho más claro, tal vez para evitar interpretaciones erróneas o interpretaciones varias” (Administrador de Justicia 2, comunicación personal, 24 de Julio de 2018). Pero esto es totalmente contrario al argumento previamente explicado, pues en párrafos anteriores explica que estas reglas dependerán de la interpretación que cada persona les dé.

Continuando con el análisis de las reglas, el administrador de justicia indica que en cuanto a la previsibilidad y evitabilidad del hecho:

Yo creo que se debería analizar una por una, pero aun las reglas de la previsibilidad y de la evitabilidad del hecho no son suficientes para determinar la imprudencia en este tipo de delitos. Si estamos hablando del homicidio culposo, tendrá que hablarse de otros criterios

sobre la conducta de los terceros; así, fundamentalmente, en ámbitos en los que se produce una división vertical del trabajo y se imponen al superior jerárquico ciertos deberes de dirección y supervisión sobre la conducta de sus subordinados. (Gomez, 2007, pág. 95)

como la creación del riesgo, la producción de un resultado por el riesgo. Estos criterios de previsibilidad y evitabilidad del hecho no pueden ser analizados o aplicados de forma taxativa (Administrador de Justicia 2, comunicación personal, 24 de Julio de 2018).

Según se aprecia en el criterio de la persona entrevistada, si bien estos conceptos son esenciales en la determinación de la infracción al deber de cuidado, no podrán ser valorados de manera taxativa y única pues terminan siendo insuficientes. Lo mismo sostiene el entrevistado en cuanto al grado de formación profesional como elemento base para la determinación: “Evidentemente, que para la imprudencia por ejemplo es muy importante el grado de formación profesional, pero todo esto tiene que estar en relación con otros criterios que están reconocidos ya en la doctrina, pero que por sí solos, son abstractos e insuficientes” (Administrador de Justicia 2, Entrevista, 24 Julio, 2018).

Es claro que los axiomas y elementos recogidos por el legislador en estas reglas están muy lejos de solventar el problema de la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado, tanto es así que los jueces sostienen que adicionalmente existe una resolución de Corte Nacional que deberá observarse:

Ahora, no solamente este artículo. Nosotros tenemos una resolución de Corte Nacional de Justicia, la que guarda relación directa con estas concurrencias que debían darse en el tipo. Esta resolución nos obliga a que los jueces observemos al momento de conocer una de estas denuncias y al momento de emitir nuestra sentencia de que se cumplan los cuatro requisitos, no de manera individual, es decir, que se cumplan las cuatro reglas que nos da la ley. La resolución de la corte nos obliga a que sean las cuatro características que se

establecen en el Art.-146, si no, no podríamos nosotros calificarlo como homicidio culposo por mala práctica profesional. (Administrador de Justicia 3, comunicación personal, 24 de Julio de 2018)

Es preciso indicar que la única resolución de la Corte Nacional de Justicia que guarda relación directa con el homicidio culposo por mala práctica médica es la Resolución 01-2014, la misma que aclara el alcance de este tipo penal. Sin embargo, dentro de esta resolución no existe ningún punto en donde se sostenga que las cuatro reglas deberán cumplirse no de manera individual, sino en su totalidad, para que la conducta califique como homicidio culposo por mala práctica profesional. El administrador de justicia se equivoca y confunde las cuatro reglas del inciso cuarto con los elementos constitutivos de agravante que recoge el inciso tercero, ya que estos tres criterios deberán presentarse conjuntamente para que se configure el agravante, así lo refiere otro de los jueces entrevistados:

Lo que pasa es que el legislador aquí es claro no: será sancionado con tal pena si la muerte se produce por acciones innecesarias, –existe una coma– peligrosas e ilegítimas. En vez de la “e”, podríamos decir la “y”. Entonces, tendrían que concurrir las tres circunstancias para que a su vez la conducta en este caso de un médico pueda adecuarse a la descripción del tipo penal descrito en el 146, en la segunda parte, son las tres circunstancias las que tienen que concurrir para que pueda presentarse la adecuación a este tipo penal. (Administrador de Justicia 4, comunicación personal, 30 de Julio de 2018)

Basándonos en esta perspectiva judicial, corroboramos el criterio antes mencionado: los elementos que deberán concurrir conjuntamente para que se configure la agravante serán las acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas, no así las cuatro reglas que refleja el cuarto inciso del Art.-146.

De cualquier modo, las reglas previstas por el legislador terminan siendo insuficientes, y no solamente estas, sino que el tipo penal en sí presenta la necesidad de ser interpretado por la Corte Nacional de Justicia para que se logre aclarar su alcance y aun así logra confundir a los jueces. Como consecuencia de esto se presenta una enorme dificultad práctica para una correcta determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado.

2.4 Observaciones Finales

El tema central de este capítulo fue el análisis de las percepciones de los jueces penales en cuanto a la figura de deber objetivo de cuidado dentro del homicidio culposo por mala práctica profesional, ya que, debido al vacío jurisprudencial que existe en torno al tema, resulta necesario examinar los criterios de varios administradores de justicia para así poder anticipar el posible tratamiento que se le da a esta figura entorno al marco jurídico ecuatoriano.

En primer lugar, hay que resaltar que todos los participantes plasman la necesidad de contar con un delito que tipifique la conducta conocida como mala práctica médica, puesto que las derogadas figuras de homicidio y lesiones inintencionales no logran subsumir esta conducta en el tipo penal, dejando impunes muchas conductas penalmente reprochables. Algo que llama la atención es que ninguno de los operadores de justicia sostuvo un argumento contrario a la penalización autónoma de esta conducta, aceptándola como un delito imprescindible en el sistema jurídico ecuatoriano.

A pesar de esto, los jueces consideran que el tipo penal recogido en el Art.-146 es demasiado abstracto y que esto acarrea problemas a la hora de administrar justicia, pues en la práctica no será fácil subsumir este tipo de conductas a un delito tan amplio y con elementos tan abstractos como lo es el deber objetivo de cuidado. Se sienten inseguros de potencialmente tener que aplicar una norma que no logran entender por completo.

Los administradores de justicia consideran que el deber objetivo de cuidado podrá ser determinado en cada caso específico ya que las circunstancias en las que se presente la mala práctica médica serán las que los guíen a la infracción de esta figura. Debido a esto, el perito médico será clave como medio probatorio, pues finalmente será él quien explique al juez cómo se suscitaron los hechos y si estos contravienen la *lex artis*, protocolos, y principios de la deontología médica.

No obstante, lo que tienen que conocer los jueces son aquellos elementos técnico-jurídicos que conforman el deber objetivo de cuidado. Para esto el legislador, dentro del tipo penal, establece una suerte de reglas que determinan la infracción al deber objetivo de cuidado, o al menos así explica el cuarto inciso del Art.-146. Pero a criterio de los jueces, estas reglas son insuficientes, abstractas, e inútiles; sus postulados no dirigen al lector a un criterio exacto en cuanto a la figura, simplemente recogen elementos que, a pesar de formar parte del concepto del deber objetivo de cuidado, no contribuyen con la determinación inequívoca de su infracción.

En conclusión, los operadores de justicia no lograrían identificar claramente la infracción al deber objetivo de cuidado en la mala práctica, puesto que las reglas, a su criterio, son insuficientes. Además, el tipo penal en sí es abstracto. Por otro lado, se destaca un el relativo desconocimiento del concepto de deber objetivo de cuidado por parte de los jueces, lo que solo

puede acarrear inseguridad jurídica para los ciudadanos, y en específico para el gremio de médicos.

CAPITULO 3

3. Análisis crítico basado en el trabajo de campo sobre las percepciones judiciales de la mala práctica médica y su relación con los debates doctrinarios

3.1 Contraste entre los conceptos doctrinarios y las percepciones judiciales acerca del deber objetivo de cuidado

En el desarrollo de los capítulos primero y segundo de este proyecto de tesis se pudo evidenciar que el deber objetivo de cuidado es una figura que presenta diferentes problemas, tanto desde el punto de vista doctrinario, como desde la perspectiva de los jueces entrevistados. La cantidad de acepciones conceptuales que se discuten en torno a esta figura, y sus elementos esenciales, dificultan un entendimiento unívoco de la misma. Esto deriva en dificultades para determinar su infracción, y, por lo tanto, una correcta subsunción del tipo penal al hecho real.

Uno de los problemas principales es que los jueces no conocen esta figura técnicamente a profundidad. A raíz de esto, intentan explicarla desde diferentes ópticas basadas en la experiencia vivencial, resaltando ciertos elementos que, si bien forman parte de la esencia del deber objetivo de cuidado, no logran consolidar un concepto claro que sirva como herramienta de apoyo para un correcto entendimiento de la mentada figura. De igual manera, la doctrina presenta un sinnúmero de postulados acerca del deber objetivo de cuidado y sobre cómo lograr la determinación de su infracción mediante el análisis objetivo y subjetivo de sus elementos, mismos que no son generalmente conocidos por los administradores de justicia. Todo esto según las teorías en las cuales los estudiosos se encuentran consolidados.

Sin embargo, se conoce lo complejo que puede resultar llevar estas teorías a la práctica; al fin y al cabo, todos estos pensamientos teóricos podrán ser válidos únicamente en el momento en que demuestren ser aplicables en un caso concreto. Esta reflexión queda muy clara en el momento en el que los administradores de justicia explican que la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado dependerá de las circunstancias en las que se presente el caso en concreto. En ese momento, y en base a la teoría del caso amparada en doctrina, las partes se convierten en las encargadas de demostrar al juez si los hechos se ajustan o no al tipo penal.

Es decir, lo que plantea cada una de las doctrinas sobre el deber objetivo de cuidado puede llegar a ajustarse a la teoría del caso en un primer momento. Al ser una figura indeterminada, compuesta por varias aristas, puede extenderse, dependiendo del caso específico, a las circunstancias que en la práctica se presenten. Esto nos lleva a deducir que la norma, por más reglas de aplicación que contenga, mantiene siempre un margen de indeterminación que solo puede resolverse empíricamente en el momento en que la norma es llamada dentro de un conflicto jurídico real. De ahí la importancia de continuar y profundizar los estudios empíricos de la norma en acción, más allá de la revisión doctrinaria tradicional.

Entonces, la búsqueda de un concepto que de alguna manera establezca un baremo de aplicación del deber objetivo de cuidado no es lo que en verdad importa para determinar la infracción de esta figura. La verdadera búsqueda se centra en el entendimiento a profundidad del caso específico, estableciendo las circunstancias que lo conforman y la forma en la que se suscitaron los hechos, para así constatar si las conductas verificadas son subsumibles a aquellos elementos que conforman el deber objetivo de cuidado. Todo esto requiere, por una parte, una participación transparente y precisa de los peritos especializados, pero también una formación

integral del juez para comprender al menos en un nivel básico, los criterios que configuran la actuación profesional óptima en diversos campos.

En la doctrina y en las entrevistas realizadas a los operadores de justicia, no se logró encontrar en su discurso un concepto claro y generalizable para la figura del deber objetivo de cuidado, pues sería imposible intentar reducir todos los elementos que conforman esta figura dentro de un concepto general y aplicable a todos los casos, especialmente debido al amplio espectro de aplicación de este concepto en áreas muy diversas de especialización profesional, incluso dentro de la propia medicina. Así, como lo indica Zambrano Pasquel, “la infracción del deber objetivo de cuidado es un concepto normativo que debe ser construido caso a caso” (Pasquel, 2014, pág. 7). El deber objetivo de cuidado va a variar en cada caso específico en el que se lo analice, así pues, las circunstancias fácticas que se verifiquen serán las que se subsuman en los diferentes elementos y conceptos que derivan del deber objetivo de cuidado.

Aun así, podemos referir que el deber objetivo de cuidado en el ámbito profesional, se rige en primer lugar las reglas de la Lex Artis, pues estas serán las directrices del experto en el desarrollo de su actividad específica. Estas reglas deberán ser respetadas para evitar que los bienes jurídicos de las personas sean violentados. Todo esto en concordancia con los principios deontológicos que rigen en cada materia, va a consolidar una conducta acorde al deber objetivo de cuidado. En cuanto a la previsibilidad y evitabilidad del hecho, en este tipo de actuaciones pasan a ser elementos de segundo plano, pues las actividades realizadas por expertos y profesionales la mayoría de las veces serán premeditadas haciendo muy complicado su determinación.

3.2 Reflexiones sobre el tipo penal: homicidio culposo por mala práctica profesional

En el pensamiento doctrinario no existe un argumento jurídico concordante y definitivo mediante el cual se determine la necesidad de la penalización autónoma del homicidio culposo por mala práctica profesional. Este tipo penal, como muchos otros, nació de la mano de un proyecto de ley propuesto por el gobierno del expresidente Rafael Correa, a puertas de las elecciones del año 2012-2013. El criterio que recogía el nuevo Código Orgánico Integral Penal era el de aumentar el tiempo de las penas privativas de la libertad, así como también agregar innovadoras figuras delictivas al catálogo de delitos que recogía el derogado Código Penal. Todo esto como una respuesta al creciente índice criminal que afectaba al país en el año 2012.

Esto reafirma la idea de que la política criminal ecuatoriana se encuentra denigrada por el paradigma del *populismo punitivo* el cual, como menciona Bottoms (1995),

Hace alusión a la utilización del Derecho Penal por parte de políticos que buscan sacar réditos electorales defendiendo tesis político-criminales, tales como la de que el incremento en las penas conllevaría automáticamente a una reducción de las tasas de delito o el postulado de que las penas refuerzan determinados consensos morales esenciales para la vida en sociedad. (1995, pág. 39)

En realidad, la creación de este tipo penal en nuestro país no se sustentó en estudios sociológicos, criminológicos, o de criminalística, sino que, podríamos considerar, que fue parte de procesos políticos que aprovecharon de la respuesta pública a la inseguridad en el país, para catapultar a candidatos a los altos mandos de gobierno.

Ahora bien, en las entrevistas a los operadores de justicia penal y en el desarrollo doctrinario se encontró el argumento de que este tipo penal nace en respuesta directa al segundo inciso del Art.- 54 de la Constitución del Ecuador el cual reza lo siguiente:

“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” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Este argumento no tiene un sustento jurídico sólido, ya que el hecho de que en la Constitución se instaure la figura de la responsabilidad por mala práctica profesional no implica necesariamente que se tenga que redactar un tipo penal que tipifique esta conducta. Como sabemos, la responsabilidad jurídica no es únicamente penal, sino también civil y administrativa, y de hecho son estos dos tipos de responsabilidad los que deberían priorizarse si tenemos en cuenta el principio de ultima ratio, por el cual el derecho penal debe actuar solo cuando fallan otros tipos de respuestas jurídicas. La responsabilidad penal no requiere un tipo autónomo para inculpar a los profesionales. En todos los casos en los que no se configura dolo, la integridad y la vida de las personas son bienes jurídicos protegidos por el tipo penal homicidio y lesiones inintencionales. Sobre este tema afirma Alfonso Zambrano Pasquel:

No es cierto que la responsabilidad por una mala práctica profesional surgió con la Constitución de la Revolución Ciudadana, pues en Ecuador se ha procesado penalmente a más de un profesional, principalmente médico, por la acusación de un ejercicio abusivo de la profesión que se traduce en un acto de mala práctica médica. (2014, pág. 10)

La figura de responsabilidad profesional y el delito de homicidio culposo por mala práctica no son figuras nacientes exclusivamente de la constitución de Montecristi. Aparte de todo lo dicho

anteriormente, se debe recalcar que la norma no señala un tipo de responsabilidad específico, por lo que no se justifica una conexión directa con la responsabilidad penal.

La reflexión, entonces, gira en torno a la siguiente interrogante: ¿Cuál es la necesidad socio-jurídica por la cual el legislador estableció un delito autónomo que tipifica la conducta de mala práctica profesional?

Durante esta investigación, se advirtió que para los jueces era necesario un delito autónomo pues los hechos ocurridos en la mala práctica médica no se subsumían a la conducta tipificada, dejando impunes a los médicos que violentaban los bienes jurídicos. Sin embargo, la Corte Nacional de Justicia, en la resolución dictada en el caso *Alban y Otros Vs el Estado ecuatoriano* (2007), aclaró que no es necesaria la implementación de una nueva figura delictiva para la correcta protección de la vida y la integridad de las personas, basta con la el delito de homicidio y lesiones inintencionales. Lo que es importante y debe ser trabajado por el Estado ecuatoriano es:

...regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y la integridad personal. Para todo ello, se requiere de la formación de un orden normativo que respete y garantice efectivamente el ejercicio de sus derechos, y la supervisión eficaz y constante sobre la prestación de los servicios de los que dependen la vida y la integridad de las personas. (*Albán Cornejo y otros vs Estado Ecuatoriano, 2007*)

Por tanto, debe existir, dentro del sistema jurídico, un conjunto de reglas que regulen la mala práctica médica, y que estas funcionen de manera integral. De tal forma, que ayuden al juez a dilucidar la gravedad de la conducta, las circunstancias en las que se dio la misma, y si el presunto autor es culpable o no; pues, en resumidas cuentas, en este tipo de delitos abiertos, “El Juez en su

función debe determinar si la conducta resulta abarcada por el derecho penal o si por el contrario la lesión al bien jurídico se produjo por accidente en el que quien la provocó no actuó en forma imprudente, pero sin embargo causó un resultado” (Posse, 2018, pág. 9).

Por lo tanto, no existe concretamente una necesidad ineludible para contar con el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional. La verdadera necesidad está en que el Estado ecuatoriano, con el afán de proteger la vida e integridad de las personas, ajuste su ordenamiento jurídico de una manera integral y ordenada, de manera que garantice a las personas el ejercicio de sus derechos mediante una tutela judicial efectiva. Esto no puede ni debe referirse exclusivamente al derecho penal, sino también a otras áreas de la normativa jurídica, incluyendo la de salud pública.

3.2.1 La evaluación de un tipo penal indeterminado y su problemática frente a principios rectores del derecho penal

La doctrina es clara frente a la naturaleza jurídica *sui generis* de los tipos penales imprudentes. Estos deben ser abiertos en cuanto a la conducta que tipifican, para así extender su campo de acción a todos aquellos posibles comportamientos que deriven en mala práctica médica. El problema nace, entonces, el momento en el que se intenta subsumir la conducta que atenta los bienes jurídicos al tipo penal. Al ser una norma indeterminada, será el juez quien busque la correcta aplicación de la misma. “Esta función integradora del juzgador, no afecta el principio de legalidad; el mismo no inventará la norma sino que la buscará en el ordenamiento jurídico o reglas del sector del círculo del autor –lex artis-, de manera objetiva, es decir sin valoraciones de ningún tipo” (Posse, 2018).

Parecería estar solucionada la contraposición que existe entre los tipos penales abiertos y el principio de legalidad, pero esto resulta más complicado en la práctica. Esto fue advertido en las narraciones de los jueces. Es hasta cierto punto simplista decir que no se atenta contra el principio de legalidad porque el juez no crea la norma, sino que busca dentro de su ordenamiento jurídico la forma de ajustar la conducta específica en el tipo penal. Esto, a breves rasgos, parece correcto, pues no hay interpretación extensiva por parte del operador de justicia, sino que este desenvuelve sus funciones en los límites que traza la norma.

El problema práctico se manifiesta en el momento que se presenta una norma indeterminada en demasía, lo que ocurre cuando la conducta típica es difícil de definir. Además de ser confusa y gramaticalmente errada, como lo es la redacción del Art.- 146 del Código Orgánico Integral Penal, los jueces no saben cómo actuar frente a esta norma. Aseveran que en el momento de administrar justicia y dictar una sentencia en un proceso por mala práctica médica, estarán frente a un gran problema porque la norma, en primer lugar, es demasiado abstracta. Esto debido a que los elementos objetivos que conforman el tipo son muy abiertos, lo cual dificulta aún más la subsunción de las circunstancias del hecho ocurrido. En segundo lugar, los jueces no entienden cómo debe ser aplicada la norma, pues se compone por cuatro numerales y cuatro reglas para la determinación del deber objetivo de cuidado. Los jueces no tienen claro que el homicidio culposo por mala práctica profesional prevé, dentro de su estructura, dos delitos: uno simple y uno agravado. Para que se configure la agravante constitutiva del segundo delito, se deberán verificar tres elementos clave. Sin embargo, todos estos deberán ocurrir en la misma conducta, de lo contrario, el agravante no se constata. Estas particularidades no aparecen claras en los criterios de los jueces entrevistados. La verificación simultánea de estos elementos constitutivos la confunden con las reglas de determinación, y explican que las cuatro reglas deben verificarse de manera

paralela. Todo esto según la resolución de la Corte nacional de Justicia 01-2014. No obstante, del análisis de la misma no se verifican los elementos que los jueces interpretaron.

Entonces, si se tiene un tipo penal que, de por sí, carece de una certera descripción de la conducta del delito, sumado a la problemática previamente explicada, y a un relativo desconocimiento o falta de precisión en la comprensión de los administradores de justicia, puede derivar en una enorme zona de penumbra frente a la cual los jueces no parecieran saber cómo actuar. Esto resulta en una muy grave fragilidad de principios como el de legalidad, mínima intervención penal, tutela judicial efectiva y de seguridad jurídica. Aunque el análisis de la fragilidad de estos principios no forma parte del alcance de esta investigación, es importante poner este problema a consideración.

Tipos penales como este llevan a pensar que se ha perdido la esencia del derecho penal como aquella herramienta estatal de *ultima ratio*, que va a aplicar aquellas sanciones especialmente restrictivas de derechos fundamentales, en contra de personas que cometieron acciones gravemente lesivas que imposibilitan la convivencia de los seres humanos. Parecería ser que “En la actualidad existe tendencia internacional de protección de la mayor cantidad de bienes jurídicos contra toda forma de ataque y ello ha provocado un aumento de los llamados delitos imprudentes” (Posse, 2018, pág. 1); como si, para el Estado, la ampliación del catálogo de delitos fuera la respuesta directa para una correcta tutela de los bienes jurídicos, que deja de lado criterios como el de prevención y el de reparación. El derecho penal ha sido tomado con desmedida ligereza y no responde a sus propios principios rectores, ni a cuestiones resueltas a nivel de política criminal. Este, en realidad, puede obedecer a cuestiones coyunturales y políticas que derivan en una expansión penal sin reflexión, ni sustento jurídico.

Entonces, cómo se puede obligar a que un juez penal actúe en ejercicio de una tutela judicial efectiva, frente a un médico que es acusado por el delito de mala práctica profesional, si la norma ni siquiera respeta los principios del derecho penal. Además, esta norma recoge tantos errores que pone al operador de justicia frente a grandes confusiones y desconocimiento en la aplicación de la misma. Lo mismo sucede con la presunta víctima. En ese sentido, no hay tanta exageración por parte del Colegio de Médicos de las Provincias del Azuay, Guayas y Pichincha, en creer que la tipificación del homicidio culposo no es más que una “Cacería de Brujas” (Zambrano, 2014).

3.2.2 Especial crítica a las reglas de determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado

De todo lo aprendido, tanto en la doctrina como en las narraciones de los jueces, es de resaltar una reflexión que se mostró muy clara en el momento de analizar el deber objetivo de cuidado, dentro del homicidio culposo por mala práctica médica: carece de sentido explicar dentro del tipo penal la infracción al deber objetivo de cuidado, más aún mediante reglas genéricas, aplicables a todos los procesos.

Esto ya lo explicó Maurach (1995), al tratar el tema de la culpa:

Lo que deba entenderse por actuar culposo, no está definido en la ley. El texto legal no es de mucha ayuda en el intento de elaborar conceptos... se deberá intentar determinar de forma justa lo que debe entenderse por culpa, desde puntos de vista sistemático-jurídico-penales, en especial, teórico normativo y político criminales. (pág. 116)

El tipo penal, entonces, no tiene como fin explicar la determinación de los elementos del tipo. Este debe remitirse a tipificar la conducta de manera precisa, para que así la subsunción del hecho verificado sea posible. En el momento en que se determinan reglas para la aplicación de un elemento específico, y estas no son lo suficientemente claras, terminan por condicionar de manera negativa al intérprete, ya sea juez, fiscal, o abogado en libre ejercicio.

En el caso concreto dentro del homicidio culposo por mala práctica profesional, se establece un conjunto de reglas que deberían ayudar a la determinación de la infracción al deber de cuidado; las mismas que, después de ser analizadas muy detenidamente, resultan ser erradas, tautológicas, e inútiles para su fin; sin embargo, puesto que están recogidas en la ley, no hay más posibilidad que obedecerlas. Se insiste en lo que dijo uno de los jueces entrevistados:

No podríamos nosotros salirnos de lo que dice la norma, además jurisprudencia nacional no tenemos sobre el tema al respecto, pero eso si nos va a servir como herramienta para unificar actuaciones y que la ciudadanía tenga un poco de seguridad jurídica sobre nuestras actuaciones, que es lo más importante. (Administrador de Justicia 3, comunicación personal, 24 de Julio de 2018)

Por lo tanto, el momento en que un juez, por tutelar el principio de legalidad, obedezca a la norma y siga los parámetros que establecen estas reglas, surge la posibilidad de que atente contra los derechos fundamentales de cualquiera de las partes, pues su campo de acción se encuadra en lo que estas reglas proponen, con todas las dificultades socio-jurídicas que hemos mencionado.

Por todo lo previamente establecido, se entiende que se habría podido prescindir de este conjunto de reglas, pues el deber objetivo de cuidado es una figura que se ciñe a las circunstancias fácticas de un caso concreto y las reglas mencionadas no son particularmente útiles para guiar la

aplicación del concepto en cuestión. Dependiendo de estas variables, la doctrina ayudará y guiará al juez a la correcta aplicación de la norma.

3.3 La mala práctica médica como infracción al deber objetivo de cuidado

3.3.1 La correcta actuación médica frente a la mala práctica médica

Es menester tener en cuenta que la mala práctica médica no se va verificar únicamente en las intervenciones que los médicos realizan en pro de salvar la vida de un paciente. La actividad médica es más que el diagnóstico, tratamiento o las operaciones que realiza un médico; es el conjunto de actos realizados por un profesional médico, dirigido a proporcionar un servicio integral de salud. Debido a esto, el campo de acción de un médico se extiende, casi sin ningún límite, a todos aquellos actos que este realice en el ejercicio de su profesión, como por ejemplo los tratamientos profilácticos, hasta el seguimiento y control post operatorio del paciente que fue intervenido; por lo que la mala práctica médica será verificable en todo este gran espectro de posibles conductas.

La actividad médica en el Ecuador no cuenta con una regulación que se aplique de manera general, estandarizada y sistemática. Si bien la ley orgánica de salud se encuentra vigente, esta no regula la actuación del profesional de la salud ya que no establece parámetros de acción, ni contempla deberes y obligaciones de los mismos; este cuerpo normativo plantea directrices en cuanto a la autoridad sanitaria nacional y los establecimientos que brindan este servicio público, sin embargo, temas como el de la mala práctica médica no encuentran regulación en esta ley. Así mismo el actual código de ética médica avalado por el ministerio de salud pública, si bien recoge varios principios de la deontología médica, este se encuentra dirigido a regular las comisiones de ética y las coordinaciones zonales de cada provincia, una vez más dejando de lado el tema de la

actuación del profesional de la salud; puesto que si bien los principios de la ética médica van a ser los pilares fundamentales en el desarrollo de la actividad médica, las normas técnicas serán las que de manera específica regulen el actuar del médico.

El actuar de los profesionales de la salud no está regido específicamente por el ordenamiento jurídico, todas las acciones de estos expertos responderán a los diferentes avances científicos que se dan en las respectivas áreas de la medicina, los protocolos intrahospitalarios, las reglas de la *Lex Artis*. Todo esto con base en los principios de la deontología médica.

Por lo tanto, los elementos meta-jurídicos serán los que guíen a una correcta actividad médica por parte del galeno, empero, estos no son criterios unificados y se encuentran dispersos tanto dentro como fuera del marco jurídico. Estos, además, están en constante transformación, pues se adaptan a los cambios que día tras día se descubren en la ciencia médica, lo que dificulta aún más la determinación de una conducta que responda a mala práctica médica. Estas últimas particularidades deben llevarnos a reflexionar sobre la necesidad de conocer y entender, desde las diversas formas de ejercicio de los profesionales del derecho, los contextos sociales y científicos en los que se desarrolla la vida en comunidad, que nunca pueden ser cubiertos de manera exhaustiva por las reglas jurídicas.

Es necesario tener claro que los profesionales médicos, en primer lugar, brindan un servicio para la sociedad. Al formar parte de una rama científica que por excelencia cuida la vida e integridad de los seres humanos, los médicos cargan una responsabilidad que involucra un nivel muy alto de dificultad en las acciones que realizan en el día a día de su ejercicio profesional, y el enfrentamiento de una serie de decisiones que deben tomarse muy rápidamente y que al mismo tiempo pueden significar la diferencia entre la vida y la muerte de una persona. No se debe

descuidar, en este contexto, la premisa de que el médico es la persona que dedica su vida a cuidar del enfermo y curarlo de sus padecimientos.

Por tanto, no parece correcto expandir la criminalización de un acto cometido involuntariamente por un profesional que está intentando salvar la vida de una persona. Tanto más, cuanto los tipos generales de lesiones y homicidio pueden responder por sí a una verdadera actuación negligente por parte de un médico u otro profesional. Lo que podría lograr el tipo autónomo es privar de la libertad y del ejercicio a un profesional, sin importar el grado de dificultad que supone la actividad que realiza, sin mencionar el arduo y extenuante trabajo al que se someten estos expertos y potencialmente encareciendo el costo de los servicios médicos debido al riesgo de responsabilidad penal que supone toda intervención.

3.3.2 Deberes generales del médico

El hecho de ser un profesional de la salud presupone la obediencia a un conjunto de reglas no siempre escritas. Sin embargo, estas regulan y evalúan la práctica de un doctor en el ejercicio de su profesión, que es lo que entendemos como deontología médica. Los deberes que derivan de la deontología médica pueden ser infinitos. No obstante, existen responsabilidades específicas que van a servir en la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado, así lo explica la doctrina y también los jueces entrevistados en este proyecto investigativo.

La medicina es una ciencia en evolución continua, empero, al médico socialmente se le exige casi perfección en su actividad profesional debido a que trabaja directamente con la vida e integridad física y psicológica de las personas. Es por esto que la práctica médica está blindada de deberes que los galenos deben cumplir obligatoriamente para evitar un desenlace fatídico para el paciente. Como se puede observar en el primer capítulo de este trabajo de tesis, basta únicamente

que el médico trastabillo en uno de sus deberes, para que sistemáticamente sus demás obligaciones se incumplan y así se atenten los principios deontológicos de la medicina.

Para los jueces, de igual manera, es claro este aspecto. El incumplimiento de los deberes generales del médico es una clara infracción al deber objetivo de cuidado. En las entrevistas se tocó el tema del deber de autoanálisis de capacidades como el deber de informar al paciente la situación que lo aqueja. Uno de los entrevistados explicó:

Ubiquémonos en la situación en la que el médico no estaba autorizado o capacitado para realizar la operación a la que me voy a someter, si no me advierte esto, me niega y no me explica, ya está incurriendo en los elementos del tipo, y además de esto no me advierte que yo tengo algún riesgo, y el momento que me está operando se presenta un paro cardíaco por motivo de este riesgo; ya estaríamos frente a una infracción del deber objetivo de cuidado. (Administrador de Justicia 1, comunicación personal, 13 de Julio de 2018)

No hay duda alguna en cuanto a este punto, el incumplimiento de los principios de la deontología médica es una clara infracción al deber objetivo de cuidado, ya que estos van a ser los encargados de guiar al médico en los “altos estándares de ética y moral en el actuar profesional” (Ordoñez, 2014, pág. 93). No obstante, es preciso analizar desde otra óptica la compleja tarea del profesional de la salud al tener que observar todos estos deberes en el ejercicio de su actividad médica; ésta, de por sí, ya exige un grado de concentración y de compromiso muy alto en su conducta; y, además de esto, es la deontología médica la que incrementa estos parámetros y eleva la exigencia al galeno mediante deberes, principios éticos y morales.

El médico carga la presión de la perfección en sus hombros, y, a pesar de todas las responsabilidades que este profesional llega a tener, también se penaliza con la privación de la libertad y la pérdida de su licencia para el ejercicio de su profesión, aquellos errores que los

médicos puedan llegar a cometer en la práctica médica, y que no siempre serán consecuencia de una actuación negligente, sobre todo teniendo en cuenta la vaguedad de las normas que hemos estudiado. Para el Estado ecuatoriano, la penalización parece ser la única solución viable para tratar la mala práctica médica en el país. Sin embargo, ese corre un serio riesgo de saturar a los profesionales de la salud con responsabilidades desproporcionadas que no van a solucionar el problema de la mala práctica médica. Además, como resultado, se amedrenta a este gremio como si el fin del derecho penal fuese la intimidación como medio de corrección.

Ninguna otra profesión tiene las mismas exigencias que la medicina, no existe otra profesión que trate tan directamente con la vida o la muerte de sus atendidos. Por lo tanto, los principales afectados por el tipo penal que criminaliza la mala práctica profesional son los médicos y demás profesionales de la salud, a los cuales se obliga a trabajar bajo la amenaza de ser responsabilizados penalmente, lo que a la larga puede resultar en perjuicios para los potenciales pacientes.

3.3.3 La problemática en los medios probatorios trascendentales para la determinación de la mala práctica médica

Si bien se conoce que la recopilación de los elementos de convicción siempre va a depender del caso en específico y de los hechos que en él ocurrieron, también es cierto que en la mayoría de delitos existen elementos de convicción de tal trascendencia que, al momento de prescindir de estos, resulta muy difícil probar que las circunstancias se subsumen a la hipótesis punitiva en cuestión, volviéndolos trascendentales en la prosecución del proceso.

Un ejemplo claro son los accidentes de tránsito con muerte. Si no existen los peritajes que expliquen la forma en la que sucedió el accidente, o la reconstrucción y reconocimiento del lugar de los hechos, no se logrará explicar al juez lo ocurrido, peor aún probarlo. Se deja, entonces, en tela de duda si se violentó, en primer lugar, el deber objetivo de cuidado; si el accidente fue resultado de la imprudencia de cualquiera de las dos partes o de un tercero desconocido; o si fue el accidente, y no las circunstancias independientes, las que ocasionaron la muerte de la presunta víctima.

En el delito de muerte o lesiones por mala práctica médica ocurre algo similar. La doctrina y los jueces sostienen el razonamiento de que en la búsqueda de la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado será sustancial contar con ciertos elementos de convicción (posteriormente medios probatorios) que demuestren al operador de justicia, con razones suficientes, que los hechos del caso son subsumibles en el tipo. Estos elementos son únicos, pues comprueban la existencia de circunstancias que llegan a ser clave en el decurso del proceso penal, circunstancias que no logran comprobarse sin la ayuda de estos elementos y esto es lo que los vuelve trascendentales.

Estos elementos probatorios son: el peritaje médico legal que se realiza a la presunta víctima, y en segundo lugar la *Lex Artis*. Esta última si bien no se la considera como un elemento probatorio en sí, sin embargo, a los componentes que la conforman si se les otorga este tratamiento. Así comenzamos con el análisis de los mismos.

3.4 La valoración de la *Lex Artis* en el campo de la medicina

Como se explicó en el párrafo inmediato superior, la *Lex Artis* en sí misma no es elemento probatorio, serán sus componentes los que deriven en medios probatorios específicos. Esto está

sustentado en la idea de que la *Lex Artis* no es un conjunto de reglas claras y generales que van a regir la actuación de los médicos, y tampoco se trata de reglas de carácter jurídico; la *Lex Artis*, en el campo de la medicina, está compuesta por literatura científica, protocolos y métodos de actuación médica, guías de manejo del paciente y cualquier reglamento expedido sobre la materia. Todos estos elementos son los que van a demostrar a los jueces cómo debieron actuar los profesionales de la salud y poder compararlo con el caso en específico. Nuevamente, debemos regresar a la reflexión sobre la importancia de los elementos extra jurídicos en las decisiones judiciales.

La *Lex Artis* termina siendo un elemento trascendental en la determinación del deber objetivo de cuidado y, por ende, de la mala práctica médica. Los jueces van a basarse en esta para saber de qué se trata el caso y poder entenderlo hasta cierto punto de manera técnica, pues lógicamente el operador de justicia no siempre tiene el conocimiento previo suficiente para resolver motivadamente en sentencia. Su apoyo serán las explicaciones que dé la literatura científica, los instructivos y protocolos que el médico debió seguir, y las distintas reglas que existan en cuanto al caso, así como las interpretaciones que de estas reglas ofrezcan los peritos que intervengan en el proceso.

En este punto es preciso insistir en que la *Lex Artis* es un elemento meta-jurídico. Es decir, ninguno de sus componentes se encuentra establecido en las leyes, por lo tanto, su aplicación es cambiante, inestable e incierta, lo que no puede ser de otra manera por que las profesiones, en específico la medicina, están en un constante cambio y evolución debido a la tecnología y los descubrimientos científicos que se logran. Además, como se dijo anteriormente, la medicina no es una ciencia exacta, pues trata con seres humanos diferentes, y contiene una infinidad de variables;

así mismo, cuenta con distintas teorías científicas, cada una con un distinto argumento y aplicación, protocolos y reglas.

En el intento de conciliar este problema, la doctrina explica que para que se puedan aplicar las reglas de la *Lex Artis*, se debe comparar entre casos similares y así lograr determinar cuál es el correcto actuar del médico en las mismas condiciones

No obstante la indeterminación de la *Lex Artis* es un problema mayor, ya que los médicos gozan de cierta libertad en sus actuaciones. Ellos, en el ejercicio de su profesión, aplicarán los métodos, protocolos y reglas que consideren correctos, sustentados en conocimientos científicos, experiencia profesional, y estudios que demuestren ser correctos. Empero, como se evidenció, estos conocimientos y estudios podrán tener detractores que sostengan otras teorías que para muchos médicos también serán las correctas.

A pesar de que el médico realice una correcta actuación basada en reglas de la *Lex Artis*, podría llegar a ser responsabilizado penalmente si su paciente fallece, ya que el juez puede considerar correctas las teorías detractoras y no las aplicadas por el médico.

No existe seguridad jurídica, entonces, para los profesionales de la salud en este punto. La *Lex Artis* no contempla en sus componentes medios probatorios contundentes para la demostración de la mala práctica médica. Esta únicamente servirá al juez como guía en el entendimiento del caso, sin embargo, no podrá ser utilizada como argumento de motivación en la sentencia.

3.5.- La importancia de la pericia médico-legal

No es coincidencia que todos los jueces entrevistados consideren al peritaje médico legal como la prueba fundamental en los procesos que se sigan por homicidio culposo por mala práctica

médica. Para el juez, será el perito en la defensa de su informe quien esclarezca, de forma técnica y científica, cómo es que se suscitaron los hechos del caso. De la misma manera, la doctrina considera que será el perito quien dé a conocer al juez si el médico actuó de conformidad a las reglas de la *Lex Artis*, para así determinar la infracción al deber objetivo de cuidado.

La pericia médico legal será el punto de partida para los jueces dentro del estudio del caso, pues esta va a servir como una especie de auditoría a las conductas que realizó el médico. Se debe tener en cuenta que para que el perito realice su informe y establezca las conclusiones del caso, este deberá contar con todos los elementos de convicción que deriven del proceso. Al reunir todos estos, los estudiará uno a uno y expondrá sus argumentos al juez. Por lo que es necesario entender que el examen peritológico forma parte crucial de la investigación del proceso.

Sin embargo, se presenta la misma problemática planteada previamente al hablar de la *Lex Artis*. Los informes periciales, de la misma manera, pueden llegar a ser contradictorios y serán los jueces, en función de la “sana crítica”, quienes decidan si hubo infracción o no del deber objetivo de cuidado.

Como ya se mencionó, el médico puede actuar de una manera correcta, sustentada en ciencia y respetuosa de las reglas de la *Lex Artis*; sin embargo, un perito puede tener otras concepciones, que igualmente encuentran su sustento científico. Esto resulta contradictorio y, al final, será el juez quien decida cuál es el lineamiento correcto. Si el juez cree que la teoría del perito es la pertinente, el médico, a pesar de haber actuado de manera correcta, igual terminará siendo responsable penalmente. La dificultad, naturalmente, es que no siempre los jueces contarán con la formación y experiencia suficiente como para tomar una decisión sobre un campo del saber tan especializado.

Los médicos se encuentran en este aspecto en una importante incertidumbre ante un tipo penal que termina criminalizando sus acciones, ya que no tienen una seguridad jurídica sólida para desarrollar sus actividades con la tranquilidad que el Estado debe otorgar, pues en cualquier momento podrían llegar a ser culpados a pesar de que los actos que realicen sean los correctos.

No podemos dejar de reseñar que el concepto de seguridad jurídica es reelaborado, no siendo sólo la mera previsibilidad de las decisiones judiciales, sino que depende de la vigencia efectiva de los bienes jurídicos de todos los habitantes. Precisamente, estos bienes se ven amenazados por el ejercicio irracional del poder punitivo por parte del sistema penal. (Freedman, 2000, pág. 445)

En el momento en el que se utilizó al sistema penal como herramienta de control para los profesionales de la salud, no se reparó en que no tenía una aplicación práctica para contrarrestar el problema que giraba en torno a la mala práctica médica; en este sentido, esto resulta en el poder punitivo irracional y violenta los bienes jurídicos de los profesionales, amedrentándolos y amenazándolos en su actividad diaria.

CAPÍTULO 4

4. CONCLUSIONES

Como se mencionó en el resumen y marco teórico, este proyecto de tesis tiene como motivación principal el entendimiento cabal de la figura del deber objetivo de cuidado en los delitos de lesiones y homicidio culposo por mala práctica médica, de tal manera que se logre un estándar de aplicación acorde al sistema jurídico ecuatoriano. Con esa finalidad, la metodología incluyó el estudio doctrinario de la figura, además del análisis del tipo penal en específico, y entrevistas a varios administradores de justicia penal del Azuay, pues, al no existir jurisprudencia sobre el tema, se pretendió colmar el vacío mediante sus respuestas, puesto que se considera que ellos pueden mostrar de la manera más acertada cómo son posiblemente las sentencias en este tipo de delitos, y cómo se aplican en el deber objetivo de cuidado dentro del marco jurídico ecuatoriano.

Sin embargo, al finalizar el presente trabajo de investigación, se encontró que el deber objetivo de cuidado es una figura que presenta un alto grado de complejidad. Al ser una figura indeterminada, compuesta por varias aristas, puede extenderse, dependiendo del caso específico, a las circunstancias que en la práctica se presenten; por más que se establezcan reglas de aplicación, esta figura siempre mantiene un margen de indeterminación que solo puede ser resuelto empíricamente en el momento en que la norma es llamada dentro de un conflicto jurídico real. De ahí la importancia de profundizar los estudios empíricos de la norma en acción, pues esta es la manera correcta de desarrollar el deber objetivo de cuidado dentro del tipo penal específico, más allá de la revisión doctrinaria tradicional.

La respuesta no está en la búsqueda de un estándar de aplicación general de la figura, como se creía antes de la realización de este proyecto. Lo correcto es el entendimiento de todos los

elementos que conforman el deber objetivo de cuidado y cómo estos intervienen en el caso específico. Dentro del ámbito del profesional de la salud, el deber objetivo de cuidado se rige por las reglas de la *Lex Artis*, compuesta por literatura científica, protocolos y métodos de actuación médica, guías de manejo del paciente y cualquier reglamento expedido sobre la materia. Estas son las directrices que rigen el desarrollo de su actividad específica. Todo esto en concordancia con los principios de la deontología médica, de los cuales derivan los deberes esenciales del médico y sus auxiliares, los mismos que van a consolidar sus conductas de manera acorde al deber objetivo de cuidado.

En cuanto a la previsibilidad y evitabilidad del hecho, en este tipo de actuaciones pasan a ser elementos de segundo plano, pues las actividades realizadas por los profesionales de la salud siempre son premeditadas, lo que complica su determinación.

En cuanto a la teoría de la imputación objetiva y la figura del deber objetivo de cuidado, se debe tener en cuenta que si bien se encuentran interconectados, el momento de verificación dentro del acto típico antijurídico y culpable es totalmente distinto. No se deben confundir, como lo hacen algunos sectores de la doctrina que sostienen que el deber objetivo de cuidado puede ser suplantado por los parámetros de la teoría de la imputación objetiva. En un primer momento, el análisis que se debe realizar es el del deber objetivo de cuidado, determinando la infracción al mismo y, posteriormente, ajustarlo a los parámetros de aplicación que establece la teoría de la imputación objetiva para así establecer la atribuibilidad del delito.

Ya en el estudio del Código Orgánico Integral Penal, particularmente en la revisión básica de los delitos imprudentes, se pudo establecer que los elementos del tipo de este conjunto de delitos son idénticos. Por tanto, se concluye que no había la necesidad de crear varios delitos autónomos que abstraigan conductas específicas como la mala práctica profesional, si, al final, se cuenta con

la figura delictiva genérica de homicidio culposo, que en lo único que se diferencia de los demás tipos penales imprudentes es el sujeto activo calificado. En lugar de redactar un tipo penal autónomo para cada una de las conductas o simplemente prescindir de estos delitos, el legislador debe contemplarlos como un agravante general y dejar que el juez se ocupe de subsumir estas conductas en el tipo penal abierto, siempre y cuando exista el argumento jurídico para hacerlo.

No existe la necesidad ineludible para contar con el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, así lo reconoció la CIDH en su resolución dictada dentro del caso *Albán Cornejo y Otros Vs. Ecuador*. Si bien los administradores de justicia explican que este delito era necesario dentro de nuestro ordenamiento, paradójicamente, sostienen en sus entrevistas que el tipo penal únicamente responde a un fenómeno coyuntural, que prescinde de estudios o de una base argumentativa sustentada en políticas criminales. Por lo tanto, el tipo penal recogido en el Art.-146 sufre de un alto grado de indeterminación que solo causa problemas a los jueces al momento de administrar justicia. El derecho tradicionalmente se estudia como un todo completo, sin lagunas, que contiene en sí mismo todas las reglas para resolver los vacíos de ley. Pero aquí se puede ver que, de llegar a darse el caso de tener que sentenciar, los jueces no están preparados.

Por ende, la norma positiva nunca llega a ser suficiente para la erradicación de los problemas sociales. La creación de tipos penales por sí misma no es una solución, ya que los tipos penales son apenas un intento precario de definir lo que constituye una conducta socialmente inaceptable.

La verdadera necesidad está en que el Estado ecuatoriano, con el afán de proteger la vida e integridad de las personas, ajuste su ordenamiento jurídico de una manera integral y ordenada, de manera que garantice a las personas el ejercicio de sus derechos mediante una tutela judicial

efectiva. Esto no puede ni debe referirse exclusivamente al derecho penal, sino también a otras áreas de la normativa jurídica, incluyendo la de salud pública.

No parece correcto expandir la criminalización de un acto cometido involuntariamente por un profesional que está intentando salvar la vida de una persona. Tanto más, cuanto los tipos generales de lesiones y homicidio pueden responder por sí a una verdadera actuación negligente por parte de un médico u otro profesional. Lo que podría lograr el tipo autónomo es privar de la libertad y del ejercicio a un profesional, sin importar el grado de dificultad que supone la actividad que realiza, sin mencionar el arduo y extenuante trabajo al que se somete y, potencialmente, encareciendo el costo de los servicios médicos debido al riesgo de responsabilidad penal que supone toda intervención.

El Estado ecuatoriano no maneja su sistema punitivo mediante un compendio de políticas criminales, sino que utiliza la penalización como única solución viable para tratar la mala práctica médica en el país, desconociendo el serio riesgo de saturar a los profesionales de la salud con responsabilidades desproporcionadas que no van a solucionar el problema de la mala práctica médica. Además, como resultado, se amedrenta a este gremio como si el fin del derecho penal fuese la intimidación como medio de corrección.

En el momento en el que se utilizó al sistema penal como herramienta de control para los profesionales de la salud, no se reparó en que el sistema carece de una aplicación práctica para contrarrestar el problema que gira en torno a la mala práctica médica. Esto resulta en el poder punitivo irracional y violenta los bienes jurídicos de los profesionales, amedrentándolos y amenazándolos en su actividad diaria.

BIBLIOGRAFÍA.

- Albán Cornejo y otros vs Estado Ecuatoriano, S/N (Corte Interamericana de Derechos Humanos noviembre 22, 2007).
- Abraldes, S. F. (2018, 7 30). <https://archivos.juridicas.unam.mx>. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx>: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2506/22.pdf>
- Arrubla, C. M. (1998). *Actividad Médica*. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE.
- Bacigalupo, E. (1997). Principios de Derecho Penal. Parte General. En E. Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal. Parte General* (pág. 246). Buenos Aires : Akal.
- Barba, M. C. (2015). *RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL TIPIFICADA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENA*. Cuenca: Universidad de Cuenca.
- Barreiro, J. A. (1995). *La Imprudencia punible en la actividad medico-quirirjica*. Madrid: Tecnos.
- Bioética, C. N. (2015, abril 21). www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx. Obtenido de www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx: http://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/interior/temasgeneral/consentimiento_informado.html
- Bottoms, A. (1995). *The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing*. Oxford: Clarendon Press.
- Calello, L. J. (2010, Julio 16). www.diariojudicial.com. Obtenido de www.diariojudicial.com: <http://www.diariojudicial.com/nota/22109>
- Christie, N. (1989). El Hombre en el Derecho Penal. En N. C. Otros., *Abolicionismo Penal*. (pág. 30). Buenos Aires: EDIAR.
- Ciafardini, M. (1988). Prólogo. En N. Christie, *Abolicionismo Penal* (págs. 7-8). Buenos Aires: EDIAR.

- Conde, F. M. (1990). Teoría General del Delito. En F. M. Conde, *Teoría General del Delito* (pág. 69). Bogotá: TEMIS.
- Córdoba, F. (2011). Dolo y evitabilidad individual. *Pensar en Derecho*.
- Corredor, H. T. (2003). *Sistema de seguridad Social Salud*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Cruz, J. Á. (2002). *El Delito Imprudente: La Determinación De La Diligencia Debida*. Santiago: Editoriales Jurídicas.
- Donna, E. A. (2013). Derecho Penal Parte General. Tomo V. En E. A. Donna, *Derecho Penal Parte General. Tomo V* (pág. 181). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Freedman, D. (2000). *Comentario a Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- Gómez, E. A. (2004). Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. En E. A. Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano* (pág. 150). Quito: Ediciones Legales.
- Hirsch, H. J. (1999). Acerca de la teoría de la imputación objetiva. En H. J. Hirsch, *Acerca de la teoría de la imputación objetiva* (pág. 60). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Jacobs, G. (2016). La Imputación Objetiva en el Derecho Penal. En G. Jacobs, *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal* (pág. 118). Madrid: CIVITAS.
- Lengua, R. A., & Real Academia de la Lengua. (2002). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*. Madrid: RAE.
- Lozano, M. A. (2016). Los Tipos Abiertos Desde La Teoría Del Delito y el Principio De Legalidad en la Fuerza Pública. 3.
- Maurach, R. (1995). Derecho Penal Parte General. En R. Maurach, *Derecho Penal Parte General* (pág. 125). Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Moreno, M. d. (2008, junio 5). www.criminalisticaforense.com/. Obtenido de www.criminalisticaforense.com/: http://www.criminalisticaforense.com/images/v14_r2_a3.pdf

- Ordoñez, M. A. (2014). *Fundamentos de Medicina Legal*. Nuevo Leon: McGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S. A. .
- Pasquel, A. (2014). *La Mala Práctica Médica*. Quito: Juris.
- Pasquel, A. Z. (2014, febrero 24). *www.derechoecuador.com*. Obtenido de [www.derechoecuador.com: https://www.derechoecuador.com/la-mala-practica-profesional-en-el-coip](https://www.derechoecuador.com/la-mala-practica-profesional-en-el-coip)
- Pasquel, A. Z. (2016). Manual de Derecho Penal. Cuarta edición. En A. Z. Pasquel, *Manual de Derecho Penal. Cuarta edición* (pág. 20). Quito: Corporacion de Estudios y Publicaciones.
- Pinzón, G. V. (2001, julio 3). *www.medicolegal.com.co*. Obtenido de [www.medicolegal.com.co: http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2001/7/3/asp_resp_2_v7_r3.pdf](http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2001/7/3/asp_resp_2_v7_r3.pdf)
- Posse, V. (2018). LA DETERMINACION DEL DEBER DE CUIDADO SIEMPRE ES OBJETIVA Y LAS CAPACIDADES ESPECIALES DEL SUJETO CARECEN DE INCIDENCIA A NIVEL DE LA TIPICIDAD. ESPECIAL ENFOQUE DESDE EL ÁMBITO DE LA MEDICINA. . *LA DETERMINACION DEL DEBER DE CUIDADO SIEMPRE ES OBJETIVA Y LAS CAPACIDADES ESPECIALES DEL SUJETO CARECEN DE INCIDENCIA A NIVEL DE LA TIPICIDAD. ESPECIAL ENFOQUE DESDE EL ÁMBITO DE LA MEDICINA*. (pág. 9). Buenos Aires: UBA.
- Roxin, C. (1999). Derecho Penal Parte General. En C. Roxin, *Derecho Penal Parte General* (pág. 1000). Buenos Aires: Civitas.
- Sanchez, N. N. (1998). *Vademecum Jurídico Para Defender a los Médicos y su Entorno*. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas CUYO.
- Terragni, M. A. (2003). El Delito Culposos en la Mala Praxis Medica. En M. A. Terragni, *El Delito Culposos en la Mala Praxis Medica* (pág. 16). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Terragni, M. A. (2012). Tratado de Derecho Penal. Tomo I. En M. A. Terragni, *Tratado de Derecho Penal. Tomo I* (pág. 338). Buenos Aires: La Ley.

Tobar, E. J. (2018). EL DEBER DE CUIDADO EN EL HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL DEL MÉDICO. *Novedades Juridicas.*, 78.

Vallés, R. R. (1998). *La Atribucion del Conocimiento en el Ámbito de la Imputación Dolosa*. Baecelona: Universitat Pampeu Fabra.

Welzel, H. (1987). Derecho Penal Aleman 3ra Edicion. En H. Welzel, *Derecho Penal Aleman 3ra Edicion* (pág. 95). Santiago: Editorial Juridica de Chile.

LEYES:

Constitución de la República del Ecuador [2008]. [Quito]. Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008

Código Penal [1971]. Registro Oficial, Suplemento, No. 147, 22 de febrero de 1971.

Código Orgánico Integral Penal [2014]. Registro Oficial, Suplemento, No. 180, 10 de febrero de 2014.

Resolución No. 01-2014, Suplemento del Registro Oficial No. 246 de 15 de mayo de 2014