

# UCUENCA

## Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

**El deber objetivo del cuidado en los homicidios culposos por mala práctica profesional médica análisis del caso Dr. Juan Pablo Arias.**


Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogado

**Autor:**

Kevin Donis Sánchez Toledo

**Director:**

Santiago Patricio Piedra Jaramillo

ORCID:  0009-0009-9065-1897

**Cuenca, Ecuador**

2024-02-27

## Resumen

El presente estudio de caso jurídico tiene por objetivo determinar si se cumplen las circunstancias que se encuentran establecidas en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal para que se le pueda atribuir al sujeto procesado la responsabilidad penal por homicidio culposo por mala práctica profesional, en este sentido, se realiza un análisis de la sentencia constante dentro del expediente No. 01283-2019-14403G con la finalidad de determinar si las acciones realizada por el sujeto procesado, encajan con las circunstancias establecidas para que se configure la inobservancia del deber objetivo del cuidado. La presente investigación empieza por analizar cada uno de los elementos del delito, posteriormente se define el deber objetivo del cuidado, y se deduce cuáles son las circunstancias para que exista su inobservancia. Además, se realiza un análisis del tipo penal homicidio culposo por mala práctica profesional, en donde se deduce que los elementos constitutivos para determinar la existencia de responsabilidad penal por parte del sujeto procesado son la culpa, la inobservancia del deber objetivo del cuidado y el resultado de muerte. En cuanto a la culpa, consiste una infracción realizada sin intención y sin la debida diligencia que a su vez provoco un resultado dañoso en el sujeto pasivo. Existe culpa médica cuando el profesional de la salud a inobservado el deber objetivo del cuidado, en este sentido, el profesional de la salud debe actuar de manera imprudente, negligente con impericia y debe existir violación de leyes y reglamentos. En cuanto al resultado dañoso, debe existir un nexo causal entre las acciones realizadas por parte del profesional de la salud con la muerte del paciente.

*Palabras clave:* delito, negligencia médica, imprudencia médica, lex artis, resultado dañoso



El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Cuenca ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por la propiedad intelectual y los derechos de autor.

**Repositorio Institucional:** <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

### Abstract

The objective of this legal case study is to determine whether the circumstances established in article 146 of the Código Orgánico Integral Penal exist so that criminal responsibility for the crime of homicide due to professional negligence can be attributed to the defendant. In this sense, an analysis of the constant statement within file No. 01283-2019-14403G is carried out in order to determine whether the actions carried out by the processed subject violate the objective duty of care. This investigation begins by analyzing each of the elements of the crime, then the objective duty of care is defined, and it is deduced what the circumstances are for its non-compliance. In addition, an analysis of the criminal type of culpable homicide due to professional malpractice is carried out, where it is deduced that the constitutive elements to determine the existence of criminal responsibility on the part of the defendant are guilt, failure to observe the objective duty of care and the result of death. As for fault, it consists of an infraction carried out without intention and without due diligence that in turn causes a harmful result in the taxpayer. Medical fault exists when the health professional has not observed the objective duty of care, in this sense, the health professional must act recklessly, negligently with inexperience and there must be a violation of laws and regulations. Regarding the harmful result, there must be a causal link between the actions carried out by the health professional with the death of the patient.

*Keywords:* homicide, professional negligence, objective duty of care



The content of this work corresponds to the right of expression of the authors and does not compromise the institutional thinking of the University of Cuenca, nor does it release its responsibility before third parties. The authors assume responsibility for the intellectual property and copyrights.

**Institutional Repository:** <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

## Índice de contenido

Dedicatoria .....	6
Agradecimientos .....	7
Introducción.....	8
Capítulo primero: Extracto de la sentencia de constante dentro del expediente No. 01283-2019-14403G .....	9
1.1 Caso.....	9
1.2 Descripción de la situación .....	9
1.2.1 Hipótesis de fiscalía: .....	10
1.2.2 Hipótesis de los acusadores particulares:.....	11
1.2.3 Hipótesis de la persona procesada: .....	12
Capítulo Segundo: Fundamentación teórica y legal .....	13
1.1 Delito .....	13
1.1.1 Conducta o acción .....	13
1.1.2 Tipicidad .....	14
1.1.3 Antijuricidad.....	15
1.1.4 Culpabilidad.....	16
1.2 Deber objetivo del cuidado .....	17
1.2.1 Culpa: .....	17
1.2.2 Criterios de previsibilidad y evitabilidad como base fundamental para que se configure la inobservancia del deber objetivo del cuidado.....	18
1.3 Homicidio culposo por mala práctica profesional:.....	19
1.4 Formas o variantes de culpa medica: .....	20
1.4.1 Imprudencia: .....	20
1.4.2 Impericia:.....	21
1.4.3 Negligencia:.....	21
1.4.4 Violación de leyes o reglamentos:.....	21
1.5 Circunstancias para que se configure la inobservancia del deber objetivo del cuidado en el delito de mala práctica profesional: .....	22
1.5.1 La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.....	22
1.5.2 La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.....	23

1.5.3 El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.....	23
1.5.4 Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.....	24
1.6 Consentimiento informado:.....	24
1.6.1 Carácter previo del consentimiento:.....	25
1.6.2 Carácter libre del consentimiento:.....	25
1.6.3 Carácter pleno e informado del consentimiento:.....	25
1.6.4 Requisitos del consentimiento informado:.....	26
1.7 Valoración de la prueba:.....	26
1.8 Derecho a la presunción de inocencia:.....	27
Capítulo Tercero: Análisis de caso.....	28
1.1 Existencia material de la infracción.....	28
1.2 La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.....	28
1.3 La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión:.....	30
1.4 El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.....	31
1.5 Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.....	33
Conclusiones.....	36

## **Dedicatoria**

A Dios, quien me dio la fortaleza para salir adelante a pesar de las adversidades de la vida;

A mi madre, Celina Toledo quien siempre estuvo apoyándome y brindándome su amor incondicional para cumplir todos mis sueños y metas;

A mi padre, Milton Sánchez quien es un pilar fundamental en mi vida y con su ejemplo he aprendido los valores que me han enseñado a ser mejor persona cada día;

A mi hermana, Karen Sánchez quien es mi mayor inspiración en la vida y siempre me ha brindado su amor incondicional;

A mi hermano, Sergio Sánchez quien siempre estuvo apoyándome en todo momento y me enseñó a forjar mi carácter;

A mis sobrinas, quienes siempre me sacaron una sonrisa y que son un motor fundamental en mi vida.

## **Agradecimientos**

Expreso mi más sincero agradecimiento a la Universidad de Cuenca por darme el honor y la oportunidad de cursar esta prestigiosa carrera universitaria;

Agradezco al Dr. Patricio Piedra por orientarme en la presente investigación haciendo posible la realización de este estudio;

También estoy profundamente agradecido con todas las personas que me han brindado su amistad, apoyo, y compañerismo durante el transcurso de mi carrera universitaria.

### Introducción

En el presente estudio de caso jurídico se procederá a realizar un análisis de la sentencia constante dentro del expediente No. 01283-2019-14403G con la finalidad de determinar si las acciones realizadas por el profesional de la salud al momento de realizar la intervención quirúrgica cumplen con los parámetros establecidos para que se configure la inobservancia del deber objetivo del cuidado, y por lo tanto, se le pueda atribuir el cometimiento del delito que se encuentra tipificado en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, el cual consiste en el homicidio culposo por mala práctica profesional. En este sentido en el primer capítulo de la presente investigación se realiza un breve resumen de los hechos del caso. De igual manera, se da a conocer la posición tanto de fiscalía como de acusación particular, y los principales argumentos que se usan como hipótesis para determinar que existe responsabilidad penal por parte del sujeto procesado. Además, se realiza un resumen de los argumentos de la defensa del sujeto procesado, los mismos que tienen el objeto de demostrar que sus acciones no incumplieron con los parámetros establecidos para que se configure la inobservancia del deber objetivo del cuidado y por lo cual se debe ratificar el estado de inocencia del mismo.

Para demostrar la existencia de responsabilidad penal por parte del sujeto procesado es menester realizar la conceptualización de los elementos por los cuales se encuentra conformado el tipo penal homicidio culposo por mala práctica profesional, en este sentido, se parte realizando una conceptualización de delito, de igual manera se procede a definir cada uno de los elementos por los cuales se encuentra conformado el delito, que serían la conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Posteriormente se realiza una investigación exhaustiva del deber objetivo de cuidado, los elementos por los cuales se encuentra conformado, y la acciones que debe realizar el sujeto activo que en este caso sería el profesional de la salud, para que se le pueda atribuir el cometimiento del delito en los casos en que exista inobservancia del deber objetivo del cuidado.

Por último, se realiza una investigación del derecho de presunción de inocencia, el cual es una garantía constitucional de suma importancia para garantizar el debido proceso, este derecho se encuentra, estrechamente relacionado con el principio indubio pro reo, el cual implica que el juzgador al momento de dictar sentencia, debe tener el convencimiento y la certeza de que el sujeto procesado cometió el delito, caso contrario debe ratificar el estado de inocencia. En este sentido, el presente estudio de caso jurídico, analiza si al profesional de la salud se le garantizo este derecho.



En definitiva, el presente estudio de caso jurídico tiene como objetivo general determinar si existe o no responsabilidad penal por parte del profesional de la salud a consecuencia de la intervención quirúrgica realizada a la paciente. En cuanto a los objetivos específicos, el presente estudio de caso jurídico propone analizar si las acciones realizadas por el profesional de la salud son suficientes para que se configure la inobservancia del deber objetivo del cuidado; además propone analizar si en la intervención quirúrgica realizada por parte del profesional de la salud concurren las circunstancias que establece el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, para que se le pueda atribuir la responsabilidad penal al sujeto procesado.

## **Capítulo primero: Extracto de la sentencia de constante dentro del expediente No. 01283-2019-14403G**

### **1.1 Caso**

En el presente estudio de caso jurídico se procederá a realizar un análisis de la sentencia constante dentro del expediente No. 01283-2019-14403G emitida por el Tribunal de Garantías Penales del Azuay, el cual se encuentra conformado por los Doctores/as Patricia Novillo Rodas, Carlos Tamariz Ochoa y Pedro Ordoñez Santacruz. Con fecha 28 de abril del 2022 se llamó a juicio a JUAN PABLO ARIAS CORTEZ, por el presunto cometimiento del delito de mala práctica profesional en el ámbito de medicina, contenido en el Art. 146 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal. Comparecen los abogados Felipe Rodríguez, Christopher Einzmann y Eduardo León, como defensores particulares del procesado. En calidad de víctimas comparecen JUAN DAVID GRANDA ZAMBRANO y NATHALI ESTEFANIA MEJIA GARATE representados por el Dr. Juan Carlos Salazar y el abogado Carlos Hermida. De igual manera compareció el Dr. Fernando Sánchez como Fiscal de la causa.

### **1.2 Descripción de la situación**

El 15 de noviembre del 2019 Sofía Valentina Granda Mejía ingresa por emergencia al Hospital del Rio por motivo de que presentaba un cuadro febril, por lo cual es atendida por el Dr. Alfredo Fernández quien diagnostica que la niña tiene adenoamigdalitis e insuficiencia respiratoria, es decir Sofía Valentina Granda Mejía presentaba dificultades para respirar ya que había un 70% de obstrucción en sus vías respiratorias. El 18 de noviembre del 2019 una vez controlada la infección, se solicita a la madre el consentimiento para realizar una intervención quirúrgica, en vista de que persiste la obstrucción de las vías respiratorias. Una vez suscrito el consentimiento informado por parte de la madre, a las 14:20 el procesado Juan

Pablo Arias procede realizar una operación quirúrgica con la finalidad de extirpar amígdalas y adenoides para lo cual se utilizó el instrumento medico denominado “coblation”.

Durante el transcurso de la intervención quirúrgica ocurre una hemorragia, por lo cual el procesado Juan Pablo Arias, procede a taponar la sección utilizando surgicell, lo cual consiste en una gasa hemostática especial para estas situaciones. Una vez controlado el sangrado, el Dr. Juan Pablo Arias procedió a llamar al Dr. Edgar Serrano para que realice una cervicotomía, esto es, una intervención quirúrgica que consiste en la ligadura de la carótida externa izquierda. Después de haberse realizado esta intervención quirúrgica por parte del Dr. Edgar Serrano la paciente Sofía Valentina Granda Mejía, es trasladada a cuidados intensivos, en donde se emite una nota de anestesiología, la cual señala que la paciente se mantiene estable, sin embargo a las 23h00 se declara su fallecimiento.

### **1.2.1 Hipótesis de fiscalía:**

El Dr. Fernando Sánchez, fiscal de la causa expuso que Sofía Valentina Granda Mejía falleció a causa de homicidio culposo por mala práctica profesional médica, y defiende su postura basándose en los siguientes argumentos:

En primer lugar, el fiscal de la causa señalo que el procesado Juan Pablo Arias reconoció que en el consentimiento informado, firmado por la señora Nathaly Mejía habían ciertas partes que se encontraban en blanco. En segundo lugar, fiscalía defiende la postura de que es falsa la existencia de una arteria carótida aberrante, basándose en el análisis de la amígdala retirada, realizado por el perito Ángel Gutiérrez, experto en patología, quien en su testimonio manifestó que no existe trayecto aberrante y que de igual manera existe un espacio de separación entre la amígdala y la zona que fue resecada de 8 mm, cabe mencionar que el análisis realizado por Ángel Gutiérrez no fue refutado en la audiencia, ya que los sujetos procesales mencionaron que aunque podría haber un error en el análisis ellos no son especialistas para determinar la existencia de algún error. Además, fiscalía defiende su postura en base al análisis macroscópico realizado por el perito Agustín Navia, encargado de realizar la autopsia médico legal a la víctima, quien en su testimonio manifestó que en el análisis realizado había un cm de distancia entre el lecho amígdalar y la arteria seccionada.

Otro de los acontecimientos importantes para determinar que existe responsabilidad penal por parte de la persona procesada según fiscalía, es que el Dr. Edgar Serrano manifestó en su testimonio que la amígdala ya había sido sacada cuando el llevo a realizar la intervención quirúrgica, no obstante la defensa del procesado señalo que no se pueden extraer las amígdalas mientras existe sangrado.

De igual manera, fiscalía utiliza como sustento para su acusación, el hecho de que la paciente Sofía Granda Mejía, perdió aproximadamente 2000 cm<sup>3</sup> de sangre durante la hemorragia, situación que provoco daño cerebral debido a la falta de oxigenación, según lo expuesto por fiscalía, habría negligencia por parte de la persona procesada en vista de que la hemorragia ocurrió a las 14h25, no obstante el Dr. Edgar Serrano encargado de realizar la cervicotomía ingreso al quirófano a las 15h05, de tal manera que según fiscalía existiría negligencia por parte del procesado ya que se dejó transcurrir tiempo que sería esencial para que se pueda realizar un efectivo control de daños.

En base a estos argumentos, fiscalía señala que se ha infringido al deber objetivo del cuidado por el hecho de que el Dr. Juan Pablo Arias, realizo la intervención quirúrgica de manera negligente, imprudente y con impericia. Según fiscalía existe negligencia por la desatención de la persona procesada a la paciente, ya que no se realizó la cervicotomía de manera rápida y se dejó que transcurran más de treinta minutos hasta que llegue el Dr. Edgar Serrano, quien realizo la cervicotomía y por lo tanto detuvo la hemorragia. Existe imprudencia e impericia según fiscalía ya que no se siguieron los criterios de Paradise al momento de autorizar la operación quirúrgica, de tal manera que si la paciente no se operaba aun hubiera seguido con vida.

### **1.2.2 Hipótesis de los acusadores particulares:**

En cuanto a la defensa de los acusadores particulares, señalan como argumento en primer lugar que la persona procesada, es decir el Dr. Juan Pablo Arias, al momento de que realizo el corte en la arteria carótida aberrante, no controlo la hemorragia de manera inmediata, situación que provoco shock en la paciente Sofía Granda. En segundo lugar, la defensa de los acusadores particulares arguye que existe inobservancia del deber objetivo del cuidado, ya que la madre firmo en blanco el consentimiento informado, por lo cual no se le indico a la madre las situaciones que implicaban realizar la operación quirúrgica, de tal manera que esta situación eliminaría el acuerdo existente entre el profesional de la salud y la madre que firmo el consentimiento.

Otro de los argumentos radica en que el resultado proviene de la infracción, por el hecho de que el procesado secciona la arteria carótida que no era aberrante y posteriormente no controla la hemorragia de manera inmediata, situación que produce la pérdida de 2000 cm<sup>3</sup> de sangre produciéndose el shock hipovolémico. De igual manera, la defensa arguye que la intervención quirúrgica era innecesaria esto porque el procesado al momento de testificar, expreso que no estaba en peligro la vida de la paciente Sofía Granda.

Con base en estos argumentos, la defensa de acusación particular señala al Dr. Juan Pablo Arias de haber cometido el delito tipificado en el tercer inciso del art 146 del Código Orgánico Integral Penal.

### **1.2.3 Hipótesis de la persona procesada:**

En cuanto a la defensa de la persona procesada, defiende la inocencia del Dr. Juan Pablo Arias, basándose en que fiscalía y acusación particular fundamentan sus alegaciones únicamente en la teoría del casualismo, es decir, que habiéndose producido el corte-hemorragia y posteriormente la muerte, quien es el responsable de la muerte es quien realiza el corte, en definitiva, señala bajo esta hipótesis que cualquier médico que realice una intervención quirúrgica y tenga un resultado infausto terminaría tras las rejas, sin tomarse en consideración que, para que se configure la inobservancia del deber objetivo del cuidado en los delitos de mala práctica profesional médica, tienen que cumplirse con 4 elementos, si uno de estos elementos no se configura, no estamos ante un delito. Por lo tanto, la defensa de la persona procesada va a demostrar que existe inocencia por parte del Dr. Juan Pablo Arias por las siguientes circunstancias:

- 1.- El procesado debía realizar esta operación.
- 2.- La hemorragia se debe a una variante anatómica imprevisible.

En cuanto al primer punto, la niña Sofía Granda registra 21 atenciones a través de emergencia con 14 médicos diferentes por rino-faringitis, afección respiratoria, amigdalitis, amigdalitis aguda, bronquitis, etc. De tal manera que, en base a estos antecedentes el procesado Juan Pablo Arias determino que se debe operar, y de igual manera, estos antecedentes confirman que la paciente tenía insuficiencia respiratoria e hipertrofia adeno amigdalar.

En cuanto al segundo punto, a petición de Julio Molina, director del Hospital del Rio se realizó un estudio el cual consistía en una reconstrucción en tercera dimensión para determinar la bifurcación carotidea, el estudio consistió en trazar una línea perpendicular desde el reparo anatómico hasta la bifurcación carótida, el resultado fue que la bifurcación se encuentra 3 centímetros más alta de lo normal. De tal manera que, de acuerdo a este estudio realizado la hemorragia se provocó porque la arteria carótida se encontraba en un punto donde no debería haber estado. De igual manera, todos los sujetos procesales señalaron que la única manera de verificar la existencia de una variante anatómica es la imagen angio tac, sin embargo, no se podría someter a la paciente Sofía Granda a este procedimiento antes de que se realice la intervención quirúrgica, ya que solo se utiliza para verificar ciertas patologías cancerígenas por el alto daño a la salud que puede provocar. En cuanto al perito Agustín Navia señaló que al no haberse demostrado histopatológicamente la existencia de la aberrante, se determinaría

como tal que esta no existe, no obstante, esta testificación únicamente provoca duda situación que favorece al reo.

## Capítulo Segundo: Fundamentación teórica y legal

### 1.1 Delito

Para determinar la existencia de responsabilidad penal, es menester partir desde la concepción del delito, Zaffaroni (2009) sostiene que el delito es “–ante todo y en definitiva– una conducta humana” (p.19). No obstante, Roxin (1997) emite la siguiente opinión con respecto al delito:

Esta es la cuestión acerca del "concepto material de delito", es decir, de la cualidad en cuanto a contenido de la actuación punible. Mientras que mediante el "concepto formal de delito", que se discute en los primeros párrafos de este libro, la conducta punible sólo es objeto de una definición en el marco del Derecho positivo, el concepto material de delito se remonta más atrás del respectivo Derecho penal codificado y pregunta por los criterios materiales de la conducta punible. (p.51).

En este sentido, hay que diferenciar entre la concepción formal y la concepción material de delito, en cuanto a la concepción formal, se puede concebir al delito como un acto que se encuentra tipificado por la ley; mientras que la concepción material de delito, trata de determinar cuál es la conducta que puede ser incriminada y bajo qué condiciones éticas o culturales se ha recogido por la ley para ser incriminado este acto, de tal manera que la definición material no se limita únicamente a definir el delito tomando en cuenta lo expresado en la ley, sino que trata de dar una definición partiendo desde el fondo u origen del delito como tal. De igual manera el Código Integral Penal, en el artículo 18 define al delito como: “La conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código” (Codigo Organico Integral Penal, 2014). Tomando en cuenta esta definición podemos inferir que el delito está compuesto de cuatro elementos, los cuales serían la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad, y la conducta.

#### 1.1.1 Conducta o acción

Como primer elemento del delito se encuentra la conducta, en este sentido, Zaffaroni (2009) en su libro estructura básica del derecho penal conceptualiza a la conducta de la siguiente manera:

El concepto jurídico penal de conducta requiere sólo dos elementos: *voluntad* y *exteriorización* en el mundo. La voluntad humana siempre tiene una dirección o

finalidad (se dirige hacia algo), como dato inseparable de la realidad (óntico). Además, puede o no exteriorizarse; si no se exterioriza no interesa al concepto jurídico penal de conducta. (p.15)

De igual manera, el artículo 23 del Código Orgánico Integral Penal dice “La conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión. No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo” (Codigo Organico Integral Penal, 2014).

En definitiva, de estas definiciones se deduce que la conducta es una acción u omisión realizada de manera voluntaria y exteriorizada con miras a un fin, en este sentido existirían 2 elementos, la exteriorización y la voluntad. En cuanto al primer elemento de la conducta, podemos deducir que una conducta penalmente relevante es aquella acción u omisión exteriorizada, es decir, ejecutada por el sujeto activo con miras a provocar de manera intencional daño o vulneración en un derecho del que goce el sujeto pasivo, y esta vulneración o daño debe ser demostrable. En cuanto a la voluntariedad de la conducta, si una acción u omisión no es realizada de manera voluntaria, no sería una conducta, sino que meramente sería un hecho, de tal manera que, para que la conducta sea penalmente relevante tiene que ser realizada de manera voluntaria.

### **1.1.2 Tipicidad**

Zaffaroni (1981) define a la tipicidad como “un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por penalmente prohibidas)” (p.167).

En este sentido, cuando se habla de una conducta típica, quiere decir que esa conducta debe estar expresamente sancionada por la ley en virtud del principio de legalidad, por lo tanto, no cualquier conducta es típica, sino que es típica únicamente aquella conducta que encaja con lo que el legislador ha descrito y ha sancionado con una pena. De tal manera que en virtud del principio de legalidad, el cual se encuentra consagrado por la Constitución de la República del Ecuador, para que una conducta sea típica debe estar sancionada por la normativa penal, no hay delito sin que exista ley previa, y para que esta conducta sea típica debe ser exteriorizada por el ser humano de manera voluntaria.

La tipicidad se encuentra conformada por cuatro elementos, los cuales son: el bien jurídico, el verbo rector, el elemento objetivo y el elemento subjetivo, aunque existen dogmáticos que también consideran al sujeto activo y pasivo como elementos del tipo. En este sentido, si es

que no existe alguno de estos elementos en la conducta realizada por el sujeto activo, aquella conducta sería atípica, es decir no sería sancionada.

Julio Maier (1995) indica que “El bien jurídico no es más que el objeto del delito, conformado por todos los objetos cosificados de los derechos, que implican bienes para la vida jurídica” (p.174). De este concepto se puede inferir que el bien jurídico es todo aquello que tiene valor para el ser humano y que por lo tanto merece ser protegido jurídicamente, por ejemplo, el tipo penal robo tiene como bien jurídico protegido el patrimonio. En este sentido, no existe tipo penal que no proteja un bien jurídico, y estos pueden ser ya sea de titularidad personal, como la integridad física o la vida; o de titularidad colectiva como sería en el caso de los delitos contra la administración pública.

Como segundo elemento del tipo, se encuentra el verbo rector, a rasgos generales se lo puede definir como aquella conducta ya sea de acción u omisión con la cual se ejecuta el delito. En cuanto al elemento objetivo, consiste en aquellas circunstancias que se necesitan para que se configure la ejecución del delito, por ejemplo, en situaciones normales los actos de naturaleza sexual no son considerados violación, pero podrían existir ciertas circunstancias que podrían hacer que esos actos sean considerados violación. En elemento subjetivo, se podría definir como la intencionalidad de la conducta que tiene el sujeto activo al momento de cometer el delito, este elemento se encuentra en el Código Orgánico Integral bajo el nombre de dolo y culpa, en el artículo 26 menciona que “actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta” (Codigo Organico Integral Penal, 2014). Mientras que en el artículo 27 dice que “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” (Codigo Organico Integral Penal, 2014). De estos artículos se puede inferir, que los delitos por regla general son dolosos, y son culposos solo en los casos en que el Código Orgánico Integral penal tipifica determinada acción como un delito. En cuanto a los delitos dolosos, se puede decir que el sujeto activo que comete un delito doloso actúa con conocimiento y voluntad, es decir, actúa con la certeza de que va a provocar un resultado dañoso en el sujeto pasivo. No obstante, en el caso de los delitos culposos, el sujeto activo actúa de manera negligente o imprudente, por lo cual la pena establecida para estos delitos es menor.

### 1.1.3 Antijuricidad

Para Zaffaroni (1981) la antijuricidad es “la característica de contrariedad al derecho presentada por una conducta” (p.561). Según lo conceptualizado previamente, podemos

entender por antijuridicidad aquella conducta que es contraria al derecho. De igual manera el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 29 establece que “para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código” (Codigo Organico Integral Penal, 2014). En este sentido, no toda conducta que amenace o lesione un bien jurídico protegido es antijurídica, para que una conducta sea considerada antijurídica debe infringir algún principio normativo, por lo tanto, si una acción respeta los principios normativos establecidos en el ámbito de materia penal no sería antijurídica.

Dogmáticamente existen dos tipos de antijuridicidad, la formal y la material, en este sentido Zaffaroni (1981) toma el concepto de Von Liszt para definir las, en cuanto a la antijuridicidad formal, decía que: "formalmente antijurídica es la acción como contravención de una norma estatal, de un mandato o de una prohibición de orden jurídico", en tanto que "materialmente antijurídica es la acción como conducta socialmente dañosa (antisocial o también asocial)" (p.562). De esta conceptualización, se puede inferir que la antijuridicidad formal, es aquella que está escrita en la norma, mientras que antijuridicidad material, es aquella que se produce cuando se lesiona al bien jurídico protegido, en el caso de la antijuridicidad formal, si bien se realiza una conducta que está contrariando la ley, no existe vulneración a un bien jurídico protegido, por lo cual, para determinar la responsabilidad penal de una persona procesada, se requeriría que opere la antijuridicidad material.

#### **1.1.4 Culpabilidad**

Una vez que se han conceptualizado los tres elementos del delito, corresponde definir la culpabilidad, en cuanto a la culpabilidad Zaffaroni (1981) la define de la siguiente manera:

Culpabilidad es el juicio de reproche personalizado que se le formula al autor de un injusto, en razón de que en la circunstancia concreta en que actuó tuvo una mayor o menor posibilidad de actuar de otra manera no lesiva o menos lesiva. (p.61).

Además, el artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal prescribe “Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta” (Codigo Organico Integral Penal, 2014). De estas definiciones se sintetiza que culpabilidad es aquella conducta típica y antijurídica, realizada con conocimiento, inteligencia y voluntad por parte de una persona imputable, es decir, el autor de un delito se encontraba en conocimiento y capacidad de comprender que estaba quebrantando una norma, y a pesar de esto actuó de manera voluntaria provocando un resultado lesivo en el bien jurídico protegido del sujeto pasivo.



En cuanto a la imputabilidad, Albán Gómez (s.f.) la define como: “la posibilidad de atribuir a una persona la culpabilidad penal; o, si se quiere, la capacidad que tiene una persona de realizar actos por los cuales se le puede formular un reproche de carácter penal” (párr. 4). De la conceptualización previamente citada, se deduce por lo tanto que la imputabilidad es la capacidad que tiene el sujeto activo para responder por la acción que ha realizado, esto por el hecho de haber actuado con conocimiento y voluntad. En definitiva, la culpabilidad se encuentra conformada por dos elementos dogmáticos la imputabilidad, que proviene de la acción realizada con conocimiento y voluntad; y el resultado que se da a consecuencia de la acción ejecutada por el sujeto activo, es decir, el daño sufrido por parte del sujeto pasivo.

## **1.2 Deber objetivo del cuidado**

### **1.2.1 Culpa:**

Como ya se ha explicado previamente, la culpabilidad consta de dos elementos, la imputabilidad, en este sentido es imputable una persona que ha actuado de manera inteligente con voluntad y conocimiento, sabiendo que su actuar va a quebrantar la ley; y el resultado que consiste en el daño sufrido por parte del sujeto pasivo.

Para el dogmático Mezger (1958) la culpa: “es una forma especial de la reprochabilidad, esto es, una forma especial de la culpabilidad, más leve frente a su forma básica. Como regla general, la culpa es punible solamente si la ley la conmina con pena (IV).” (p.176). En este sentido, de acuerdo al criterio del autor citado, la culpa se encuentra dentro de la esfera de la culpabilidad, pero es menos grave, ya que el resultado deviene del actuar imprudente del sujeto activo.

Además, Mezger (1958) señala que la culpa consiste en una omisión de lo que se podía evitar, de esta manera menciona que:

Ha actuado culposamente aquel a quien se le reprocha haber desatendido un deber de precaución que le incumbía personalmente y que por esto no ha evitado el hecho y sus consecuencias. Como la omisión, también la culpa es, pues, un "no hacer algo (esto es, lo debido)", a saber, no cumplir un deber de precaución, mediante cuya observancia habría evitado el autor el hecho y las consecuencias del mismo. En otras palabras, el autor habría debido ser cuidadoso, evitando así el hecho. (pp. 256-257).

De este concepto, se deduce que la culpa es una conducta reprochable, realizada por una persona que pudo haber actuado de manera cuidadosa pero que ha desatendido su deber de precaución, pensando que determinadas consecuencias no se producirían (culpa consiente); o pudo haber actuado, sin saber cuáles serían las consecuencias de su actuar

(culpa inconsciente), es por este motivo, que dentro de la normativa penal ecuatoriana, los delitos culposos son imputables únicamente en aquellos casos que se encuentran tipificados, ya que el legislador considera que se debe sancionar por el actuar culposo únicamente a las personas que han inobservado una diligencia debida.

### **1.2.2 Criterios de previsibilidad y evitabilidad como base fundamental para que se configure la inobservancia del deber objetivo del cuidado**

En el artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal, dice: “Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado” (Codigo Organico Integral Penal, 2014). Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el deber objetivo del cuidado, es considerado el tercer elemento de la culpabilidad, junto con la imputabilidad y el resultado, de tal manera que, para la determinación de la responsabilidad penal por parte del sujeto procesado, no es trascendental saber únicamente cual fue la conducta que causo la infracción y cuál fue el resultado que devino de esa conducta, sino que es de suma importancia establecer de qué forma se ejecutó la conducta con la finalidad de determinar si se violentó una norma de cuidado. En cuanto al deber objetivo del cuidado, Muñoz (2010) menciona que existe un concepto objetivo y normativo al respecto, en cuanto a la definición objetiva dice:

Es objetivo, por cuanto no interesa para establecerlo cuál es el cuidado que en el caso concreto ha aplicado o podía aplicar el autor (cfr. infra b), sino cuál es el cuidado requerido en la vida de relación social respecto a la realización de una conducta determinada. (p.285).

En cuanto al concepto normativo Muñoz (2010) menciona lo siguiente:

Dos son los elementos de este juicio normativo: uno intelectual, según el cual es necesaria la consideración de todas las consecuencias de la conducta que, conforme a un juicio razonable («objetivo») eran de previsible producción («previsibilidad objetiva»); y otro valorativo, según el cual sólo es contraria al cuidado aquella conducta que queda por debajo de la medida adecuada socialmente. (p.285).

Con las definiciones previamente citadas por el autor, se deduce que el deber objetivo de cuidado está conformado por tres esferas; en primer lugar se determina si la conducta se realizó en base a las normas aceptadas dentro de una sociedad; mientras que en cuanto a la definición normativa, la conducta realizada por el sujeto activo debe ser valorada objetivamente por parte del juzgador con la finalidad de determinar si el resultado se podría prever; y si aquella conducta realizada por parte del sujeto activo está dentro de los

parámetros normativos aceptados socialmente, en el caso del homicidio culposo por mala práctica profesional médica, estos parámetros se encuentran establecidos por la *lex artis*.

De igual manera Roxin (1997) citando a Cramer dice que la infracción del deber objetivo de cuidado es:

El desvalor de la acción de los delitos imprudentes, pero pretende concretar esta contrariedad al cuidado debido mediante los criterios de la evitabilidad y previsibilidad, así como el de la superación del riesgo socialmente adecuado. En el desvalor del resultado ubica el nexo de antijuricidad y el encaje en el fin de protección de la norma. (p.24).

Teniendo como fundamento este concepto, se deduce que doctrinariamente se han establecido ciertos criterios de previsibilidad y evitabilidad, que permiten identificar en que ocasiones se ha infringido el deber objetivo de cuidado por parte del sujeto activo; estos criterios establecidos, sirven como nexo entre el resultado de la acción y la antijuricidad. Es de esta manera que inclusive Muñoz (2010) señala que:

En algunas ocasiones, las reglas de cuidado que deben observarse vienen descritas en preceptos de normas administrativas (el Código de la circulación), cuya inobservancia constituye generalmente una imprudencia. Otras veces hay que recurrir a reglas de experiencia en el ejercicio de determinadas profesiones (la llamada *lex artis*): médico, ingeniero, arquitecto. (p. 285).

En este sentido, para que se le pueda atribuir el carácter culposo a determinada acción realizada por el sujeto activo, se han establecido ciertos criterios, los cuales deben ser valorados, teniendo en cuenta a más de lo establecido en el ordenamiento jurídico, lo que se encuentra determinado por las reglas de experiencias de las distintas profesiones; y resoluciones administrativas, es decir, una acción que provoque daño o lesión en el sujeto pasivo no siempre puede ser considerada culposa.

### **1.3 Homicidio culposo por mala práctica profesional:**

En cuanto al homicidio culposo, se encuentra tipificado en los artículos 145 y 146 del Código Orgánico Integral Penal, de estos artículos, se deduce que los elementos constitutivos para que exista responsabilidad penal por parte del sujeto activo, serían: la culpa; la inobservancia del deber objetivo de cuidado; y el resultado de muerte en el sujeto pasivo.

Teniendo en cuenta, los criterios previamente citados acerca de la culpa, se deduce que la culpa consiste en una infracción realizada sin intención y sin la debida diligencia que a su vez

provoco un resultado dañoso en el sujeto pasivo, pero cabe señalar, que dicho resultado aunque fue provocado por el actuar voluntario del sujeto activo, este no fue realizado con ese fin, sino que, el daño provocado en el sujeto pasivo resulta de no tomar las precauciones debidas. En cuanto al homicidio culposo por mala práctica profesional médica, el Dr. Albán Gómez (s.f.) en su libro Manual de Derecho Penal Ecuatoriano menciona:

Si el médico quiere la muerte del paciente y aprovecha para causarla la intervención médica, el caso será de un homicidio doloso. Si el médico no quiere la muerte, pero ésta se produce por su falta de cuidado, por su negligencia, imprudencia o impericia (mala práctica médica), habrá un homicidio culposo. Pero si el caso está fuera de estas dos alternativas, si no hubo ni dolo ni culpa y sin embargo murió el paciente, en realidad se estará fuera de los límites de lo subjetivo, es decir dentro de un caso fortuito, en el cual no puede haber sanción. (párr. 3).

En este sentido, para determinar que existe homicidio culposo por parte del sujeto activo, que sería el profesional de la salud, el actuar del médico que provoco el resultado de muerte debería haber sido realizado de manera negligente, imprudente o con impericia, caso contrario estaríamos ante un caso fortuito el cual no es previsible y por lo tanto, no puede ser imputado ni objetiva ni subjetivamente. En el actual ordenamiento jurídico ecuatoriano, no se define lo que se entiende por el actuar negligente, imprudente o con impericia, por lo cual para realizar el posterior análisis es menester partir de una definición.

#### **1.4 Formas o variantes de culpa medica:**

##### **1.4.1 Imprudencia:**

En cuanto a la imprudencia, el Dr. Chepe Ramos (2010) realiza la siguiente definición:

Es la acción u omisión involuntaria no maliciosa, de cumplimiento inexcusable. Se la ha asociado con un obrar "en más". Es realizar un acto con ligereza, sin las adecuadas precauciones; es decir la carencia de templanza o moderación. Es la violación activa de las normas de cuidado o cautela que establece la prudencia, actuando sin cordura, moderación, discernimiento, sensatez o buen juicio. (p.24).

Del concepto previamente citado, se deduce por lo tanto, que para que el sujeto activo del delito, que es el profesional de la salud, actué de manera imprudente no debe haber actuado tomando las precauciones necesarias que se realizan de manera obligatoria en las intervenciones quirúrgicas aumentando o inclusive creando el peligro al que se expone el sujeto pasivo, es decir, para que el homicidio culposo sea imprudente el resultado de muerte

debe provenir exclusivamente de actos realizados por el médico que incrementen el riesgo de muerte en el paciente.

#### **1.4.2 Impericia:**

En el caso de la impericia, se define como la falta de experiencia o conocimiento por parte del profesional de la salud que es el encargado de realizar la intervención quirúrgica, en este sentido, el resultado culposo que sería la muerte del sujeto pasivo, debería provenir de su falta de experiencia o conocimientos básicos que son propios del ejercicio de la medicina, así el Dr. Chepe Ramos (2010) realiza la siguiente definición:

Es la ineptitud o ignorancia grosera del saber medio exigible a un médico, por la causa que fuera (defecto de formación, olvido, no actualización, etc.). Es la falta total o parcial, de conocimientos técnicos, experiencia o habilidad en el ejercicio de la medicina. Es decir, es la carencia de conocimientos mínimos o básicos necesarios para el correcto desempeño de la profesión médica. (p.24).

#### **1.4.3 Negligencia:**

La negligencia se diferencia de la imprudencia, por el hecho de que, como se mencionó previamente, la imprudencia es el actuar del médico que expone al sujeto pasivo a un peligro, no obstante, la imprudencia puede definirse, en el caso de los homicidios culposos por mala práctica profesional, como la omisión de determinados actos que permiten neutralizar el riesgo al que se exponen los pacientes, en este sentido, el Dr. Chepe Ramos (2010) concibe a la negligencia de la siguiente manera:

Surge de una actuación descuidada y falta de diligencia, cuando no media falta de conocimientos. Es un obrar "en menos" (contracara de la imprudencia) por no tomar las precauciones debidas. Es decir, es la carencia de atención durante el ejercicio médico. Puede configurar un defecto o una omisión o un hacer menos, dejar de hacer o hacer lo que no se debe. Es no guardar la precaución necesaria o tener indiferencia por el acto que se realiza. La Negligencia es sinónimo de descuido y omisión. Es la forma pasiva de la imprudencia. (p.24).

#### **1.4.4 Violación de leyes o reglamentos:**

Para que se dé el actuar culposo por parte del sujeto activo del delito, en los delitos culposos por mala práctica profesional, es menester que el profesional de la salud haya inobservado lo que se encuentra establecido dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano y que su actuar no se haya realizado conforme a lo que establecen las leyes y reglamentos, ya sean los internos que se apliquen dentro de la institución o externos los cuales se encuentran

establecidos dentro del ordenamiento jurídico, en este sentido, el Dr. Chepe Ramos (2010) menciona:

Es una forma de acción culposa que se configura cuando, existiendo una exigencia u orden verbal o escrita, dispuesta con fines de prevención de un daño y ordenado por un superior responsable, el subalterno no le da cumplimiento, generando un daño al paciente. (p.25).

### **1.5 Circunstancias para que se configure la inobservancia del deber objetivo del cuidado en el delito de mala práctica profesional:**

El artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal establece que el homicidio culposo se configura por la inobservancia del deber objetivo del cuidado, en este sentido, se consideran como violación al deber objetivo del cuidado las siguientes circunstancias:

#### **1.5.1 La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.**

Esta circunstancia guarda relación con la teoría de la imputación objetiva, la cual determina que un resultado solo es objetivamente imputable a una acción humana, cuando tal acción crea un peligro jurídicamente desaprobado que se materializa en el resultado típico. Para ver si es imputable a la acción del autor, hay que ver si efectivamente el autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado o aumenta un riesgo existente. En este sentido Cancio Meliá (s.f.) citando a Roxin Claus, señala que un resultado es imputable a una acción solo cuando se realiza de la siguiente manera:

“Un resultado causado por el sujeto que actúa solo debe ser imputado al causante como su obra y solo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción (1), cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto (2) y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo (3)”. (pp.40-41).

De tal manera que, para que se le pueda atribuir el cometimiento del delito al sujeto activo, según lo expresado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y teniendo en cuenta los parámetros de la imputación objetiva, no es necesario únicamente que exista el resultado dañoso, que en el caso del homicidio culposo por mala práctica profesional, sería la muerte del paciente, sino que, como se menciona en la concepción previamente citada, el autor debió realizar una acción que haya creado un peligro o aumentado un peligro y de igual manera se debe demostrar la existencia del nexo causal entre el peligro y el resultado dañoso.

### 1.5.2 La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.

Con respecto a este punto, es menester citar la Ley Orgánica de Salud, en su artículo 202 en donde señala lo siguiente:

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

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

En este sentido, queda a criterio del juzgador resolver en cada caso si determinado profesional de la salud, ha actuado de tal manera que haya inobservado las normas; o si su actuar ha sido negligente, imprudente o realizado con impericia. Además, la valoración del juzgador deberá determinar la relación entre la conducta o acción realizada de manera negligente, imprudente o con impericia, con el resultado, que en el caso del homicidio culposo consistiría en la muerte del paciente.

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

Como ya se mencionó previamente, le corresponde al juzgador realizar la valoración acerca de la existencia o no de la infracción al deber objetivo del cuidado, en este sentido Zaffaroni (1981) con respecto a la inobservancia del deber objetivo de cuidado, expresa lo siguiente:

La violación del deber de cuidado requiere para su comprobación saber cuál era el cuidado debido, para lo cual debe acudir a una norma de cuidado, que puede estar legalmente establecida o bien puede no hallarse una reglamentación legal, en cuyo caso habrá que remitirse a las pautas sociales de conducta. De allí que los tipos culposos sean siempre tipos abiertos, pues la fórmula individualizadora debe ser completada, en la actividad juzgadora (jurisdiccional) con una pauta o regla general a la que remite. Este "defecto" que ofrece la acción culposa se halla

en la planeación o programación de la causalidad. Cuando el sujeto prevé la causalidad a partir del fin propuesto, lo hace previendo que la misma puede culminar en el resultado lesivo, pero confiando en que ello no sucederá (culpa consciente), o bien no prevé esta posibilidad, pudiendo hacerlo (culpa inconsciente). La violación del deber de cuidado radica, por ende, en un defecto de programación que el sujeto hace de la causalidad. (p.88).

De tal manera que, para que el juzgador pueda atribuir la responsabilidad penal al sujeto activo, por el resultado dañoso, que en el caso del homicidio culposo por mala práctica profesional, es la muerte, el resultado debe provenir exclusivamente de acciones imprudentes, negligentes o realizadas con impericia, es decir, no cualquier acción que tenga un resultado dañoso se le puede atribuir al sujeto activo, puesto que, el resultado de determinada intervención quirúrgica también podría provenir de una situación de caso fortuito, hecho que no puede ser imputable al profesional de la salud, pues el mismo no pudo haber sido previsto. Para que esta valoración sea realizada de manera adecuada por parte del juzgador, se tiene que realizar conforme a las reglas establecidas dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, y de igual manera, se deben observar las circunstancias particulares del caso en concreto que se esté resolviendo.

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

En cuanto a este punto, el juzgador debe valorizar la conducta del sujeto activo tomando en cuenta, el deber objetivo del cuidado y la imputación objetiva, ya que son dos conceptos que se complementan, toda vez que la infracción al deber objetivo de cuidado no se configura por la mera producción del resultado, y en cuanto al resultado, debe provenir de la falta de cuidado debido y no de otras circunstancias, es decir, para que el juzgador pueda valorar a una conducta como típica, el resultado dañoso debe provenir exclusivamente de la inobservancia de las normas de cuidado objetivo, es en este sentido que Roxin (1997) menciona lo siguiente:

Un resultado causado por el agente sólo se imputaría al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto. (p.11).

#### **1.6 Consentimiento informado:**

Otro de los parámetros que ha tomar en cuenta, es el consentimiento informado que debe realizar el profesional de la salud al paciente o sus representantes antes de realizar la intervención quirúrgica, en este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso I.V. vs Bolivia, ha establecido los siguientes criterios internacionales:



**1.6.1 Carácter previo del consentimiento:**

En cuanto a este punto la Corte Interamericana de Derecho Humanos, dice:

El primer elemento del consentimiento a considerar es el del carácter previo, lo cual implica que siempre debe ser otorgado antes de cualquier acto médico. La Corte nota que no es posible convalidar el consentimiento después de finalizado el acto médico (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016).

En este sentido, el profesional de la salud que vaya a realizar una intervención quirúrgica, debe convalidar el consentimiento del paciente antes de que se realice la operación, aunque esta es una regla general, existen ciertas excepciones que pueden ser aplicadas, es de esta manera que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dice:

Existen excepciones donde es posible que el personal de salud actúe sin la exigencia del consentimiento, en casos en los que éste no pueda ser brindado por la persona y que sea necesario un tratamiento médico o quirúrgico inmediato, de urgencia o de emergencia, ante un grave riesgo contra la vida o la salud del paciente (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016).

**1.6.2 Carácter libre del consentimiento:**

En cuanto a esta característica la Corte Interamericana de Derechos Humanos dice: “El consentimiento debe ser brindado de manera libre, voluntaria, autónoma, sin presiones de ningún tipo, sin utilizarlo como condición para el sometimiento a otros procedimientos o beneficios, sin coerciones, amenazas, o desinformación” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016). En este sentido, el profesional de la salud que vaya a realizar la intervención quirúrgica, no debe utilizar la coacción al paciente con la finalidad de que este firme acepte someterse a determinada intervención, por lo tanto, el paciente o su representante deberá manifestar la aceptación de que se realice la intervención quirúrgica de forma voluntaria y autónoma. Además, el profesional de la salud tiene la obligación de brindarle al paciente información válida con respecto al procedimiento que se va a realizar.

**1.6.3 Carácter pleno e informado del consentimiento:**

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos dice “el consentimiento pleno sólo puede ser obtenido luego de haber recibido información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, y luego de haberla entendido cabalmente” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016).

De tal manera que el profesional de la salud, antes de realizar la intervención quirúrgica debe brindar al paciente información fidedigna en la cual se determine de manera comprensible la

operación que se va a realizar; las posibles complicaciones que puede haber durante la realización de la misma; y los beneficios de haber realizado dicha operación.

#### **1.6.4 Requisitos del consentimiento informado:**

Además, el Dr. Chepe Ramos (2010) ha establecido los siguientes requisitos en cuanto al consentimiento informado:

1. Competencia: Que es la capacidad del paciente de comprender la información relevante. Sólo una persona competente puede dar un Consentimiento Informado válido legalmente, ya sea el paciente y/o familiar. En el caso de menores de edad o de enfermos mentales corresponde asumir esta competencia al familiar o tutor responsable.
2. Información.- La información debe ser previa a los procedimientos y/o tratamientos que se deben efectuar al paciente. Las opciones deben ser comprensibles y deben incluir el objetivo del tratamiento o del estudio, su procedimiento, los beneficios y riesgos potenciales y que siempre existe la opción del paciente de rechazar el tratamiento o estudio una vez iniciado en cualquier momento, sin que ello le pueda perjudicar en otros tratamientos.
3. Voluntariedad.- Los sujetos deben decidir libremente someterse a un tratamiento o participar en un estudio sin que haya persuasión, manipulación ni coerción. El carácter voluntario del consentimiento es vulnerado cuando es solicitado por personas en posición de autoridad o no se ofrece un tiempo suficiente al paciente para reflexionar, consultar o decidir. Ejemplo un médico no puede solicitar el consentimiento de su paciente planteándole la disyuntiva de firmar o no ser atendido. (p.28).

#### **1.7 Valoración de la prueba:**

En cuanto a la valoración de la prueba Taruffo (2012) en su libro "Teoría de la prueba" tiene la siguiente concepción: "un procedimiento dirigido a determinar la verdad de ciertas circunstancias de hecho, la presencia de reglas que establezcan a priori y con eficacia vinculante el valor de ciertas informaciones constituirá ciertamente una rareza" (p.198). Además Fenoll (2010) después de analizar varias concepciones con respecto a la valoración de la prueba la deduce de la siguiente manera:

Por tanto, podemos dar el concepto en cuestión por identificado. Ante un resultado de prueba, sea la declaración de un sujeto, sea la lectura de un documento, o sea el estado de cosas que observe el juez en un reconocimiento judicial, dicho juzgador no podrá quedar indiferente al verse en la necesidad de juzgar. Por ello, utilizando su

raciocinio deberá sacar unas conclusiones sobre lo que ha escuchado o visto. Esa extracción de conclusiones sería la valoración de la prueba. (p.28).

En este sentido, de acuerdo al concepto previamente citado se deduce que la valoración de la prueba consiste en un reconocimiento de los medios de prueba realizado por parte del juzgador por medio del raciocinio con la finalidad de extraer conclusiones que le convenzan sobre veracidad de la prueba. De igual manera, Echandía (1984) tiene la siguiente concepción acerca de la valoración de la prueba: “Por valoración o apreciación de la prueba Judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido” (p.141).

Con las concepciones previamente citadas, se deduce que la valoración de la prueba se puede definir como una operación mental realizada por el juez con la finalidad de extraer de un medio de prueba la convicción necesaria para determinar si el sujeto procesado es culpable o si se le ratifica su estado de inocencia.

### **1.8 Derecho a la presunción de inocencia:**

En la Constitución de la Republica del Ecuador se encuentra consagrado este derecho en el artículo 76 numeral 2, en el cual se determina básicamente que el sujeto procesado mantiene su estado de inocencia mientras no exista sentencia condenatoria ejecutoriada que así lo declare. Desde otra perspectiva Aguilar (2015) en su monografía Presunción de inocencia derecho humano en el sistema penal acusatorio, ha determinado que el derecho a la presunción de inocencia implica:

Que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba está a cargo de quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. El principio se vulnera si antes de que el imputado sea encontrado culpable una decisión judicial o incluso, extrajudicial, relacionada con él, refleja la opinión de que es culpable. (p.48).

Tomando en cuenta la concepción previamente citada, se puede inferir que el derecho a la presunción de inocencia se encuentra estrechamente relacionado con el principio indubio pro reo, este principio implica que el juzgador para dictar sentencia condenatoria debe tener el convencimiento de que existió el delito, y además debe tener convencimiento de la responsabilidad penal por parte de la persona procesada, este convencimiento tiene que ser tal, que no debe existir en ningún caso duda en el juzgador, en caso de que exista duda el juzgador debe ratificar el estado de inocencia.

El derecho de la presunción de inocencia que tiene la persona procesada es un derecho fundamental, el cual se encuentra consagrado en la Constitución de la República, por lo tanto, le corresponde a fiscalía y acusación particular, por medio de la carga probatoria demostrar la existencia material de la infracción y la responsabilidad penal, en el caso del homicidio culposo por mala práctica profesional, las pruebas presentadas deberán comprobar de manera fehaciente la existencia de imprudencia, negligencia e impericia por parte del profesional de la salud, caso contrario el juzgador deberá ratificar el estado de inocencia del sujeto procesado.

## **Capítulo Tercero: Análisis de caso**

### **1.1 Existencia material de la infracción**

En primer lugar, para realizar el análisis acerca de la existencia de la infracción, el Tribunal empieza por analizar los elementos del tipo penal que se le acusa al procesado, en este sentido, tomando en cuenta lo que expresa el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, el Tribunal determina que el sujeto activo del delito, en este caso, es un profesional de la salud el cual no debe infringir el deber objetivo del cuidado; el sujeto pasivo es aquella persona que es paciente y sobre cual recae el resultado dañoso de muerte; y el núcleo del delito radica en la divergencia entre la conducta realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber objetivo del cuidado.

Como se ha mencionado previamente, los elementos constitutivos en el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional son: la culpa, en este sentido el Tribunal debe verificar la existencia de una conducta en la cual el profesional de la salud no haya actuado de manera precavida, pensando que el resultado de muerte no se produciría en la paciente, o haya actuado sin tener en cuenta las consecuencias de su actuar; la inobservancia del deber objetivo del cuidado, en este sentido el Tribunal debe determinar de qué manera se ejecutó la conducta con la finalidad de verificar si se violentó una norma de cuidado, tomando en cuenta lo establecido en la Ley Orgánica de la Salud, el Tribunal debe concluir que existe inobservancia del deber objetivo de cuidado cuando el resultado de muerte sea producto de inobservancia, impericia, imprudencia y negligencia por parte del profesional de la salud. El último elemento consiste en el resultado de muerte, este elemento fue verificado por parte del Tribunal con la partida de defunción y con los testimonios rendidos.

### **1.2 La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado**

Con respecto a esta circunstancia, la producción del resultado de muerte durante la intervención quirúrgica, se encuentra comprobada con la partida de defunción de Sofía

Granda, y con los testimonios rendidos. No obstante, para determinar la existencia de responsabilidad penal por parte del sujeto activo del delito, el Tribunal debe tomar su decisión en base a las pautas establecidas dentro de la teoría de la imputación objetiva, que como se explicó previamente, implican que el sujeto activo debe realizar una acción que cree un peligro jurídicamente desaprobado en la paciente; que aumente un riesgo existente; y que exista un nexo causal entre el peligro al que ha sido expuesto la víctima con el resultado dañoso.

En cuanto al caso en concreto, el Tribunal llegó a la conclusión de que si se debía realizar la operación a Sofía Granda, esto por el hecho de que aunque algunos sujetos procesales alegaron que el riesgo de muerte de Sofía Granda si no se operaba era bajo y que la enfermedad que padecía podía ser controlada, los testimonios y pruebas documentales coincidieron en que tenía una obstrucción de más del 70% en las vías respiratorias y que la paciente Sofía Granda tenía un amplio historial médico ya que se había hecho atender en otras instituciones de salud por complicaciones como rino-faringitis, afección respiratoria, amigdalitis, amigdalitis aguda, bronquitis, etc, por lo tanto, según lo analizado por el Tribunal el profesional de la salud estaba en posición de tomar la decisión de realizarle la intervención quirúrgica a la paciente.

De igual manera, los sujetos procesales señalaron que la paciente no se podía operar porque en ese momento pasaba por un cuadro de infección y eso estaría contra lo indicado en la *lex artis*, en este sentido, el Tribunal determinó que si bien los médicos no deben operar cuando existe un proceso infeccioso, el doctor Juan Pablo Arias proporciono ceftriaxona, medicamento que consiste en un antibiótico el cual permite que baje la inflamación, y una vez que se estabilizó la paciente, se procedió con la operación, de tal manera que en este sentido no se estaría contraviniendo con lo señalado en la *lex artis*.

Por lo tanto en cuanto a la autorización y la realización de la intervención quirúrgica por parte del profesional de la salud, se puede deducir que aunque exista el resultado dañoso, que sería la muerte de la paciente, la acción del profesional de la salud al autorizar la realización de la intervención quirúrgica no ha creado un peligro jurídicamente desaprobado o aumentado un peligro, puesto que, como se evidencio conforme al historial médico presentado y con los testimonios, la paciente ya venía presentando estos síntomas de manera recurrente, no obstante cabe analizar, si el profesional de la salud actuó con impericia o de manera imprudente, negligente, y si habría inobservancia de normas al momento de realizar la intervención quirúrgica.

### **1.3 La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión:**

En cuanto a esta circunstancia el Tribunal hace un análisis con respecto al consentimiento informado firmado por parte de la madre de la paciente, en el cual se pudo determinar que en el mismo se estableció la operación que se iba a realizar la paciente, es decir la remoción de amígdalas y adenoides; el propósito, el cual consistía en evitar futuras infecciones; los riesgos que conllevaba realizar la operación, los cuales podían ser la existencia de una hemorragia intraoperatoria y postoperatoria, infección, shock o inclusive la muerte. De igual manera, el Tribunal pudo inferir en que la señora Nathaly Mejía madre de Sofía Granda consulto de dicha operación con su esposo y con sus familiares, ya que ellos llegaron en el momento en que la niña se iba a realizar la intervención quirúrgica sin manifestar oposición alguna. En otro sentido, la señora Nathaly Mejía, alego que el profesional de la salud únicamente le hizo firmar 3 hojas que constaban con espacios en blanco, no obstante, este argumento tiene una explicación razonable para el Tribunal, ya que el procesado supo explicar que las palabras médicas, al tener tecnicismos propios de la materia son difíciles de escribir, por lo cual lleno ciertas partes del documento, hecho que no fue desacreditado mediante pruebas por la contraparte.

En este sentido es menester realizar un contraste con los criterios del consentimiento informado establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en primer lugar, tenemos el carácter previo del consentimiento, en este sentido, la Sra. Nathaly Mejía manifestó en su testimonio lo siguiente:

Subió a la habitación, eran las 12h00 del 18 de noviembre de 2019, le llamó al esposo, le comentó lo del otorrinolaringólogo, la urgencia de la operación, coordinaron para pedir permisos en el trabajo y el dinero, le pidió se dirija al hospital, le llamó al otorrinolaringólogo, que frente a la urgencia que había dicho aceptaban operarle, él manifestó que iba a verificar el quirófano, a las 14h30 iba a ser intervenida, le llamó a la mamá y con la abuela llegaron, a las 13h30, subió el otorrinolaringólogo con papeles, que era la autorización para la operación, firmó. (Expediente No. 01283-2019-14403G).

Con lo cual, se determina que el consentimiento informado firmado por parte de la madre si se realizó antes de la intervención quirúrgica. En cuanto al carácter libre del consentimiento, implica que el sujeto activo no debe utilizar coacción con la finalidad de que el paciente firme o acepte someterse a determinada intervención, circunstancia que también se cumpliría con lo expuesto por la madre de la víctima en su testimonio. Como último circunstancia se encuentra, el carácter pleno e informado del consentimiento, lo cual implica que el paciente

debe brindar información fidedigna y comprensible de la operación que se va a realizar; posibles complicaciones; y los beneficios de la operación, en este sentido, Juan Pablo Arias en su testimonio manifestó:

Señaló que tiene historias clínicas que indican que tiene hipertrofia amigdalar, dentro de las historias clínicas se evidencia saturaciones bajas, pero aún más, un año antes de la cirugía existe una historia clínica que indica un diagnóstico de rinosinusitis crónica, esto es una complicación secundaria a la hipertrofia adenoidea. Le entregó en persona una hoja con las indicaciones para seguir después de la cirugía, el consentimiento informado es llenado a puño y letra de la madre nombre, edad, representante de quien es, donde vive, a puño y letra y es suscrito en tres partes diferentes en donde se encuentra el diagnóstico, el tipo de cirugía, la fecha y el lugar donde se va a realizar la cirugía, estos datos son llenados por el procesado porque es difícil escribir adenoamigdalectomía. (Expediente No. 01283-2019-14403G).

En definitiva, tomando en cuenta lo manifestado por los sujetos procesales durante su testimonio, se determina que el consentimiento informado otorgado por parte del representante de la víctima cumple con los caracteres establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, con respecto a las hojas en blanco firmadas por parte del sujeto procesado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no emite criterio alguno cuando concorra esta circunstancia, por lo cual es lógica la aceptación del Tribunal ante este suceso. De igual manera, teniendo en cuenta los requisitos establecidos por el Dr Chepe Ramos citados previamente, los cuales consisten en la competencia, voluntariedad y libertad, se deduce que el consentimiento informado por parte de la madre es válido.

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

En cuanto a la existencia de la arteria carótida aberrante externa izquierda el Tribunal tomo en cuenta que fiscalía y acusación particular, sostuvieron que era falso que existía trayecto aberrante, no obstante, este argumento tuvo contradicciones para el Tribunal, ya que en primer lugar, el perito Gutiérrez realizó un análisis histopatológico macroscópico y microscópico, con el fin de determinar la distancia entre el lecho quirúrgico y la arteria carótida externa izquierda o si existe la presencia de un trayecto anómalo de la arteria carótida, este estudio dio como resultado que existe una distancia de 8 milímetros entre el primer tejido hasta la última fibra muscular, es decir, se llegó a la conclusión de que hay una distancia de 8 milímetros entre la amígdala y la arteria carótida externa izquierda, y microscópicamente no se encontró ningún vaso sanguíneo. De igual manera el Dr. Navia, señaló que en la

autopsia médico legal se determinó que existe aproximadamente un centímetro entre la incisión realizada por el sujeto procesado y el lecho hemorrágico, no obstante no realizó una abertura en el lado derecho del cuello de la persona fallecida, para determinar si existe una arteria carótida aberrante externa derecha.

Si se contrastan estos estudios con la imagen de la angio tomografía realizada por el Dr. Figueroa a Sofía Granda, se observa que la amígdala y la arteria carótida externa derecha están pegadas, por lo tanto habría una contradicción, de tal manera que al tratarse de estudios técnicos científicos que en teoría deberían ser certeros provocan duda en el Tribunal. Además, el Dr. Gutiérrez, no realizó el análisis macroscópico de un frasco con tapa verde que contenía la amígdala, de tal manera que la pericia realizada por el Dr. Gutiérrez, se encontró incompleta, por lo tanto se transgredió el contenido de los artículos 511 numeral 6 en relación con el artículo 457 del COIP. En conclusión, aunque el análisis realizado por el Dr. Figueroa, no determina la existencia del trayecto aberrante en arteria carótida externa izquierda, esto debido a que en esa zona se realizó la operación, el Tribunal concluyó que la arteria carótida aberrante externa izquierda existía, ya que los testimonios de los testigos señalaron que las variantes anatómicas en su mayoría son bilaterales, es decir que se presentan en ambos lados.

Teniendo en cuenta que la valoración de la prueba consiste en una operación mental realizada por parte del Tribunal con la finalidad de extraer de un medio de prueba la convicción necesaria para determinar si el sujeto procesado es culpable o si se ratifica el estado de inocencia del mismo, se deduciría que el criterio tomado por parte del Tribunal es lógico, ya que el informe del Dr. Gutiérrez se realizó de manera incompleta, de igual manera el perito Navia omitió realizar la abertura en el lado derecho del cuello de la persona fallecida, por lo cual estas situaciones que de manera inexcusable provocan duda en el Tribunal. No obstante, la angio tomografía realizada por el Dr. Figueroa cumpliría el grado de aceptación científica y técnica que establece el artículo 457 del COIP en cuanto a los criterios de valoración de la prueba se refiere, por lo cual, correspondería analizar si el sujeto procesado inobservo el deber objetivo del cuidado en base a esta prueba. En este sentido, la angio tomografía realizada por el Dr. Figueroa determinó que la amígdala y la arteria carótida externa derecha están pegadas, y con los testimonios de los testigos se llegó a la conclusión de que las malformaciones se producen de manera bilateral, es decir, tanto en la amígdala izquierda y la amígdala derecha, por lo cual, se deduce la existencia de la arteria carótida aberrante externa izquierda, por lo tanto, el acto médico realizado por el sujeto procesado, sería realizado sin dolo ni culpa, ya que como se definió previamente la culpa consiste en una conducta realizada por una persona que pudo haber actuado de manera cuidadosa pero que omitió su deber de



precaución. Además, si se tiene en cuenta la concepción previamente expresada por el Dr. Albán Gómez, en donde explica que para que un homicidio culposo por mala práctica médica profesional sea atribuible al sujeto procesado este debe producirse de manera directa por la falta de cuidado, es decir debe existir un nexo causal, entre el acto realizado con imprudencia, negligencia e impericia, con el resultado dañoso de muerte. Por lo cual, teniendo en consideración la angio tomografía presentada por el Dr. Figueroa se llega a la conclusión de que el resultado dañoso que consiste en la muerte de la paciente, se debe a un caso fortuito el cual no es previsible y por lo tanto no puede ser imputable al profesional de la salud.

En cuanto al sangrado profuso en base al testimonio expresado por acusación particular, fiscalía, y la defensa de la persona procesada, no se determinó con precisión la cantidad de sangre perdida por la paciente, por lo tanto, para el Tribunal es menester analizar si se realizó un efectivo control de daños por parte del sujeto procesado. En este sentido, fiscalía y acusación particular utilizaron como argumento que el Dr. Arias extirpo de forma completa la amígdala izquierda antes de que se realice la cervicotomía, situación que puso en peligro a la víctima, no obstante el Dr. Serrano que estuvo presente en la cirugía, señaló que es imposible extirpar la amígdala ya que cuando se realiza el punto de coagulación se produce el sangrado, situación que impediría que se siga realizando la intervención quirúrgica. De tal manera que, para el Tribunal es lógico que no se haya realizado la extirpación de la amígdala, ya que para la realización de la amigdalectomía, se utilizó el sistema denominado coblation, el cual consiste en un instrumento que funciona con puntos de coagulación y cada punto no le permite avanzar más de un milímetro, ya que este debe ser lavado y limpiado al momento de realizar cada punto porque caso contrario se taponan. Además, tanto fiscalía como acusación particular no presentaron pruebas que demuestren que no se utilizó este instrumento en la intervención quirúrgica, por lo cual no se desacredita este testimonio.

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

En cuanto a la formación profesional, se acredita como prueba documental el Certificado del Sistema Nacional de Educación Superior del Ecuador emitido por la Universidad de Cuenca en la que se acredita al procesado la profesión de médico, además se ajunto un título por la Universidad de Buenos Aires, el cual acredita que el procesado se especializó en otorrinolaringología. En cuanto a la práctica y experiencia se presentó el registro estadístico, en el cual se determina que el sujeto procesado realizó 82 amigdalectomías.

Con respecto a esta circunstancia, se demuestra que no existe impericia por parte del profesional de la salud, ya que como se definió previamente la impericia consiste en la falta

de experiencia o conocimiento por parte del profesional de la salud que es el en cargado de realizar la intervención quirúrgica.

En cuanto a las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho, el Tribunal llego a la conclusión de que antes de realizar una intervención quirúrgica únicamente se puede demostrar la existencia de una arteria carótida aberrante mediante un examen de angio tomografía, sin embargo todos los testigos coincidieron en que este examen únicamente se realiza en casos extraordinarios como situaciones cancerígenas, debido a que le podría producir a la paciente un shock anafilico a causa del líquido de contraste que se utiliza en este procedimiento médico, por lo tanto, desde el punto de vista del Tribunal esta situación de manera objetiva no pudo ser evitada ni prevista por el sujeto procesado.

En este sentido, es correcto que el Tribunal no le haya atribuido la responsabilidad penal al sujeto procesado, pues conforme se suscitaron los hechos, haber realizado en la paciente la angio tomografía para determinar su condición la habría expuesto a un shock anafilico. Como se ha mencionado previamente, la culpa médica que consistirá en la inobservancia del deber objetivo del cuidado proviene de acciones imprudentes, lo cual implica que el profesional de la salud no haya tomado las precauciones necesarias que se realizan de manera obligatoria, no obstante, haber expuesto a la paciente a la angio tomografía iría en contra de la lex artis, por lo cual, el profesional de la salud al realizar la intervención quirúrgica se encontraba ante una circunstancia que no pudo ser evitada ni prevista, es decir, estaría ante un caso fortuito hecho que no puede ser imputable.

Otro argumento de fiscalía y acusación particular, consistió en que el procesado no realizo un efectivo control de daños a la paciente basándose en 2 hechos, el primero consiste en que el procesado únicamente comprimió el lecho quirúrgico situación que provoco pérdida de sangre, y el segundo consistió en que se esperaron al menos treinta minutos hasta que Dr. Serrano realice la cervicotomia, en este sentido, en base a lo alegado por los testimonios, el Tribunal llego a la conclusión de que el sujeto procesado actuó de manera correcta ya que su actuar estaba limitado a taponar de manera inmediata la arteria afectada, pues realizar cualquier otra acción podía empeorar la situación de la paciente, por ello posteriormente intervinieron otros médicos quienes fueron los encargados de estabilizar a la paciente. En este sentido, al no existir argumentos que desacrediten el uso del instrumento coblation, se deduce que el profesional de la salud estaba limitado en su actuar a taponar el lecho quirúrgico, hasta que llegue el Dr. Serrano, quien por su experiencia es el encargado de realizar esta clase de intervenciones quirúrgicas.

La previsibilidad y evitabilidad del hecho se encuentran estrechamente relacionadas con la inobservancia al deber objetivo del cuidado, en este sentido, Francisco Muñoz Conde establece que para que el Tribunal determine si existe violación del deber objetivo del cuidado, debe valorar si la conducta del profesional de la salud se realizó en base a normas aceptadas dentro de una sociedad, en este sentido el Tribunal tomo su decisión de manera correcta pues ya que el instrumento coblation siempre se utiliza en este tipo de intervenciones quirúrgicas.

En segundo lugar el juzgador debe determinar en base a un juicio razonable si era previsible la producción del resultado, en este sentido, en base a los hechos previamente suscitadas y en base a las pruebas que se encontraban completas por parte de los sujetos procesales, se llega a la conclusión de que el profesional de la salud no pudo prever el resultado, esto por el hecho de que en primer lugar no se le podía realizar a la paciente una angio tomografía, y en segundo lugar haber realizado algún movimiento al momento de que se produjo la hemorragia habría provocado consecuencias más perjudiciales en la víctima.

Tomando en cuenta estos antecedentes, el Tribunal considera que existen contradicciones e imprecisiones en la carga probatoria presentada por fiscalía y acusación particular, por lo cual surgen dudas acerca de si, el sujeto procesado inobservo el cumplimiento del deber objetivo del cuidado al momento de realizar la intervención quirúrgica, por lo cual conforme al principio indubio pro reo declara sin lugar la denuncia.

Conforme al artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, y teniendo en cuenta que este principio está estrechamente relacionado con el principio indubio pro reo, es correcta la decisión adoptada por parte del Tribunal, si se tiene en consideración que tanto el principio de presunción de inocencia como el indubio pro reo, implican que la carga de la prueba corresponde a la persona que acusa dentro de un proceso y en caso de que existan dudas en la prueba, esta debe ser usada en beneficio del acusado. En definitiva, el juzgador para dictar sentencia condenatoria debe tener el convencimiento de la existencia del delito y de la responsabilidad penal de la persona procesada, este convencimiento debe ser tal de que no debe existir duda en el juzgador y en caso de duda el juzgador debe ratificar el estado de inocencia del sujeto procesado.

### Conclusiones

1. Para que se pueda atribuir la responsabilidad penal al sujeto procesado, según lo establecido en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, el Tribunal debe verificar la existencia de ciertos elementos, los cuales consisten en la culpa, la inobservancia del deber objetivo del cuidado, y el resultado de muerte. En este sentido, aunque exista el resultado de muerte a consecuencia de la intervención quirúrgica realizada por parte profesional de la salud, el resultado debe provenir exclusivamente de una acción que haya puesto en riesgo a la paciente o que incremente un riesgo que existía previamente, en este sentido, según lo que consta en el expediente previamente analizado no se le puede atribuir el cometimiento del delito al profesional de la salud ya que el resultado deviene exclusivamente de un hecho que el profesional de la salud no podía evitar y tampoco podía prevenir.
2. Para determinar la inobservancia del deber objetivo del cuidado por parte del profesional de la salud, no es trascendental saber cuál fue la conducta que causo la infracción y el resultado del mismo, es de suma importancia determinar de qué manera se ejecutó esta conducta con el objetivo de saber si es que el profesional de la salud al momento de realizar la intervención quirúrgica inobservo una norma de cuidado, o si es que el resultado se produjo a consecuencia de un caso fortuito, situación que no se le podría imputar al sujeto procesado.
3. Si se tienen en consideración los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto al consentimiento informado, aunque el sujeto procesado haya llenado ciertas partes del documento, este se encuentra legítimamente otorgado, pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos, determina que para su validez debe ser otorgado de forma previa, informada y libre, circunstancia que conforme se desarrolló el proceso, se pudo determinar con los testimonios de los testigos.
4. Corresponde a fiscalía y acusación particular demostrar la existencia material de la infracción y la responsabilidad penal del sujeto procesado por medio de la carga probatoria, en este sentido las pruebas presentadas debían demostrar la

existencia de acciones negligentes, imprudentes, realizadas con impericia y la inobservancia de leyes o reglamentos por parte del sujeto procesado, situación que conforme a la carga probatoria presentada no se pudo comprobar. En este sentido, se ha podido determinar con la investigación efectuada, que no se ha vulnerado el derecho de presunción de inocencia, pues no se ha trasladado la demostración de inocencia al sujeto procesado.

### Referencias

- Aguilar López, M. (2015). *Presunción de inocencia, derecho humano en el sistema penal acusatorio*. Mexico: Instituto de la Judicatura Federal. Obtenido de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37682.pdf
- Albán Gómez, E. (s.f.). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Ediciones Legales, Colección Profesional Ecuatoriana, Tomo II, Parte Especial, Primera Edición. Obtenido de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://estudiantesecuatorianosderecho.files.wordpress.com/2015/07/manual-de-derecho-penal-ecuatoriano-dr-ernesto-alban-gomez.pdf
- Cancio Meliá, M. (s.f.). *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Mendoza: ediciones jurídicas cuyo. Obtenido de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.derechopenalened.com/libros/cancio\_melia\_lineas\_basicas\_de\_la\_teoría\_de\_la\_imputacion\_objetiva.pdf
- Chepe Ramos, E. (2010). *ACTO MÉDICO Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO*. Perú.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). *Código Orgánico Integral Penal, COIP*. Obtenido de https://www.lexis.com.ec/biblioteca/coip
- Congreso Nacional. (2006, 22 de diciembre). *Ley Organica de la Salud*. Ecuador. Obtenido de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2017/03/LEY-ORG%C3%81NICA-DE-SALUD4.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016). *CASO I.V.\* VS. BOLIVIA*. Obtenido de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_329\_esp.pdf
- Devis Echandía, H., & Adolfo, A. (1984). *COMPENDIO DE LA PRUEBA JUDICIAL*. Argentina: Rubinzal Culzoni Editores. Obtenido de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.salapenaltribunalmedellin.com/images/doctrina/libros01/compendio\_de\_la\_prueba\_judicial\_i.pdf
- Expediente No. 01283-2019-14403G (Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Cuenca 28 de Abril de 2022).
- Jiménez de Asúa, L. (1963). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Losada.

- Maier, J., & Binder, A. (1995). *El Derecho Penal Hoy*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Mezger, E. (1958). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: EDITORIAL BIBLIOGRÁFICA ARGENTINA. Obtenido de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/01/Derecho-Penal-Edmundo-Mezger-LP.pdf
- Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho Penal, Parte general*. Valencia: Octava edición, editorial Tiran Lo Blanch Libros. Obtenido de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.derechopenalenlared.com/libros/Derecho\_Penal\_Parte\_General\_Munoz\_Conde\_Mercedes\_Aran.pdf
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons. Obtenido de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://derechopenalenlared.com/libros/la-valoracion-de-la-prueba-jordi-nieva.pdf
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General (2a ed., Vol. 1)*. Madrid España: Civitas.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid España: Civitas, S. A. Obtenido de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho\_penal\_-\_parte\_general\_-\_claus\_roxin-LP.pdf
- Taruffo, M. (2012). *Teoría de la Prueba*. Lima: Ara Editores. .
- Zaffaroni, E. (1981). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDIAR. Sociedad Anonima Editora. Obtenido de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.salapenaltribunalmedellin.com/images/doctrina/libros01/Tratado\_De\_Derecho\_Penal\_-\_Parte\_General-III.pdf
- Zaffaroni, E. (2009). *Estructura basica del Derecho Penal*. Buenos Aires Argentina: Ediar. Sociedad anonima Editora.