

UNIVERSIDAD DE CUENCA



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**“LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN EL ECUADOR: CÓDIGO PENAL (1938)
Y CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (2014)”**

**Trabajo de Titulación previo a la obtención del título de Abogada de los
Tribunales de Justicia de la República y Licenciada en Ciencias Políticas y
Sociales**

AUTORA:

AMPARO DEL PILAR ARREDONDO SALAZAR.

C.I. 1002558284

DIRECTOR:

DR. SIMÓN BOLÍVAR VALDIVIESO VINTIMILLA.

C.I. 0101668374

CUENCA – ECUADOR

2017



UNIVERSIDAD DE CUENCA

RESUMEN

“LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN EL ECUADOR: CÓDIGO PENAL (1938) Y CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (2014)”.

La mala práctica médica desde la antigüedad y de acuerdo a cada época causó presión a los galenos dentro de sus funciones, si bien esta figura jurídica se presenta dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal en el año 2014, en tiempos remotos ya se regulaba este tipo penal con sanciones de diversa índole de acuerdo a la gravedad del daño y a cada legislación.

Y ¿qué sucede cuando entra en vigencia este tipo penal en el Ecuador?, los médicos empiezan a generar marchas dando a conocer las protestas e inconformidad con respecto a la nueva implementación del artículo 146 en el COIP al sentirse amenazados y presionados en sus trabajos, sintiéndose unos homicidas por el hecho de que sus funciones estaban reguladas por una normativa penal y que desde entonces su forma de desempeñar su trabajo debía ser con un grado de responsabilidad totalmente diligente para evitar resultados dañinos.

A pesar de los debates y desacuerdos este artículo se mantiene dentro del contenido del Código Orgánico Integral Penal y hoy en día ya existen algunos casos de mala práctica médica siendo investigados, unos pocos concluidos, sin embargo, aún existe muchas interrogantes en cuanto a su forma de juzgar, probar y establecer la pena respectiva.

Palabras claves: mala práctica médica- deber objetivo de cuidado- responsabilidad- culpa.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

ABSTRACT

"THE BAD MEDICAL PRACTICE IN ECUADOR: CRIMINAL CODE (1938) AND CRIMINAL COMPREHENSIVE ORGANIC CODE (2014)".

Medical malpractice from the antiquity and according to each era caused pressure to the galenos within their functions, although this legal figure is presented within our criminal legal system in the year 2014, in remote times already regulated this criminal type with different types of sanctions according to the severity of the damage and to each legislation.

And what happens when this criminal type enters into force in Ecuador? the doctors begin to generate marches giving out the protests and nonconformity with respect to the new implementation of article 146 in the COIP when feeling threatened and pressured in their works, feeling some homicide by the fact that their functions were regulated by a penal norm and that since then their form of work had to be with a degree of responsibility totally diligent to avoid harmful results.

Despite debates and disagreements this article remains within the content of the Integrated Criminal Code and nowadays there are already some cases of medical malpractice being investigated, a few concluded, however, there are still many questions as to its form to judge, prove and establish the respective penalty.

Keywords: bad medical practice - duty of care - responsibility – guilt.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

INDICE

RESUMEN.....	2
ABSTRACT	3
INDICE	4
CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR.....	6
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL	7
DEDICATORIA	8
AGRADECIMIENTO	9
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO I.....	12
LA MALA PRAXIS MÉDICA.....	12
1.1.- Generalidades.....	12
1.2.- Reseña Histórica.....	13
1.3.- Conceptos.....	14
1.4.- Doctrina nacional e internacional sobre la mala práctica médica.....	16
CAPITULO II.....	19
2.1 La Tipicidad.....	19
2.1.1 Elementos del Tipo	19
2.2 Verbo Rector	20
2.3 El Bien Jurídico Protegido	21
2.4 Sujetos y elementos en la mala práctica médica	22
2.4.1 Sujeto activo	22
2.4.2 Sujeto pasivo	24
2.4.3 Relaciones médico paciente	26
2.4.4 Responsabilidad.	28
2.4.5 Deber objetivo de cuidado - ELEMENTO.....	31
CAPITULO III.....	35



UNIVERSIDAD DE CUENCA

LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.	35
3.1.- Marco jurídico.....	35
3.1.1.- Código Penal (1938).....	35
3.1.1.1.- Aplicación (caso práctico).....	37
3.1.2.- Código Orgánico Integral Penal (2014).....	49
3.1.2.1.- Aplicación (caso práctico).....	54
CAPÍTULO IV	72
DERECHO COMPARADO SOBRE LA REGULACIÓN DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA.....	72
4.1.- Argentina.....	72
4.2.- Chile.....	78
CONCLUSIONES	81
RECOMENDACIONES.....	82
BIBLIOGRAFÍA.....	83



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR



Universidad de Cuenca

Cláusula de Licencia y Autorización para Publicación en el Repositorio Institucional

AMPARO DEL PILAR ARREDONDO SALAZAR, en calidad de autora y titular de los derechos morales y patrimoniales del Trabajo de Titulación “LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN EL ECUADOR: CÓDIGO PENAL (1938) Y CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (2014)”, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el Repositorio Institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, Octubre de 2017

Amparo del Pilar Arredondo Salazar

C.I.1002558284



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL.



Universidad de Cuenca
Cláusula de Propiedad Intelectual

AMPARO DEL PILAR ARREDONDO SALAZAR, autora del Trabajo de Titulación "LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN EL ECUADOR: CÓDIGO PENAL (1938) Y CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (2014)", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, Octubre de 2017

Amparo del Pilar Arredondo Salazar

C.I.1002558284



UNIVERSIDAD DE CUENCA

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a mi padre Jorge Arredondo y a mi leal esposo, por estar a mi lado siempre y no permitir que desmaye en mis objetivos, por ser mi apoyo y ayuda incondicional, por ser las personas que con sus palabras y consejos hacen posible que se cumplan mis sueños.

A mis queridos hermanos Cristian y Alex, por sus buenos deseos y por ser el motor que día a día me impulsa a luchar para ser un mejor ser humano.

Para todos ustedes con amor y agradecimiento.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

AGRADECIMIENTO

Mi eterno agradecimiento a Dios por guiar mi camino, por bendecirme siempre con cada una de las personas que me rodean, mi familia, mis amigos y en especial con mis maestros que han sabido transmitirme sus conocimientos y hacer posible la culminación de mi carrera profesional.

Agradezco de manera infinita al Director de la presente Monografía, Dr. Simón Bolívar Valdivieso Vintimilla, por su paciencia y por haber dedicado su tiempo, dirigiéndome para que así, sea posible llevar a cabo el presente trabajo de investigación.

A la Universidad de Cuenca, y de manera especial a la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, y a mis distinguidos maestros, por brindarme sus conocimientos de forma profesional y completa, gracias a todos y cada uno de ellos.

Siempre agradecida estaré con mi familia y amigos por su apoyo incondicional, por cada palabra de aliento en la consecución de mis metas.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

INTRODUCCIÓN

“LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN EL ECUADOR: CÓDIGO PENAL (1938) Y CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (2014)”.

La presente investigación tiene por finalidad establecer mediante casos prácticos la forma de juzgamiento y sanciones que estaba regulado el tipo penal de homicidio culposo que en el nuevo Código Penal se lo tipifica como mala práctica profesional.

De la misma manera, se analizará el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal para saber con mayor precisión lo que se debe considerar a la hora de determinar la responsabilidad de un médico ante un posible daño generado a un paciente.

Esta monografía cuenta con cuatro capítulos, siendo el primero el que trata temas como los antecedentes históricos, es decir, el origen de la mala práctica médica, que desde tiempos antiguos ya se presenciaron regulaciones con respecto a las intervenciones de los médicos; conceptos de mala práctica médica o mala praxis médica también conocida de esta manera con el fin de conocer a que se refiere esta figura jurídica, doctrina nacional e internacional donde se desarrolla la forma de establecer o verificar la existencia de una responsabilidad por parte del médico en cada doctrina.

Dentro del segundo capítulo se aborda todo lo relacionado al sujeto activo y pasivo de la mala práctica médica, la relación médico- paciente, las diferentes responsabilidades a las que está sujeto el médico cuando causa un daño en el ejercicio de sus funciones por infringir el deber objetivo de cuidado.

En cuanto al contenido del tercer capítulo se encuentra la normativa que regula la mala práctica médica y un caso práctico juzgado de conformidad al Código Penal de 1938 así como con las normas del Código Integral Penal de 2014.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Finalmente, en el capítulo cuarto he visto necesario referirme sobre la legislación comparada específicamente a la normativa argentina y chilena sobre cómo se encuentra regulada la mala práctica médica en dichos países.

Les invito a leer el desarrollo de esta investigación con el deseo de que sea de gran ayuda para cada uno de los lectores dentro del ámbito del Derecho y la medicina.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CAPÍTULO I

LA MALA PRAXIS MÉDICA

1.1.- Generalidades

En la Constitución del 2008, se prevé la responsabilidad por la mala práctica profesional, aunque se destaca aquella que **“ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas”** (Art. 54).

Cuando se proyectaba la creación de esta nueva figura jurídica, había quienes no están de acuerdo con la llamada *“Ley de mala práctica médica”*, porque eso sería legislar con dedicatoria en contra de un gremio profesional, ya que el mal ejercicio profesional puede ocurrir en diferentes ramas como puede ser, con el abogado, el ingeniero civil, con el arquitecto, con el economista, etc.

Lo que desarrolla normativamente el Código Orgánico Integral Penal es la concreción de la responsabilidad profesional que ya está prevista en la Constitución del 2008.

Por otra parte, antes de la entrada en vigencia del mencionado cuerpo normativo, existía la responsabilidad profesional del médico por delitos culposos, sea en el caso de lesiones o de muerte como consecuencia de una imprudente intervención médica.

La mala práctica médica es la falta de precaución en el deber de cuidado en el ejercicio de su arte o profesión, la discusión en el tema de la mala praxis médica surge a partir de la necesidad de garantizar la tutela de los dos bienes jurídicos protegidos como son la salud y la vida.

Esto no es nuevo. Tal vez los casos más notorios han sido lo que llevaron a proceso penal a médicos por tratamiento indebido como en el tema de las diálisis a pacientes del IESS, en que fallecieron poco a poco los que habían sido víctimas de un ejercicio abusivo de la medicina con la secuela de infectados o contagiados con el VIH por la reutilización de los equipos de diálisis (Pasquel, 2015).



1.2.- Reseña Histórica

En los inicios de la humanidad las personas creían que sus dioses eran los que permitían la presencia de enfermedades como un castigo divino más no por causas orgánicas o físicas de modo que los únicos que podían aliviar esos malestares eran los sacerdotes, ya que estos ejercían la función de intermediarios entre el enfermo y la divinidad; los curanderos que con sus ritos lograban vencer el mal mientras el paciente esperaba sentir la voluntad de Dios para ser curado.

Estas personas que como se dijo eran intermediarios entre Dios y los hombres, estaban protegidos de cualquier responsabilidad sobre los enfermos cuando los mismos no eran curados, se decía que ellos con sus poderes extraterrenales no se les consideraba capaces de cometer errores, por lo tanto, al haber actuado de manera prudente y responsable se debía esperar la voluntad divina.

Ya en el año 1700 a.c, se crea el Código de Hamurabi donde encontramos las primeras leyes que regulan la mala práctica médica diferenciando de lo que hoy se conoce como responsabilidad civil y penal.

Todos aquellos daños cometidos por los médicos que no eran considerados dolosos ni graves se sancionaban de manera pecuniaria, sin embargo, las sanciones que se les imponía dependía de la gravedad del daño. Por ejemplo, si el paciente perdía partes importantes del cuerpo o la vida, la sanción para el médico era el corte de sus manos para que no vuelva a operar.

En el caso de los egipcios cuando un médico era responsable de la muerte de un enfermo, la sanción era la pena de muerte para el galeno.

En Roma existía un cuerpo normativo denominado Lex Aquilia, en donde se establecían las sanciones para los profesionales de la salud que realizaran una mala práctica médica aun cuando hubieran actuado bien, pero los resultados



UNIVERSIDAD DE CUENCA

fuesen negativos para el enfermo. Esta ley permitía que los familiares del enfermo decidieran la condena para el galeno responsable.

En España, el rey Alfonso X el Sabio, en uno de los cuerpos legales más importantes de la historia del derecho, las Siete Partidas, incluyó aspectos de tanta relevancia en la práctica médica que en determinados casos se castigaba con 5 años de destierro en una isla si su actividad causaba daño (Díaz, 2007, pág. 226).

En nuestro país, una vez que se consagró la salud, en el Art. 32 de la Constitución, como un derecho que garantiza el Estado, y cuya prestación de servicios se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional, se reguló la mala práctica médica en el Código Orgánico Integral Penal.

La responsabilidad de los profesionales de la salud, al igual que en otras legislaciones se considera como elemento esencial del delito, si el daño que se produce está en relación directa con la actuación profesional, y que, si bien no existe la intencionalidad de provocarlo, este se produce por imprudencia, impericia, negligencia y/o inobservancia de los deberes a su cargo (Andrade, 2016, págs. 20,21).

A tal efecto, cabe señalar que en el ámbito jurídico así como en la práctica misma de la medicina, la responsabilidad del médico ha sido aceptada en un sentido extremadamente relevante respecto de los resultados finales de su práctica, sin embargo, se admite la validez teórica del principio que determina una irresponsabilidad absoluta de los médicos en su actuar profesional (CANO, 1994).

1.3.- Conceptos

Se dice que toda actividad humana corre el riesgo de cometer errores, pues sabemos que el ser humano no es perfecto y por lo tanto se expone a que en ciertas circunstancias pueda ser responsable de tales o cuales daños.

Tomando en cuenta el tema que nos ocupa, el actuar de un médico tiene una gravedad particular por los resultados que puede generarse de un descuido, negligencia o impericia en el ejercicio de sus funciones como profesional, recordemos en sus manos está la vida y la salud de una persona.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Para el Dr. Lucas Videla citado por el Dr. Fernando Andrade, la mala práctica médica existe “cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud (...), como consecuencia de un accionar profesional realizado con imprudencia, negligencia, impericia en su profesión o arte de curar, o por inobservancia de sus reglamentos a su cargo” (Andrade, 2016, págs. 33,34).

El concepto anterior habla acerca de la imprudencia, negligencia e impericia, ¿por este motivo, vamos a tomar tres conceptos muy importantes dentro de una posible mala praxis médica en los cuales encontraremos estos elementos mencionados.

Las **negligencias médicas** se producen cuando el médico actúa sin cumplir con las normas que rigen su profesión, se producen por un descuido en la forma de actuar del médico o el profesional sanitario. Es decir, se produce una omisión consciente en el que se deja de cumplir un acto que el deber funcional exige, por lo que -si se produce un daño-es totalmente punible judicialmente en el caso que suceda y se detecte.

La **Imprudencia e Impericia** por su parte, la imprudencia médica hace referencia a acciones que realiza un profesional sanitario de forma temeraria, y que por ello son previsibles desde un punto de vista objetivo, por lo que al cometer una de ellas, se puede estar incurriendo en delito.

Por su parte, la impericia, como dice la palabra, hace clara alusión a una falta de pericia del profesional sanitario en su quehacer profesional. Es decir, falta de sabiduría en sus acciones, experiencia y habilidad en la ejecución de su profesión, que pueden perjudicar directamente al paciente (Negligencia médica, Imprudencia e Impericia, 2016).

Un asunto importante que debemos mencionar es que la responsabilidad del galeno en sus funciones y que como consecuencia ocasiono un daño al paciente, puede generarse por acción u omisión del profesional en su intervención, ya sea al momento de recetar, una manipulación en el cuerpo o por no actuar de la manera correcta cuando pudo haberlo hecho.

La mala práctica médica es la negligencia de un médico o proveedor de atención médica que tiene como consecuencia una lesión o la muerte de un paciente. Se comete negligencia cuando se hace un diagnóstico erróneo o cuando no se acatan las prácticas médicas estándar. No se puede



UNIVERSIDAD DE CUENCA

responsabilizar a los médicos por una condición médica preexistente, aunque la agitación de una condición médica preexistente puede considerarse negligencia (Negligencia Médica, 2016).

La negligencia cometida por médicos, enfermeras y profesionales de atención médica puede tener como consecuencia lesiones en el paciente o incluso su muerte, generando problemas futuros de salud, nuevos gastos, inclusive trastornos emocionales (Negligencia Médica, 2016)

Es decir, no únicamente el médico como tal puede ser responsable de una mala práctica médica, las enfermeras, los auxiliares que participan conjuntamente con los mismos en cirugía, autopsia, y cualquier función que por ser tales les corresponde realizar y se ven involucrados en una responsabilidad penal por negligencia.

Los siguientes son ejemplos de errores de hospital en los que se puede cometer negligencia médica:

- **Lesión perinatal** – prácticas de parto incorrectas que provocan lesiones al recién nacido, y que a veces derivan en condiciones médicas como parálisis cerebral o parálisis de Erb.
- **Errores en la medicación** – esto puede incluir una sobre medicación o una medicación insuficiente, administración del medicamento equivocado o un diagnóstico incorrecto.
- **Diagnostico incorrecto** – sucede cuando un paciente recibe un tratamiento por una enfermedad que no tiene o cuando una enfermedad no se trata debido a que el médico no reconoció una condición médica amenazante.
- **Errores quirúrgicos** – la negligencia puede provocar infección o cirugía en el sitio equivocado del cuerpo o en el paciente equivocado. (Negligencia Médica, 2016).

1.4.- Doctrina nacional e internacional sobre la mala práctica médica.

Para referirme a la doctrina internacional es necesario partir del punto principal en el que se basan para establecer una responsabilidad en los casos de mala práctica médica, pues al momento de analizar cada caso en particular lo hacen básicamente en la existencia de la relación causal que debe ser directa, sin embargo, como es de conocimiento, dentro de la intervención de un médico



UNIVERSIDAD DE CUENCA

pueden presentarse otros factores extraños que agraven las consecuencias a lo que en derecho se lo conoce como concausa.

Con respecto a la concausa, la mayoría de Códigos Penales no contemplan dicha figura jurídica siendo la misma utilizada para establecer la no existencia de responsabilidad por parte del galeno o a su vez disminuir dicha responsabilidad, pues el daño se ha producido por factores extraños a su voluntad, y por lo tanto se debe demostrar que el actuar del mismo ha sido de forma responsable y que se declare la inocencia.

Según la doctrina, no puede existir relación entre una herida y la complicación. “Si una lesión viene de una infección, que nada tiene que ver con la evolución normal de la herida, esto atenúa la pena del agresor, en cambio cuando la infección es una fase normal de la evolución de la herida, no da lugar a la atenuación de la pena” (RECKOW, 2016).

Es de suma importancia para el Derecho determinar a través de un análisis si el médico actuó con culpa o dolo, por esta razón existe la Medicina Legal en varios países, que permiten hacer peritajes acertados dentro de este tema para que no existan confusiones y conocer de qué manera actuó el mismo, es por ello que se debe considerar al peritaje médico legal como uno de los principales mecanismos para encontrar de manera clara y precisa la responsabilidad del profesional en medicina frente a sus actos, de esta manera ayudan a la justicia a resolver los conflictos, determinando que pasó y quien fue responsable del hecho ocurrido (Gavilanez, 2017).

El Dr. José García Falconí, profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, en su libro “La responsabilidad médica en materia civil, administrativa y penal. Y el derecho constitucional a la salud”, sobre error honesto y culposo en la responsabilidad médica dice:

Es indudable, que hay que considerar, que el ejercicio de la medicina, es una mezcla de ciencia no exacta y de arte, donde el médico, antes que todo es un ser humano, que está sujeto a las limitaciones propias de la condición humana, con sus imperfecciones, deficiencias y contradicciones, por lo que es menester distinguir cuándo se habla de error médico y, respecto a la mala práctica médica, distinguir entre el error honesto, donde sucede un accidente



UNIVERSIDAD DE CUENCA

imprevisible, y el error culposo, que provoca daños que podrían y deberían ser evitados. Conforme señala la doctrina hay una diferencia entre error honesto y un error culposo, que es el resultado de un accidente imprevisible; un error culposo, donde resultan daños que podían y debían haber sido evitados; y la mala práctica, que es el uso de la medicina para atentar contra la dignidad del ser humano, característica fundamental en el Estado constitucional de derechos y justicia, que señala el Art. 1 de la Constitución de la República.

Debo aclarar a esta altura que reiteradamente la jurisprudencia se ha manifestado en el sentido de atenuar que, como regla genérica, los médicos asumen obligaciones de medios y no de resultados, así por ejemplo el médico contrae una obligación de medio consistente en la aplicación de su saber y de su proceder a favor de la salud del enfermo (...) cualquier intervención sobre el cuerpo humano presenta riesgos imprevisibles o inevitables. La más inocente operación siempre puede aparejar consecuencias inesperadas. Las reacciones del organismo, si bien suelen responder a un patrón de conducta, siempre puede presentar un imponderable que asegura todo resultado (...) por ello podemos decir que, como regla general, los casos en los cuales un profesional médico ha sido civilmente o penalmente condenado, son aquellos en los cuales las circunstancias y el material fáctico revelan una conducta intolerable por parte del profesional, siendo dicho accionar repudiado por el mínimo sentido común”.

Hay que advertir, que la responsabilidad médica es difícil probarla, especialmente en materia penal y, no se diga en materia administrativa, en la que se señala que los Tribunales de Honor de los Colegios Médicos, actúan con “fraternidad profesional”, que deja a cubierto algunas conductas médicas; aunque hay que reconocer que igual cosa sucede en otras profesiones liberales.

Debo señalar que, en materia penal, se aprecia que no está específicamente tipificada la impericia, la imprudencia o la negligencia médicas; sin embargo, en el caso de los médicos privados, rige la antigua responsabilidad subjetiva del Código Civil, cuyo análisis lo realizo en líneas posteriores (García, 2013).

El profesional en la salud, debe actuar con ética profesional y moral en todas sus funciones, debe dar prioridad a los derechos del enfermo sobre los suyos propios.

Recta intención y recta conciencia es la actitud ética de valorar, en el acto médico, por encima de todo interés personal o institucional, la salud, la vida y la calidad de vida de las personas sobre quienes recae ese acto. Implica ajustar la voluntad a la *lex artis* (Andrade, 2016, pág. 60).



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CAPITULO II

2.1 La Tipicidad

Según Guillermo Cabanellas, sobre la tipicidad dice:

Concepto muy discutido en el Derecho Penal moderno, entre otras razones porque guarda relación con el Derecho Penal Liberal, del cual es garantía, que se vincula con el principio del nullum crimen sine praevia lege. Jiménez de Asúa, refiriéndose a Beling, creador de la teoría, dice que la vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que por dañar la convivencia social se sancionan con una pena, estando definidos por el código o las leyes, para poder castigarlos. “Esa descripción legal, desprovista por carácter valorativo, es lo que constituye la tipicidad. Por tanto, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito”. Añade que en la tipicidad no hay “tipos de hechos”, sino solamente “tipos legales”, porque se trata de la conducta del hombre que se subsume en el tipo legal (Cabanellas, 2010).

La Tipicidad no es, sino, una forma de adecuar la conducta concreta del sujeto en el tipo penal consagrado en la norma, de modo que conlleva a un análisis valorativo.

2.1.1 Elementos del Tipo

Objetivos. Son elementos puros de tipicidad de los que se vale la ley para describir las conductas.

- **Verbo rector.** - El delito es una acción determinada y expresada gramaticalmente por un verbo en cualquiera de sus formas por un verbo en cualquiera de sus formas.
- **Circunstancias.** - La fórmula legal, generalmente sitúa al verbo rector dentro de un cúmulo de circunstancias tiempo, medios, modalidades, etc. (Ticona, 2017).

Subjetivos. Son características y actividades que dependen del fuero interno del agente, son tomados en cuenta para describir el tipo legal de la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

conducta por eso estos elementos tienen que probarse (Apuntes Jurídicos, 2017).

De modo que, al referirnos al elemento subjetivo, debemos entender que, se trata de aquellas circunstancias que se pueden deducir, pero no observar de manera directa, pues son aspectos subjetivos, que necesitan ser por lo tanto demostrados, así, tenemos el dolo y otros elementos distintos al dolo, como el error de tipo.

Normativos. Cuando el legislador considera y describe conductas que deben ser tomados como delitos y cuando el juez examina el hecho para establecer su adecuación al tipo penal respectivo.

Constitutivos. Sujetos (activo y pasivo), conducta y objetos (Apuntes Jurídicos, 2017).

2.2 Verbo Rector

Este verbo es el que rige la oración gramatical llamada tipo. Es de advertir que un tipo penal siempre tiene verbo rector. Si un tipo penal tiene un solo verbo rector, se le denomina tipo penal elemental y será compuesto cuando tenga más de uno. El tipo penal compuesto puede ser compuesto disyuntivo o compuesto copulativo, en el primero los verbos están separados por la letra O y en la segunda clase de tipos penales compuestos unidos por la letra Y (Vega, 2017).

De acuerdo a la sentencia T 483 / 97 de la corte Constitucional colombiana, cada tipo penal está compuesto, desde el punto de vista gramatical, por uno o varios verbos, pues son éstos los llamados a expresar la existencia, la acción o estado del sujeto de una oración. Este verbo dentro del tipo penal, rige o determina cuál es específicamente la conducta que debe ser sancionada; de allí que se hable del verbo rector o verbo principal del tipo (Villamizar., 2008).

En el caso que nos ocupa, esto es, la mala práctica médica, debemos decir que el verbo rector, es “infringir”.



2.3 El Bien Jurídico Protegido

El Abogado David Crespo, en uno de sus artículos, cita a Muñoz Conde, quien conceptualiza a los bienes jurídicos como “aquellos presupuestos que la persona necesita para la autorrealización en la vida social” (Crespo, 2017).

La lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido ha de ser de tal magnitud que implique por consiguiente la intervención del Derecho penal, de manera que aquellas conductas o afectaciones insignificantes, no constituyen lesividad material. De allí surge el denominado principio de insignificancia o de bagatela, según el cual las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva (Crespo, 2017).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, se pronuncia sobre el bien jurídico tutelado así:

(...)el bien jurídico se erige como fundamento y como límite del derecho punitivo del Estado, lo primero, por cuanto se dirige a proteger los derechos individuales y colectivos requeridos para una convivencia pacífica, próspera y participativa en procura de que sus miembros obtengan el cabal desarrollo de los derechos y libertades reconocidos por la Carta, es decir, que los bienes jurídicos deben ser instituidos y ponderados desde un contexto político social; y como límite en cuanto restringe al legislador a seleccionar solo los comportamientos que verdaderamente ostenten la potencialidad de dañar o poner en riesgo los bienes jurídicos protegidos por la norma y al juez, en cada caso, a verificar si la conducta efectivamente lesionó o colocó en riesgo el mismo bien jurídico (Peculado Culposos, 2006).

De modo que, con todo lo manifestado en líneas anteriores, diré, el bien jurídico protegido, es aquel derecho que se encuentra vulnerado, violentado, como consecuencia del acto antijurídico cometido, y en el presente tema, el bien jurídico que se encuentra transgredido es la vida, puesto que, al infringir el deber objetivo de cuidado, los profesionales de la salud están atentando contra la vida de un paciente.



2.4 Sujetos y elementos en la mala práctica médica

2.4.1 Sujeto activo

Dentro del cometimiento de un delito, sabemos que el sujeto activo es aquella persona que ejecuta la acción u omisión, y por ende es quien responde ante la ley como autor del delito.

De acuerdo al artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, que sobre el asunto regula, en su inciso segundo señala literalmente:

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

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

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

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

Tomando en cuenta este artículo, podemos decir con precisión, que el sujeto activo es el profesional médico, el cirujano, el anestesista, enfermeras, auxiliares médicos, que, al momento de realizar sus funciones con sus pacientes ocasiona **la muerte** del mismo, provenientes directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado, al ejecutar sus funciones alejadas de los reglamentos, normas, la llamada *lex artis*, normas aplicables a su profesión que no pueden ser inobservadas por ninguna circunstancia.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Por otro lado, el numeral 4 del referido artículo 146, señala que en cada expediente que se forme ante la Fiscalía, se deberá analizar la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho, lo que al fin de cuentas, si bien no ampararía en un primer momento a aquellos médicos que se encuentran en un período de formación, más bien debe ser entendido como una ratificación de la adecuada observancia de la *lex artis* médica, que no es otra cosa que aplicar en cada paciente, el criterio objetivo y lógico en su cuidado, según las reglas propias del área de que se trate y con la ayuda de lo que la nomenclatura médica haya señalado para tal o cual patología (Araujo, 2017).

Es por ello, que se debe analizar cada caso en concreto para saber si se encuentra enmarcado dentro de éste tipo penal, sin embargo, el artículo 152 del mismo cuerpo normativo, también se refiere a las lesiones, en sus incisos 3,4 y 5 estableciendo lo siguiente:

Inciso 3.- “La lesión causada por infringir un deber objetivo de cuidado, en cualquiera de los casos anteriores, será sancionada con pena privativa de libertad de un cuarto de la pena mínima prevista en cada caso.”

Inciso 4.- “para la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado se considerará lo previsto en el artículo 146.”

Inciso 5.- “no serán punibles las lesiones derivadas de acciones terapéuticas ejecutadas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad que precautele la salud del paciente”

Por lo que, no únicamente se refiere a un homicidio culposo, sino que también puede generarse lesiones por infringir el deber objetivo de cuidado, teniendo también su sanción establecida según cada caso en concreto. Un particular que se debe tener en cuenta es que tanto en la norma del 146 y 153 mencionan el deber objetivo de cuidado, tema que será desarrollado en líneas posteriores.

No hay que olvidar que el médico es dueño de sus conocimientos y la técnica que desarrolla, pero todo ser humano es dueño de su salud, y de su vida y tiene derecho a:

1. Saber qué medicamento se le está suministrando;



UNIVERSIDAD DE CUENCA

2. Si el diagnóstico es el adecuado;
3. Si el experto tiene los conocimientos que se requieren y la habilidad necesaria; y
4. A exigir que haya instituciones de salud, que en la medida de lo posible aseguren un buen resultado (García, 2010).

Los médicos están obligados a cumplir con sus reglamentos, normas a las que se les denomina Lex Artis, mismas que para Roberto Anaya-Prado “son normas no escritas pero existentes que regulan el ejercicio de una profesión y que, en caso de las profesiones sanitarias, debe entenderse como el conjunto de reglas y principios socialmente aceptados y considerados básicos” (Andrade, 2016, págs. 21,22).

El galeno se encuentra en la responsabilidad de cumplir ciertas reglas o parámetros que por razón de su profesión está llamado a acatarlas, teniendo presente que tiene ciertas obligaciones con el paciente, siendo algunas de estas:

- La obligación del médico de preservar la vida humana;
- brindar a su paciente toda su lealtad;
- cuando el médico tenga un caso que sobrepase su capacidad,
- acudir a otro profesional de la salud calificado que sepa lo que él no sabe;
- guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado; y
- brindar todo tipo de atención cuando sea urgente (Gavilánez, 2011).

2.4.2 Sujeto pasivo

Como ya es de conocimiento, se dijo que, el tipo penal de mala práctica médica se encuentra regulado como un homicidio culposo, por lo que, al hablar del sujeto pasivo, si lo definimos de manera general, es decir, ¿Quién es considerado como tal dentro de un homicidio?, expondré lo siguiente:

Dentro del homicidio encontramos dos tipos de sujetos:

Sujeto Activo: Es aquel que ejecuta la conducta de acción o de omisión, para producir el resultado de muerte; es decir, el homicida.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Sujeto Pasivo: Es el individuo titular del bien jurídico "vida". Es diferente de la víctima que contempla tanto al sujeto pasivo como a las demás personas que se vieron afectadas por la comisión del delito (EcuRed, 2017).

En una sentencia Española del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1980 (R. A. 104): "... es de observar que **el agraviado o sujeto pasivo del delito es el ofendido que ha sufrido un daño criminal**, mientras que el perjudicado es el sujeto pasivo del daño civil indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el ilícito civil generador de obligaciones que, además, es delito, cualidades ambas que pueden coincidir o no (Fond, 1991).

En la determinación del sujeto pasivo del delito no estaban de acuerdo los autores del siglo; pero parece que entre los modernos reina unanimidad al respecto. Buccellati afirmó que toda la sociedad debe considerarse como verdadera víctima. Otros, como Carrara, Mecacci, Impallomeni, etc., creían que lo era la persona o la cosa sobre la que recaía materialmente la acción. Y la inmensa mayoría de los autores de ahora, e incluso algunos de pasados años, afirman que lo es aquel a quien pertenece el "derecho" como dicen Haus, Ortolan, Garraud, Gómez y Puig Peña, o quienquiera que "sea poseedor de un bien jurídico", según leemos en Alimena y Ferri, añadiendo, para darle mayor extensión: o de "un interés", conforme hacen Florián, Cuello Calón, Rosal, etc (Cisneros, 2017).

De este modo, entonces, diré, que, el sujeto pasivo de la mala práctica médica, no es sino cualquier persona que sufre un daño irreparable, a un bien jurídico protegido, que en el presente caso sería la vida, por lo que, al referirnos a la mala práctica médica, vamos a utilizar el término paciente, para hablar del sujeto pasivo, pues es este quien sufre de manera directa el daño. Como se ha dicho, el sujeto pasivo, es el afectado directamente, sin embargo, existen también otras personas que de manera indirecta se encuentran afectadas como son los familiares del sujeto pasivo convirtiéndose las mismas en víctimas de lo acontecido, así lo establece el artículo 441 del COIP, al mencionar quienes se consideran víctimas.

Con todo lo manifestado, se debería tener presente que, "Para reconocer al sujeto pasivo, se debe responder a la pregunta: ¿A quién pertenece el bien o interés protegido?, O sea ¿Quién es el titular del bien? En general un bien o interés pertenece a la persona (colectiva o individual), a la sociedad o al Estado" (Machicado, 2017).



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Al igual que los médicos, y de acuerdo a la Asociación Médica Mundial, los pacientes tienen derechos, como el de escoger libremente al médico, a tomar decisiones sobre su propio organismo, a informarse sobre su enfermedad, a una muerte digna. Los derechos de los pacientes, es el conjunto de derechos que poseen los enfermos. Y de la misma manera, al ser un actor en el contrato de servicios médicos, tiene una serie de obligaciones, como, por ejemplo, colaborar con el cumplimiento de las normas institucionales, tratar con respeto a los profesionales de la salud, a los pacientes, y a las personas que se encuentren acompañando al paciente, y a firmar un documento de salida voluntaria o de no aceptación de los tratamientos que han sido propuestos. No hay que olvidar, que el paciente tiene autonomía, por lo tanto, es él quien decide si tomar o no el tratamiento (Gavilánez, 2011).

2.4.3 Relaciones médico paciente

Iniciaré este tema conceptualizando los términos médico-paciente, para obtener una mayor visión sobre cada uno de ellos.

Médico. - “Quien legalmente autorizado, por los estudios hechos y el título obtenido, puede ejercer la medicina, el arte y ciencia de evitar las enfermedades, y curarlas o combatirlas” (Cabanellas, 2010).

Paciente. – “La palabra se utiliza principalmente como sustantivo para designar a aquellas personas que deben ser atendidas por un médico o un profesional de la medicina a causa de algún tipo de dolencia o malestar” (Diccionario ABC, 2017).

Como se ha manifestado en los conceptos expresados, el médico está autorizado para ejercer su profesión con la finalidad de curar o combatir las enfermedades que presenta el paciente el cual acude donde el primero para ser atendido y encontrar solución a su enfermedad o dolencia.

De este modo, debemos entender que el paciente acude hacia el galeno buscando ayuda, y sanación a su enfermedad, y por lo general, las personas enfermas siempre buscan doctores recomendados o de confianza pues es un tema muy sensible a la hora de decidir en manos de quien dejar la salud y por



UNIVERSIDAD DE CUENCA

qué no decir la vida, es por ello que la relación de médico-paciente, es realmente importante ya que los profesionales de la salud deben generar en sus pacientes seguridad, profesionalismo, un excelente trato y lo más importante informarle de todos los posibles riesgos en caso de operación, así como los síntomas de la recuperación, ofrecer un tratamiento que le haga sentir aliviado en su dolor o enfermedad, de tal manera que el paciente sienta que todas sus dudas han sido satisfechas y de esta manera saber qué decisión tomar.

El Dr. Fernando Andrade cita al Dr. Jaime Tamayo quién manifiesta que:

Entre el médico y el paciente hay una relación de tipo contractual, esto es, se genera un contrato de locación de servicios inmateriales entre las partes, (...). Es decir, el locador (médico) se obliga sin estar subordinado al locatario (paciente) a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado a cambio de una retribución (Andrade, 2016, págs. 58,59).

Al existir ese vínculo contractual entre las partes, es de suma importancia que la atención que se le proporcione al paciente sea la adecuada, sin pensar que la responsabilidad debe ser entendida únicamente de medios sino más bien de resultados por lo que las instituciones de salud están en la obligación de ser exigentes con todo el personal bajo su cargo con la finalidad de asegurar una excelente y eficiente prestación de servicios a los usuarios.

La relación médico-paciente es la piedra angular de la práctica médica y por lo tanto de la ética médica. La Declaración de Ginebra exige al médico “velar ante todo por la salud de su paciente” y el Código Internacional de Ética Médica estipula: “El médico debe a sus pacientes toda su lealtad y todos los recursos científicos disponibles para ellos” (Andrade, 2016, pág. 59).

La relación del médico-paciente cada vez es más difícil, pues existen pacientes complicados a la hora de seguir las instrucciones de los médicos o cumplir con los tratamientos establecidos por los mismos, pues hoy en día la confianza en los profesionales de la salud ya no es tan sólida como otros tiempos, y esto por las diferentes actuaciones irresponsables de algunos galenos que han perjudicado la credibilidad en ellos. En el caso del médico a su vez está en la obligación de actuar con respeto, brindar una igualdad de trato a los pacientes,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

informarles adecuadamente de todos los riesgos en cuanto a tratamientos, así como guardar de manera confidencial los diagnósticos de cada paciente.

2.4.4 Responsabilidad.

Según el Diccionario de Guillermo Cabanellas, la responsabilidad es aquella “obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por Otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado” (Cabanellas, 2010).

Responsabilidad Médica.

La responsabilidad médica se define como la obligación de los médicos, de dar cuenta a la sociedad por los actos realizados en la práctica profesional, cuya naturaleza y resultados sean contrarios a sus deberes, por incumplimiento de los medios y/o cuidados adecuados en la asistencia del paciente; pudiendo adquirir a veces relevancia jurídica (Andrade, 2016, pág. 155).

Toda persona que ha sido responsable de un daño debe responder por aquel, a través de una reparación misma que puede ser civil, penal o administrativa, dependiendo del caso en particular.

En el caso que nos ocupa, el médico, es responsable de las consecuencias derivadas de sus funciones cuando éstas han generado daños a sus pacientes, es decir, será quien asuma la reparación de manera que la persona afectada o afectadas queden satisfechas con la misma, debiendo saber, que, en ciertos casos, ni aun con tal reparación se pueda lograr resarcir los perjuicios generados.

Es entonces, como podemos evidenciar, la enorme responsabilidad, dedicación, que deben tener los galenos al momento de desempañar sus actividades profesionales, sin olvidar que aquellos son seres humanos, con sus errores y falencias como cualquier otro, y es por ese motivo que para encajar una responsabilidad por mala práctica médica es necesario que se verifique,



UNIVERSIDAD DE CUENCA

analice de manera minuciosa cada caso en concreto a la hora de juzgar, con la finalidad de constatar si se ha infringido al deber objetivo de cuidado, por parte del profesional de la salud al desempeñar su trabajo, para de esta manera, asegurar una verdadera responsabilidad penal del mismo.

Tipos de Responsabilidad Médica.

Dentro de la mala práctica médica, al existir varios sujetos que intervienen en la atención del paciente, y de los cuales se puede derivar una responsabilidad, es necesario verificar el tipo de responsabilidad en la que incurren, así tenemos:

Directa: propia del cirujano, y a los miembros de su equipo con autonomía científica, es decir, el anestesista.

Compartida: recae sobre varios miembros del equipo quirúrgico.

Colectiva: no puede individualizarse al responsable final.

Solidaria: corresponde al personal colaborador del acto quirúrgico, como, por ejemplo, la enfermera.

Concurrente: recae sobre el cirujano y el paciente por no cumplir las normas que les corresponden para atender la salud (Andrade, 2016, pág. 157).

De acuerdo a la materia:

Responsabilidad Civil: La reparación por los daños ocasionados a la víctima es pecuniaria.

Reparación Integral.

Para tener un concepto de reparación integral se debe tomar en cuenta varios elementos, y como manifiesta el doctor Andrés Javier Rousset Siri, se debe construirlo a partir de la premisa de que el pleno restablecimiento de las obligaciones de respeto y garantía requiere un complejo diseño de medidas de reparación que tiendan, no sólo a borrar las huellas que el delito ha generado, sino también comprensivo de las medidas tendientes a evitar su repetición, las mismas que tendrán como principal objetivo las consecuencias patrimoniales, y además se deberá trabajar en las medidas extrapatrimoniales.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Según Luis Rodríguez Manzanera el resarcimiento es la reparación del daño a cargo del delincuente, incluyendo perjuicios, lesiones personales y menoscabo de la propiedad. La indemnización en cambio es la reparación del daño proporcionada por el Estado u otro fondo establecido para tal fin.

El Relator Especial de Naciones Unidas, Theo van Boven, en el Proyecto de Principios y Directrices Básicos relativos a la reparación de violaciones flagrantes de los derechos humanos propuso que para la reparación de una violación a los derechos humanos existen: 1) la restitución; 2) la indemnización; 3) Proyecto de vida; 4) la satisfacción y las garantías de no-repetición (Yépes, 2017).

El artículo 78 de la Constitución de la República, en el capítulo octavo, de los Derechos de Protección, en su inciso primero establece:

Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

Así mismo el artículo 77 del Código Orgánico Integral Penal, en cuanto a la reparación integral dice:

La reparación integral radicarán en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado.

La restitución integral constituye un derecho y una garantía para interponer los recursos y las acciones dirigidas a recibir las restauraciones y compensaciones en proporción con el daño sufrido.

Por lo que, las personas que son víctimas de una infracción, podrán exigir a la Autoridad competente, una reparación completa, esto es, que a más de que el infractor, sea condenado con una pena privativa de la libertad, (misma que no siempre es impuesta), deba el mismo indemnizar pecuniariamente por daños generados a las mismas, que no exista dilaciones en la investigación, que sea rehabilitada con la finalidad de resarcir el menoscabo y deterioro de su salud tanto física como mental, de esta manera lo que se pretende es que las



UNIVERSIDAD DE CUENCA

personas afectadas se sientan de alguna manera compensadas y reparadas integralmente sus derechos violentado.

Responsabilidad penal: La sanción para el autor de los daños será una pena establecida en el Código Orgánico Integral Penal, lo cual puede ser de uno a tres años; o de tres a cinco dependiendo de la acción que haya generado el daño (Ponce, 2017).

De acuerdo a la Técnica Jurídica:

Responsabilidad Objetiva: Es la que surge del resultado dañoso, no esperado, que el accionar del médico puede provocar, independientemente de la culpa que le cabe.

Responsabilidad Subjetiva: Es la que surge de la subjetividad del médico, puesta al servicio de una determinada acción penada por Ley, (por ejemplo, abortos, certificados falsos, violación del secreto profesional).

Responsabilidad Contractual: Es la que surge de un contrato, que no necesariamente debe ser escrito (puede ser tácito o consensual), cuyo incumplimiento puede dar lugar a la acción legal.

Responsabilidad Extracontractual: Es la que no surge de contrato previo. Se le conoce como Aquiliana (Lex Aquilia). Su aplicación en el campo médico es excepcional (por ejemplo, asistencia médica inconsulta por estado de inconsciencia o desmayo, alienación mental, accidente, shock) (Ponce, 2017).

2.4.5 Deber objetivo de cuidado - ELEMENTO

Dentro del homicidio culposo de mala práctica médica, como se ha desarrollado en líneas anteriores, se ha dicho que, este elemento es lo esencial dentro de este tipo penal, pues se ha mencionado que la culpabilidad de los profesionales de la salud, se configurará, siempre y cuando se llegue a constatar, verificar, comprobar, si dentro de su actuar, ha infringido el deber objetivo de cuidado, pues únicamente en esa situación, es que opera la responsabilidad de los galenos como responsables y actores de la mala práctica médica. A continuación, se ampliará de mejor manera el tema.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

El deber objetivo de cuidado aparece definido en el ámbito del Derecho Penal. Hace referencia a que el ordenamiento jurídico exige un concreto cuidado en situaciones de riesgo con el objetivo de proteger determinados bienes jurídicos. Doctrinalmente se establece, pues, que hay una obligación de conocer los posibles riesgos y unas medidas de precaución. La realización de una conducta contraria a la normativa supone cierta peligrosidad y queda determinada como contraria a Derecho o a deber (Jurisweb.com, 2017).

Dentro de una actuación, vamos a encontrar dos tipos de “DEBERES” que se pueden presentar y que se deberán tomar en cuenta para establecer la responsabilidad:

El deber subjetivo de cuidado: “Se refiere a la capacidad individual a nivel de conocimientos, previsibilidad y experiencia del autor, que agravan la imprudencia, en el caso de un profesional” (Casabona, 1990).

Para hablar del deber subjetivo de cuidado, debemos considerar la capacidad tanto física como psicológica del sujeto activo. Así, el ciudadano con mayor formación y conocimientos, mayor será su responsabilidad penal frente a un delito imprudente.

El deber objetivo de cuidado: “El cuidado objetivamente debido se determina en primer lugar, teniendo en cuenta lo que es objetivamente previsible” (Casabona, 1990).

La lesión al deber objetivo constituye el primer momento en el proceso de conducta del agente dentro del injusto culposo. La acción realizada por el autor se supone una inobservancia del cuidado objetivamente debido. La infracción al deber objetivo de cuidado es parte integrante de los elementos constitutivos del delito culposo en Derecho Penal, ya que la misión fundamental de este es la protección a los bienes jurídicos, por lo que existe una prohibición general de despegar conductas que puedan lesionar o poner en peligro los intereses legítimamente tutelados, ya que el deber general de cuidado se encuentra establecido con el fin de evitar que ciertas conductas quebranten derechos ajenos (Andrade, 2016, pág. 189).

El deber objetivo de cuidado, en la mayoría de los casos, se encuentra constituido por una serie de reglas de diverso origen y fundamento, pues



UNIVERSIDAD DE CUENCA

pueden provenir de leyes, reglamentos, ordenanzas, entre otras de usos y costumbres propios de una actividad determinada.

El deber objetivo de cuidado aparece definido en el ámbito del Derecho Penal. Hace referencia a que el ordenamiento jurídico exige un concreto cuidado en situaciones de riesgo con el objetivo de proteger determinados bienes jurídicos. Doctrinalmente se establece, pues, que hay una obligación de conocer los posibles riesgos y unas medidas de precaución. La realización de una conducta contraria a la normativa supone cierta peligrosidad y queda determinada como contraria a Derecho o a deber (Derecho.com, 2017).

El Deber Objetivo de Cuidado, consiste en la obligación de prestar el cuidado debido, para evitar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y constituye un importante punto de referencia para la comprobación de las conductas imprudentes. Obliga al sujeto a poner en su actividad una atención con el objeto de no dañar o lesionar los bienes protegidos por el Estado (Gallardo, 2017).

Esto implica que, para nuestra ley, no basta que el resultado se haya causado, sino requiere que se lo haya causado en razón de la violación del deber de cuidado. Es muy importante que el médico se someta al deber objetivo de cuidado que la ciencia médica manda a obedecer, particularmente cuando existen riesgos mayores para la salud del paciente ya que dependiendo de su respeto o irrespeto a estas normas, se obtiene la práctica buena o mala al paciente.

La culpa del médico, aparece cuando el mismo ha desempeñado sus funciones sin observar el deber objetivo de cuidado, generando daños a su paciente, por un actuar irresponsable, pero sin tener la intención de hacerlo, habiendo podido evitarlo, de lo dicho, entonces, manifestaré, que la violación del deber objetivo de cuidado es el fundamento de la culpa puesto que estamos frente a una acción contraria al deber de diligencia que se extrae del contexto del ordenamiento jurídico.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

El deber objetivo de cuidado es un concepto normativo que debe ser verificado en cada caso particular, la disposición del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, señala cuatro condiciones o requisitos que tienen que cumplirse para determinar si realmente se ha violentado el deber objetivo de cuidado, esta norma establece una pena de uno a tres años, cuando se produce la muerte de una persona por infringir el deber objetivo de cuidado, pero se agrava con una pena de tres a cinco años cuando a más de la violación al deber objetivo de cuidado concurren acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CAPITULO III

LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

3.1.- Marco jurídico.

En el presente capítulo desarrollaré la normativa jurídica que regula el tema de la mala práctica médica, tomando en cuenta que antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal no existía la regulación como tal de esta figura jurídica y que es en el nuevo Código Orgánico Integral Penal que se plasma el tipo penal de la mala práctica profesional.

De este modo he visto menester referirme dentro de este capítulo a los artículos tanto de la normativa penal anterior cuanto a la normativa penal actual.

3.1.1.- Código Penal (1938).

El Código Penal (1938). Trae plasmadas algunas normativas que para el tema de investigación es importante mencionarlas, puesto que en aquel tiempo de su vigencia no existía el tipo penal de la mala práctica profesional como tal, es decir que no existía un verdadero encuadramiento jurídico para estos casos, sin embargo, existían normas en las cuales se subsumía la responsabilidad delictiva por homicidio inintencional o culposo de una persona sobre otra.

De este modo la normativa penal en su capítulo de los delitos contra la vida regulaba sobre el homicidio inintencional que como se sabe es aquel que se causa la muerte de una persona sin existir la intención del infractor de hacerlo; dentro del homicidio inintencional existe un elemento esencial que es la culpa al momento de realizar la acción u omisión, de modo que lo que no puede existir es la presencia del dolo pues no hay la intención de causar la muerte.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

“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” (art. 459).

Art. 460.- El que inintencionalmente hubiere causado la muerte de otra persona, si el acto no estuviere más severamente reprimido, será penado con prisión de tres meses a dos años y multa de ocho a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Anterior a estos artículos y dentro del mismo capítulo mencionado se encontraba además regulado el homicidio preterintencional, el mismo que hace referencia a las sustancias nocivas administradas sin intención de causar la muerte de una persona pero que sin embargo produce este resultado, “si las sustancias administradas voluntariamente que pueden alterar gravemente la salud, han sido dadas sin intención de causar la muerte, pero la han producido, se reprimirá al culpado con reclusión menor de tres a seis años” (art. 456); además en el siguiente artículo 457, se establece la presunción de la intención de causar dicha muerte si el que administra dichas sustancias es médico, químico o que tenga conocimientos de dicha profesión aunque no posea el título para ejercer.

Estos artículos eran en aquella época los que se utilizaban para sancionar a aquellas personas que hubieran provocado la muerte de otra sin haber tenido la intención de hacerlo; sin embargo, por la falta de cuidado, negligencia o imprudencia ha sido lo que ha llevado al cometimiento de dicha muerte por lo tanto eran juzgados en base a estas normas.

Ahora bien, el Código Penal (1938) trae expresa una norma que se encuentra dentro del capítulo De los Delitos Contra la Salud Pública en la cual ya se refiere exclusivamente a los médicos, farmacéuticos, boticarios que en el desempeño de una de sus funciones como es la de recetar, suministrar o despachar, fueran causantes de perjudicar gravemente su salud e inclusive llegar a causar la muerte tendrán que ser sancionados y juzgados en base a esta normativa la cual de manera textual dice:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Art. 436.- Los médicos, boticarios, o cualquier persona que, por falta de precaución o de cuidado, recetaren, despacharen o suministraren medicamentos que comprometan gravemente la salud, serán reprimidos con prisión de seis meses a un año; si hubieren causado enfermedad que parezca o fuere incurable, la prisión será de uno a tres años; y en caso de haber producido la muerte, la prisión será de tres a cinco años.

Algo que no podemos dejar sin mencionar es que en la normativa de la cual estoy desarrollando se encontraban reguladas las lesiones existiendo algunas sanciones dependiendo de la lesión causada y la gravedad de la misma; así lo establece el artículo 472, al manifestar lo siguiente:

Art. 472.- Es reo de heridas o lesiones inintencionales el que las ha causado por falta de previsión o de precaución, y será reprimido con prisión de ocho días a tres meses y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norte América, si el acto no estuviere más severamente castigado como delito especial.

Para tener una idea más amplia y clara, vamos a realizar un análisis de un caso práctico, sustanciado con la normativa anterior a la vigencia del Código Orgánico Integral Penal.

3.1.1.1.- Aplicación (caso práctico).

Caso de Homicidio seguido por Hugo Aníbal Lanás Vasco en contra de Andrea Beatriz Merizalde Rodríguez y Elsa Jimena Cueva Montesdeoca. N°17721-2014-1625.

ANTECEDENTES.

El señor General Hugo Aníbal Lanás Vasco presenta ante Fiscalía General del Estado una denuncia misma que contiene los siguientes hechos: el día 28 de mayo de 2009 su esposa que en vida se llamó Andrea Monserrat Saa Toro fue transferida por afecciones en su salud con un diagnóstico de eritema multiforme y estomatitis al Hospital General de las Fuerzas Armadas; en la referida casa de salud luego de la realización de exámenes se estableció que



UNIVERSIDAD DE CUENCA

la paciente presentaba alergia a varios alimentos contraindicados como lácteos y especialmente pescado. El día 30 de mayo de 2009 a la hora del almuerzo le habían servido pescado alimento que Andrea Saa con tal solo inhalarlo le había producido una irritación en la piel y una leve deficiencia respiratoria por lo cual su cónyuge señor Hugo Lanás había indicado dicho particular a la enfermería a eso de las 14h15; después de múltiples llamados apareció el médico residente doctora Andrea Beatriz Merizalde Rodríguez quien solicita al Coronel Hugo Lanás Vasco que salga de la habitación de la paciente, ante ello se ha resistido a salir y la médico le ha indicado que va hablar con la médico tratante; la revisión médica había durado entre tres y cinco minutos, luego sale la Dra. Merizalde y 10 minutos más tarde la enfermera Elsa Cueva Montesdeoca en conjunto con la médico residente llega con un tanque de oxígeno colocándole el mismo a la señora Andrea Saa indicando que la médico tratante Dra. Morales ha prescrito adrenalina, por lo cual la señora Andrea Saa pide a su esposo que vaya a ver que le van a poner; de modo que el señor Hugo Lanás se acerca a la estación de servicio y pregunta a la Lcda. Elsa Cueva, "Qué le van a poner a mi esposa?"; la Lcda. Cueva responde "lo que me ordenaron, adrenalina"; mas resulta, que el señor Hugo Lanás en su denuncia dice que su esposa se encontraba conversando normalmente con el sin dificultad para respirar y que minutos más tarde se presentan la Dra. Merizalde y la Lcda. Cueva; la última de ellas le ha administrado una ampolla grande en el brazo de la señora Andrea Saa Toro en el lugar donde estaba conectado el suero directamente a la vena; inmediatamente entre unos veinte a treinta segundos aparece palidez en el rostro de la señora Andrea Saa misma que ha indicado a la Dra. Merizalde y a la Lcda. Elsa Cueva que tenía taquicardia y que se moría; ante esta situación la doctora de turno y la enfermera habían salido corriendo mientras tanto el señor Lanás pide auxilio procede a dar respiración boca a boca a su esposa, ingresa un médico de ginecología quien le realiza masajes cardiacos; luego de diez minutos llega un grupo de médicos para intentar reanimarla con masajes al corazón por diez minutos más, posterior a ello le conectan un tubo en la boca pero minutos más tarde informan los médicos que ya no podían hacer nada más.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Ante todo, lo acontecido el señor Lanás pide que le den la jeringa con la cual inyectaron a su esposa, pero la enfermera le indica que ha arrojado al tacho de basura y únicamente le entrega el sachet de la adrenalina administrada el cual lo ha guardado para cualquier reclamo.

Frente al hecho denunciado, Fiscalía inicia la investigación correspondiente para luego ante la Jueza Décima de Garantías Penales de Pichincha formular cargos en contra de Andrea Merizalde Rodríguez (médica residente), Zoila Mercedes Morales (médica tratante), y Elsa Cueva Montesdeoca (enfermera), en calidad de autoras del delito de homicidio preterintencional por suministro de sustancias tipificado en el artículo 457 en concordancia con los artículos 12 y 13 del Código Penal.

Realizada la audiencia preparatoria de juicio y formulación de cargos la juzgadora a quo tomando en cuenta el criterio de Fiscalía emite un dictamen mixto, acusatorio para Andrea Merizalde Rodríguez y Elsa Cueva Montesdeoca, y se abstiene de acusar a la Dra. Zoila Mercedes Morales Garzón. Para Andrea Merizalde y Elsa Cueva dicta auto de llamamiento a juicio por considerarlas presuntas autoras del delito tipificado y sancionado en los artículos 456 y 457 del Código Penal, esto es Homicidio Preterintencional por suministro de sustancias.

IMPUGNACIÓN DEL AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO.

Las partes procesales impugnan del auto de llamamiento a juicio de fecha 08 de diciembre de 2009 interponiendo recurso de apelación las procesadas y el acusador particular; apelación que fue conocida por la Segunda Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha quienes desestiman el recurso de apelación propuesto por el acusador particular y acogen en parte el de Andrea Merizalde y Elsa Cueva Montesdeoca; modifican el tipo penal de delito preterintencional y llaman a juicio en calidad de autoras a las procesadas por el delito determinado en el artículo 459 del Código Penal, esto es homicidio



UNIVERSIDAD DE CUENCA

inintencional, existiendo un voto salvado el mismo que acoge el recurso de apelación del acusador particular y modifica el auto de llamamiento a juicio por el delito de homicidio simple tipificado en el artículo 449 del Código Penal.

PRIMERA INSTANCIA.

El Tribunal Quinto de Garantías Penales de Pichincha dicta sentencia condenatoria en contra de Andrea Merizalde Rodríguez y Elsa Cueva Mostesdeoca con fecha 12 de junio de 2014 como autoras del delito de homicidio preterintencional tipificado en el artículo 456 del Código Penal por haberse demostrado la materialidad de la infracción y la responsabilidad de las mismas; imponiéndoles una pena de tres años de reclusión menor ordinaria así como la condena al pago por concepto de daños y perjuicios causados por la infracción cometida sin especificar monto alguno. Declaran procedente la acusación particular propuesta por el señor Hugo Anibal Lanás Vasco en calidad de ofendido.

RECURSO DE NULIDAD Y APELACIÓN.

Las procesadas Andrea Merizalde y Elsa Cueva interponen recurso de nulidad y apelación ante la sentencia dictada por el Tribunal Quinto de Garantías Penales de Pichincha. Por su parte el acusador particular Hugo Lanás presenta recurso de apelación ante la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

El Tribunal sorteado de la Sala Única Penal resuelve rechazar el recurso de nulidad propuesto por las procesadas y ratifican la validez de lo actuado; en relación a los recursos de apelación desestiman el recurso interpuesto por Andrea Merizalde, aceptan parcialmente el recurso planteado por la Lcda. Elsa Cueva Montesdeoca y aceptan el recurso de apelación propuesto por el acusador particular el señor Hugo Lanás en el sentido de que el comportamiento de las procesadas fue doloso subsumiendo su conducta en calidad de autoras al tipo objetivo y subjetivo del artículo 449 del Código Penal



UNIVERSIDAD DE CUENCA

en armonía con el 553 ejusdem, esto es homicidio simple, por lo cual se les condena a Andrea Merizalde Rodríguez a la pena de 8 años de reclusión mayor ordinaria; a Elsa Cueva Montesdeoca la pena atenuada de 4 años de reclusión mayor ordinaria con fecha 04 de agosto de 2014.

RECURSO DE CASACIÓN.

Interpuesto recurso de casación la Sala Penal sorteada de la Corte Nacional de Justicia declara por unanimidad la nulidad de la sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha el 04 de agosto de 2014.

SALA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA.

Una vez que retorna el proceso a la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y realizado el sorteo de ley el Tribunal ad quem luego de la audiencia correspondiente mediante sentencia emitida el 02 de septiembre de 2015 **RESOLVIÓ:**

- Desechar los recursos de apelación interpuestos por Andrea Merizalde y Hugo Lanas Vasco aceptando parcialmente el recurso de apelación de Elsa Cueva Montesdeoca.
- **RATIFICAR** la sentencia emitida por el Tribunal Quinto de Garantías Penales de Pichincha, en cuanto a que declara a Andrea Merizalde y Elsa Cueva culpables en calidad de autoras del delito homicidio preterintencional por administración voluntaria de sustancias delito tipificado en los artículos 456 y 457 del Código Penal vigente a la fecha del cometimiento del delito.
- De conformidad al principio de favorabilidad se reforma la sentencia modificando únicamente la pena de conformidad a lo dispuesto en el artículo 76 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 5 numeral 2, y 16.2 del Código Orgánico Integral Penal, imponiendo



UNIVERSIDAD DE CUENCA

la pena contemplada en el artículo 146 del COIP por ser menos rigurosa quedando de la siguiente manera: A Andrea Merizalde Rodríguez de acuerdo al inciso tercero la pena de 4 años de privación de la libertad (VOTO RECURRENTE Dra. Paulina Grijalva, 5 años) y, a Elsa Cueva Montesdeoca considerando que su conducta se adecuó a lo que determina el inciso primero del artículo 146 del COIP se le impone la pena de 1 año; pero tomando en cuenta la atenuante trascendental del artículo 146 del COIP se le impone 4 meses de privación de la libertad que corresponde a un tercio de un año.

RECURSO DE CASACIÓN.

Ante la nueva sentencia dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha las partes procesales Dra. Andrea Merizalde Rodríguez, Lcda. Elsa Cueva Montesdeoca y el señor Hugo Lanás Vasco interponen recurso de casación siendo competente para conocer dicho recurso la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia mismo que manifiesta: “Este recurso extraordinario no es tercera instancia, las partes litigantes deben estar conscientes de que “...es un recurso limitado: no se puede revisar íntegramente el proceso, ni volver a valorar la prueba...” (Cueva Carrión, Luis. La Casación en Materia Penal. Ediciones Cueva Carrión. Quito, Ecuador. Año 2007. Pag.101.), la casación solo busca la corrección de los errores de derecho que se presenten en la sentencia del juzgador de instancia...”.

Intervención del Doctor Alfredo Zúñiga, Delegado del Fiscal General del

Estado quien manifiesta: “que el recurso de casación es eminentemente formal y técnico en el que se debe demostrar los errores in iure de la sentencia; no es considerada de instancia ni tampoco de análisis de los hechos que es lo que ha sucedido en el caso de los recursos de casación presentados por las procesadas, tomando en cuenta que los juzgadores con certeza y con convicción en base a la pruebas que fueron introducidas en juicio y que no



UNIVERSIDAD DE CUENCA

fueron desvirtuadas por las procesadas supieron establecer la existencia material de la infracción y la responsabilidad de las procesadas” (Homicidio, 2014).

Establecieron el delito preterintencional luego de realizar una eminente valoración y análisis en relación a las pruebas presentadas. Así también dice que no existe prescripción puesto que se cumplieron con los plazos y los términos de conformidad con el artículo 101 del Código Penal por lo que solicita que los recursos de casación interpuesto por las partes procesales sean declarados improcedentes y se adecúe las conductas de las procesadas al delito establecido en los artículos 456 y 457 del Código Penal esto es Homicidio Preterintencional.

- **Fundamentación del recurso de casación interpuesto por Andrea Merizalde Rodríguez.** – Las acusaciones esgrimidas por la impugnante en contra de la sentencia de última instancia versan sobre:
 - a) La indebida aplicación de los artículos 14, 456, 457 del Código Penal y; 146 del COIP requiriendo que se aplique el tipo penal correcto, pues considera que se trata de homicidio inintencional;
 - b) Alegan prescripción de la acción de acuerdo a los artículos 2, 98 del Código Penal y 416 del COIP que establecen las formas de extinguir la acción; por tanto, se condenó a homicidio preterintencional de acuerdo a los artículos 456 y 457 del Código Penal subsumiendo la conducta en el artículo 146 del COIP;
 - c) En el caso del tipo penal de homicidio inintencional también solicita se declare la prescripción de la acción;
 - d) Solicita que en el caso de no considerar lo anterior, la motivación no es concordante con el tipo penal aplicado y que existe la posibilidad de declarar la nulidad.



- **Fundamentación del recurso de casación interpuesto por Elsa Cueva Montesdeoca.** - La recurrente dice:

- a) Contravención expresa del artículo 2 inciso tercero del Código de Procedimiento Penal aplicable al caso por haberse aplicado una norma que no está dentro del código anterior y también al artículo 76 de la Constitución de la República en lo que se refiere a una de las garantías del debido proceso como es la legalidad por haberse aplicado una analogía entre el homicidio preterintencional y el homicidio culposo, que a su criterio es un homicidio preterintencional;
- b) Existe una violación a las normas del debido proceso señaladas en el artículo 77 de la Constitución;
- c) El homicidio preterintencional establecido en el artículo 456 y sancionado en el 457 con la presunción de dolo ya no existe en el catálogo de delitos en el COIP y se hace una interpretación analógica la cual está totalmente prohibido porque si revisamos en forma textual son totalmente diferentes;
- d) La imprudencia en el homicidio culposo por la mala práctica médica debe concurrir un elemento básico que es la falta del debido cuidado lo cual no se habla en el homicidio preterintencional sino solo en el inintencional, que analizado dogmáticamente tiene el elemento de falta de cuidado debido, porque eso es en lo que incurrían los profesionales de la medicina para cometer una mala práctica médica, por lo tanto existe una confusión al poner la pena del 146 del COIP totalmente inaplicable al delito que nos ocupa;
- e) Hay una contravención expresa del artículo 32 del Código Penal al declarar la culpabilidad de la Lcda. Elsa Cueva Montesdeoca sin tomar en cuenta los requisitos de voluntad y de conciencia; la Lcda. Cueva acató ordenes de la profesional médica de modo que ella no tuvo la iniciativa, no es la que creyó que esa inyección le va a salvar únicamente cumplió órdenes;
- f) La sala se basó en indicios no probados ni graves ni precisos concordantes para establecer la existencia material de la infracción. Por



UNIVERSIDAD DE CUENCA

lo que existe una errónea interpretación del artículo 88 numeral 1 del Código de Procedimiento Penal que establece el nexo causal entre la infracción y los posibles responsables.

- **Fundamentación del recurso de casación del acusador particular.**
 - a) La sentencia viola la ley en tanto existe una indebida aplicación del artículo 146 COIP, los artículos 456 y 457 del Código Penal, son producto del ejercicio de la tipicidad por parte de los jueces del segundo nivel. Estas disposiciones nos hablan del delito de homicidio preterintencional que comete quien suministra sustancias voluntariamente y que puedan alterar gravemente la salud y han sido dadas sin la intención de causar la muerte.
 - b) La sentencia da por hecho que aplica el 457 Código Penal que contiene un elemento fundamental que es el dolo; puesto que al haber sido indicado por parte de la médico tratante una receta diferente a la que la Dra. Merizalde ordenó poner a la Lcda. Elsa Cueva e incluso al haberse negado en principio la enfermera que con sus años de experiencia sabía que lo que le pidió la Dra. Andrea Merizalde le coloque a la paciente le iba a matar como así dijo la misma, sin embargo, la médica le dice yo soy la que mando y usted obedece;
 - c) ¿Debería respetarse el principio de confianza frente a una orden ilegítima?; la sentencia dice, y da por probado que la enfermera se negó a inyectar en principio y luego procedió ante la disposición del superior;
 - d) La Dra. Merizalde regresa a la estación de enfermería toma la historia clínica y tacha lo que había prescrito; con las investigaciones se pudo recuperar de la farmacia del hospital la copia química de esa receta y los peritos grafólogos realizan el cotejamiento y determinan que en la historia clínica se había tachado aquella prescripción, se había puesto encima líquido para borrar, se había cambiado por la prescripción que dio inicialmente la médico tratante que era adrenalina simple 13C en agua;



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- e) La sentencia incurre en una grave contradicción porque por un lado dan por hecho que se ha incurrido en el artículo 457 y es en el análisis de ese tipo penal específico donde habían cometido el yerro mayor puesto que dice "...si el que administró las sustancias nocivas es médico se presume la intención equivalente al dolo" dicen que esto se subsume al 146 y es errado puesto que este último está tipificado exclusivamente para el delito culposo;
- f) Encontramos que aquí hay una dicotomía absoluta entre lo que dan por sentado, entre los hechos que dan por probados y el tipo penal escogido para la aplicación de la pena. Si se decidieron los señores jueces de segundo nivel que el delito es el artículo 157 esto nos lleva a la norma del 449 que es el homicidio simple, la misma intención del 457. Mucho se habló de que no podía haber intención si nunca antes se conocieron entre la víctima y las personas procesadas, no hace falta conocer a la víctima el único requisito fundamental para que haya la intención es el hecho de que hayan sido profesionales de la salud las autoras del delito.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

- **El Homicidio preterintencional.** - Primeramente establece lo que es la preterintencionalidad y de acuerdo a la Enciclopedia Larousse, tomo octavo, editorial Planeta, 1981 edición española (sic), pág. 8041, señala: circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal cuando se acusa un mal superior al querido o planteado; en el mismo sentido menciona al autor Santiago Mir Puig, en su obra Derecho Penal, parte general, séptima edición, editorial Reppertor, pags. 302,303; se refiere a la preterintencionalidad y señala que es una calificación, empieza por plantearla en dos niveles: a) en general, esto es el sentido estricto de la preterintencionalidad; y, b) en relación a ciertos tipos legales que cuando se los relaciona con la preterintencionalidad se vuelven delitos calificados por el resultado. Entonces tenemos que preterintencional no es una conducta humana, sino es una adecuación del resultado dañoso de una conducta



UNIVERSIDAD DE CUENCA

humana, por lo tanto, la preterintención no es tipo penal es una calificación del tipo penal que sirve para atenuar la pena prevista en el tipo penal que cualifica. En atención a lo analizado dice que el homicidio preterintencional no es un tipo penal independiente porque no representa la conjunción de los dos vocablos, una conducta humana; sino que representa una conducta humana (homicidio) más una calificación (preterintención).

De este modo el Tribunal considera necesario verificar si en el Código Orgánico Integral Penal actual persiste el tipo penal Homicidio y al respecto el artículo 144 del COIP tipifica el tipo penal de homicidio y de la misma manera verificar si la preterintención aún existe; y vemos que en el artículo 26 del COIP se regula la preterintención, así que tanto el tipo penal como la cuantificación siguen vigentes sin que demuestren lo contrario, es decir, que hayan desaparecido de la legislación penal ecuatoriana.

El Tribunal señala la disposición transitoria primera del Código Orgánico Integral Penal “Los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República, siempre que la conducta punible esté sancionada en el presente Código.”, sin embargo, se comete un grave error al considerar que lo que establece el artículo 456 y 457 del Código Penal está subsumido o recogido en el artículo 146 del COIP pues los elementos del tipo de éste último incluidos los de carácter normativo difieren totalmente.

La mala práctica profesional se patentiza en la falta del deber objetivo de cuidado; y, además se configura por la concurrencia de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. La conducta de las procesadas no es un actuar culposo sino doloso puesto que como profesionales de la salud conocían que la adrenalina racémica (presentación sachet) es únicamente para nebulizaciones, es por ello que inclusive la enfermera dudó de la aplicación de dicha sustancia



UNIVERSIDAD DE CUENCA

en primer momento, sin embargo, continuó a pesar de la manifiesta ilicitud; cabe mencionar que a pesar de su actuar improcedente la licenciada ha colaborado dentro del proceso para poder determinar con exactitud cómo sucedieron los hechos y poder llegar a las pruebas necesarias para identificar lo que realmente sucedió en el actuar de la Dra. Andrea Merizalde.

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL.

El Tribunal de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito **RECHAZA** los recursos de casación interpuestos por las partes procesales y de conformidad con lo tipificado y reprimido (sic) en el artículo 456 y 457 del Código Penal se declara culpables en calidad de autoras a la Dra. Andrea Merizalde Rodríguez y a la Lcda. Elsa Cueva Montesdeoca del delito de Homicidio Preterintencional por administración voluntaria de sustancias con una pena de TRES AÑOS DE RECLUSIÓN, a la Lcda. Elsa Cueva toda vez que ha existido una atenuante trascendental al haber colaborado en la búsqueda de la verdad con su testimonio y en virtud del artículo 74 y 72 del Código Penal se modifica la pena a UN AÑO de prisión correccional.

COMENTARIO.

Del caso analizado en el presente capítulo observamos que el Tribunal de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito han decidido la responsabilidad por autoras del delito de homicidio preterintencional, puesto que se puede verificar la presencia del dolo en el actuar de las profesionales de la salud ya que al tener conocimiento de lo que estaban realizando voluntariamente lo hicieron, produciendo así la muerte de la paciente.

Inicialmente se quiso pensar que el tipo penal aplicable sería el homicidio inintencional que regulaba el Código Penal vigente a esa época, por lo que inclusive se lo asimilaría a lo que hoy en día en el Código Orgánico Integral Penal se lo tipifica como Homicidio por mala práctica profesional, sin embargo, en base a lo planteado por el la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, se juzgó y sancionó por homicidio preterintencional al tratarse de profesionales de la salud que suministraron sustancias de manera voluntaria como lo especificaba el artículo 456 y 457 del Código Penal a pesar de que incluso la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha por el principio de favorabilidad aplicó la pena establecida en el artículo 146 del COIP, es decir la de Homicidio por mala práctica profesional.

Así se concluye que, si bien existió culpa por parte de las profesionales de la salud, con la valoración de las pruebas y al existir conocimiento por parte de las mismas por su experiencia y por la advertencia que ya recibieron por parte del médico tratante, voluntariamente actuaron conociendo que lo que iban a hacer no era correcto, siendo entonces cuando nace el dolo dentro de su actuar enmarcándose de esta manera en el homicidio preterintencional.

3.1.2.- Código Orgánico Integral Penal (2014).

Como es de nuestro conocimiento con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal es que se regula el tipo penal de **Homicidio culposo por mala práctica profesional** (art. 146), normativa que trajo mucha discusión sobre su contenido generando un estado de alerta especialmente para los galenos pues inicialmente fueron este gremio quienes mediante marchas, manifestaciones, reclamaban el contenido de dicha normativa viéndose presionados a la hora de realizar sus funciones como profesionales de la salud.

Para ello se debe estudiar y analizar la normativa en todo su contexto, pues es clara la misma al manifestar como requisito esencial la infracción al deber objetivo de cuidado para establecer la responsabilidad del profesional.

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



UNIVERSIDAD DE CUENCA

práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

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

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

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

“Hay que tener presente que el núcleo central de la responsabilidad profesional por comportamiento **culposo** es la infracción al deber objetivo de cuidado.” (Andrade, 2016, págs. 180,181).

Como se puede observar el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal contiene tres incisos mismos que deben ser interpretados de manera conjunta; puesto que para poder determinar si la muerte fue ocasionada por la infracción al deber objetivo de cuidado debe cumplir con las cuatro condiciones estipuladas.

(...). La figura simple de este artículo tiene una pena de uno a tres años, cuando se produce la muerte por una vulneración del deber objetivo de cuidado, en tanto que la figura agravada que tiene una pena de tres a cinco años requiere que se produzca la muerte por violación del deber objetivo de cuidado, **más la concurrencia** de acciones innecesarias, peligrosas e



ilegítimas. Esta es la manera correcta como se debe leer e interpretar el artículo. (Andrade, 2016, pág. 181).

En este contexto, amerita el análisis de cada una de las cuatro condiciones que deben verificarse para determinar la infracción al deber objetivo de cuidado, que son las siguientes:

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

Se puede entender que la muerte de un paciente no implica necesariamente que el profesional de la salud haya infringido el deber objetivo de cuidado, ya que se debe analizar el desarrollo de los hechos que concluyeron en la muerte del paciente y no únicamente el resultado.

(...). Antiguamente se pensó que el pilar de la culpa lo conformaba el resultado y que consecuentemente ausente el dolo, el resultado lesivo de un determinado bien jurídico por lo menos debía ser sancionado como culposo. Esto no es cierto, y lo que dice el COIP es que no basta la mera producción o causación de un resultado objetivo como es la muerte. (Andrade, 2016, pág. 181).

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

Se debe verificar el cumplimiento por parte del galeno de las normas generales de su profesión.

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

Hay que tomar en cuenta que, si un paciente fallece por causas propias de la enfermedad o por las características propias de la persona, incluso por falta de medicamentos o infraestructura deficiente no es responsabilidad del médico.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Se alude a que el resultado sea consecuencia de la infracción del deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias que incluye las ajenas o supervinientes, como podrían ser un accidente de tránsito mientras el paciente intervenido es conducido en una ambulancia, o el actuar temerario o imprudente del paciente que no tiene el cuidado debido en el pos operatorio, casos en los que no tiene por qué responder el médico. (Andrade, 2016, pág. 182).

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

Para el análisis técnico de cada caso en particular se requiere de la participación de peritos expertos dependiendo la naturaleza del caso, teniendo en cuenta que deben concurrir las cuatro condiciones para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado.

Como decía un jurista clásico don Francesco Carrara, hay que evitar la presencia de un derecho punitivo aberrante, destacando la previsibilidad y la posibilidad de la previsión, definiendo a la infracción al deber objetivo de cuidado como la “la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho” porque lo que está más allá de la posibilidad de prever se tiene como casus. (Andrade, 2016, págs. 182,183).

Esto en cuanto a la norma que tipifica la mala práctica profesional y lo que debe considerarse al momento de establecer la existencia de la responsabilidad penal.

A pesar de que en el capítulo anterior ya me referí al deber objetivo de cuidado, es menester que luego de haber analizado el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal se mencione una vez más sobre este particular que es tan importante dentro del tipo penal de la mala práctica profesional para establecer la existencia de la responsabilidad penal del profesional de la salud.

Al respecto, en cuanto al caso médico, el deber objetivo de cuidado “se plasma en un conjunto de reglas para su ejercicio profesional, cuya violación, demostrada, establece la responsabilidad por culpa del infractor” (Andrade, 2016, pág. 190).



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Para el Dr. Alfonso Zambrano Pasquel citado por el Dr. Fernando Andrade B., en su obra Mala Práctica Médica señala: “hay que tener presente que el núcleo central de la responsabilidad profesional por comportamiento culposo es la infracción al **deber objetivo de cuidado**”.

También es importante referirse a otras normas que pueden estar vinculadas al actuar de un profesional de la salud así tenemos:

Artículo 224.- Prescripción injustificada. - La o el profesional de la salud que, sin causa justificada, recete sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si prescribe la receta a una o un incapaz absoluto, mujeres embarazadas, discapacitados o adultos mayores será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Ahora también lo que se puede presentar como resultado de una mala actuación de un profesional de la salud son las lesiones, que al momento de ejecutar sus funciones cause o genere lesiones al paciente por lo tanto estaría frente a lo que establece el siguiente articulado:

Artículo 152.- Lesiones. - La persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Si como resultado de las lesiones se produce en la víctima un daño, enfermedad o incapacidad de cuatro a ocho días, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a sesenta días.
2. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de nueve a treinta días, será sancionada con pena privativa de libertad de dos meses a un año.
3. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de treinta y uno a noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.
4. Si produce a la víctima una grave enfermedad o una disminución de sus facultades físicas o mentales o una incapacidad o enfermedad, que, no siendo permanente, supere los noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.
5. Si produce a la víctima enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano o alguna grave enfermedad transmisible e incurable, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Si la lesión se produce durante concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública, será sancionada con el máximo de la pena privativa de libertad prevista para cada caso, aumentada en un tercio.

La lesión causada por infringir un deber objetivo de cuidado, en cualquiera de los casos anteriores, será sancionada con pena privativa de libertad de un cuarto de la pena mínima prevista en cada caso.

Para la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado se considerará lo previsto en el artículo 146.

No serán punibles las lesiones derivadas de acciones terapéuticas ejecutadas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad que precautele la salud del paciente.

Claramente manifiesta la norma anterior que también se deberá determinar la infracción del deber objetivo de cuidado considerando lo que establece el artículo 146 del cual ya se analizó. A continuación, se desarrolla un caso práctico en el cual existe un juzgamiento inicialmente por lesiones inintencionales pero que en el transcurso del proceso puede el mismo ser modificado ya que se evidencia la muerte del paciente por lo que deberá adecuarse la conducta al artículo 146 del COIP.

3.1.2.1.- Aplicación (caso práctico).

Análisis del caso N° 17282-2015-03147 por Homicidio culposo por mala práctica profesional Artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, seguido en contra de Hurtado Bucheli Carlos Walter, Toscano Reyes Hugo Patricio, Jaramillo Giacometti Patricio Gonzalo, Cevallos Jácome Edwin Ricardo, por parte del señor Paz Noguera Andrés Vinicio.

HECHOS:

El día 16 de julio de 2015 a las 7:30 am la víctima Yadira Yesenia Cáceres ingresó a la Clínica de cirugía plástica Steticus ubicada en la ciudad de Quito



UNIVERSIDAD DE CUENCA

en las calles Francisco Álava Oe6-64 y San Gabriel para practicarse una lipoescultura para lo cual se exhibió una serie de exámenes preoperatorios, dicha cirugía estaría a cargo del Dr. Hugo Patricio Toscano Reyes, representante legal de la Clínica estética quien el día que se había acordado la cirugía estuvo ausente razón por la que fue llevada a cabo por el Dr. Carlos Walter Hurtado Bucheli y el Dr. Edwin Ricardo Cevallos Jácome el primero como médico ayudante; la operación inició con la intervención del anesthesiólogo, el señor Patricio Jaramillo y que una vez terminado el procedimiento en decúbito ventral procedieron a darle la vuelta, momento en el que se percataron el estado cianótico de la señora Yesenia Cáceres y que se produjo la muerte inmediata de la paciente. Con la ayuda del gerente de la clínica ingresó la policía para tomar procedimiento y realizar el informe médico el cual tuvo como conclusión que la causa de la muerte fue una hemorragia aguda por laceración hepática. El señor Edwin Cevallos Jácome no poseía el título de cuarto nivel correspondiente a la especialidad como cirujano plástico y a pesar de este particular realizó la cirugía produciendo la muerte de la paciente violentando la ley; la persona jurídica con quien se celebró el contrato conocía de la incapacidad del señor Edwin Cevallos Jácome para intervenir en el procedimiento, sin embargo, actuó no solo en este caso sino en varios más incumpliendo con la Lex Artis de los médicos.

A eso de las 09:30 am el esposo de la víctima señor Andrés Vinicio Paz Noguera recibió una llamada de la señora Karina Mayancela quién le comunicó del fallecimiento de su cónyuge Yadira Yesenia Cáceres y que se encontraba en la Clínica Steticus, se trasladó hacia la clínica y subió al segundo piso donde encontró el quirófano y vio a su esposa con las manos entumidas pues ya no respiraba, estaba muerta; se acerca un policía para solicitarle que se calmara pero tuvo una mala reacción; al salir del quirófano se encuentra con el Dr. Hugo Toscano quien le dice que no sabe lo que sucedió puesto que realizó los exámenes pertinentes para la cirugía; luego acudió a la Fiscalía acompañado del Dr. Carlos Guaita donde puso la respectiva denuncia.



ANTESECEDENTES DEL PROCESO.

La Abogada Ana Cristina Guerrón, Juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales, con competencia en delitos flagrantes, de conformidad con los arts. 453, 455 y 608 del Código Orgánico Integral Penal, dictó auto de llamamiento a juicio en fecha 10 de diciembre de 2015 en contra de Edwin Ricardo Cevallos Jácome, Carlos Walter Hurtado Bucheli, como autores del delito de homicidio culposo por Mala Práctica Médica, tipificado y sancionado en el art. 146 del Código Orgánico Integral Penal, ratificando las medidas cautelares con fundamento en el art. 555 del Código Orgánico Integral Penal y ordenó la prohibición de enajenar y retención de cuentas de los procesados por un monto de hasta diez salarios básicos mínimos vitales; con relación a Hugo Patricio Toscano Reyes y la persona jurídica clínica Steticus emitió auto de sobreseimiento mismo que fue revocado por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha con fecha 16 de febrero de 2016 a las 15:38 y al resolver el recurso de apelación dictó auto de llamamiento a juicio en contra del señor Hugo Patricio Toscano Reyes y de la persona jurídica clínica Steticus, como autores directos del delito de homicidio culposo por Mala Práctica Médica tipificado y sancionado en el art. 146 del Código Orgánico Integral Penal y una vez ejecutoriado dicho auto se remitió al Tercer Tribunal de Garantías Penales y al disponerse la acumulación de la causa la Jueza de Sustanciación avocó conocimiento de la causa señalando día y hora para la audiencia oral, pública y contradictoria de juzgamiento en contra de Carlos Walter Hurtado Bucheli, Edwin Ricardo Cevallos Jácome, Hugo Patricio Toscano reyes y de la persona jurídica Steticusplas Cia. Ltda., en calidad de presuntos autores del delito de homicidio culposo por Mala Práctica Médica.

Una vez conformado el Tribunal y declarado abierto el juicio, se llevó a cabo la audiencia, en donde las partes procesales han intervenido, garantizados por el Tribunal, con estricto apego a las normas del debido proceso establecidas en el art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, adecuados con los principios dispositivo, de contradicción, inmediación y concentración de conformidad con el art. 5 y 610 del Código Orgánico Integral Penal.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Dentro de la audiencia de juzgamiento se presenta lo siguiente:

Por parte de Fiscalía la Dra. Jimena Molina en sus alegatos iniciales relata los hechos suscitados dentro de la cirugía realizada a la señora Yadira Yesenia Cáceres, y manifiesta que este hecho se adecúa al tipo penal contemplado en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, este es Homicidio Culposo, que mediante la presentación de pruebas documentales y testimoniales demostrará la responsabilidad penal en grado de autor del señor Edwin Cevallos Jácome y Carlos Hurtado Bucheli; como coautor al Dr. Hugo Patricio Toscano, así como la materialidad de la infracción.

El Dr. Rigoberto Ibarra Arboleda, en representación del acusador particular Andrés Vinicio Paz en sus alegatos iniciales luego de contar los hechos ocurridos en la cirugía de la señora Yesenia Cáceres manifiesta que el señor Edwin Cevallos no poseía el título de cuarto nivel correspondiente a la especialidad de cirujano plástico y a pesar de este particular realizó la cirugía produciendo la muerte de la paciente violentando la ley, que la persona jurídica con quien celebró el contrato conocía de la incapacidad del señor Edwin Cevallos para intervenir en el procedimiento sin embargo actuó incumpliendo la lex artis de los médicos, por lo tanto la materialidad y responsabilidad de los procesados y de la clínica encuadra en lo estipulado en el art. 146 del Código Orgánico Integral Penal, siendo los señores Edwin Cevallos y Carlos Hurtado autores directos y coautor el señor Hugo Toscano como persona natural y jurídica de la clínica.

El Dr. Alfonso Puente Viteri defensor del procesado Carlos Hurtado en su alegato de apertura expresó que su cliente es médico especialista en cirugía estética, que la señora Yesenia Cáceres celebró el contrato con la clínica Steticus representada por el Dr. Hugo Patricio Toscano, que quién operó y dirigió la cirugía fue el Dr. Edwin Cevallos, que toda operación representa un riesgo y que demostrará la inocencia del señor Carlos Hurtado.

El Dr. José Moreno Arévalo en representación del procesado el señor Edwin Cevallos Jácome, en su alegato de apertura manifestó que demostraría la no



UNIVERSIDAD DE CUENCA

responsabilidad de su cliente en los hechos materia del auto de llamamiento a juicio.

El Dr. Israel Moreno Ladines en representación del procesado Hugo Toscano Reyes como alegatos de apertura expuso que su cliente no participó en la cirugía realizada a la señora Yesenia Cáceres y que únicamente intervino en la fase de reanimación la cual no tuvo éxito.

En cuanto a la representación de la persona jurídica Clínica de cirugía plástica Steticus Cía. Ltda., dijo que demostrará la no responsabilidad de la clínica por no cumplir con los presupuestos establecidos en el art. 49 del COIP, por cuanto esta persona jurídica debió haber percibido algún beneficio del hecho delictual lo cual no ocurrió, en consecuencia, una persona jurídica no puede ser susceptible de responsabilidad dentro de un homicidio por mala práctica médica.

En cuanto a la prueba Fiscalía presenta:

- Testimonio del señor Andrés Vinicio Paz Noguera esposo de la víctima.
- Testimonio del Sargento Segundo de Policía José Ramírez Riofrío.
- Testimonio del señor Marco Mesías Morales Guzmán, Perito cirujano plástico.
- Testimonio del señor Sargento Segundo de Policía Juan Wladimir Loachamin Tibanta, quien realizó el levantamiento del cadáver
- Testimonio del Teniente Marco Fernando Flores Osorio, Perito.
- Testimonio del señor Hugo Geovany Tipantuña Chancusic.
- Testimonio de la señora Karina del Rocío Mayancela Gaybor.
- Testimonio de la señora Viviana Cristina Cáceres Loyola.
- Testimonio de la señora Perito Susana del Carmen Cifuentes Merizalde.
- Testimonio de la señora Gladys Patricia Guerrón Guchamin.
- Testimonio de la señora Mariana del Carmen Pillajo Ortiz.
- Testimonio del Perito Franklin Gonzalo Villarez Paredes.

Sobre la prueba de los procesados:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- El Dr. Alfonso Puente, en representación del procesado Carlos Hurtado Bucheli únicamente como prueba presenta la declaración del señor Carlos Hurtado Bucheli quien voluntariamente decide hacerlo. No cuenta con prueba testimonial ni documental.
- El Dr. José Moreno Arévalo en representación del procesado Edwin Cevallos Jácome presenta como prueba la declaración del señor Edwin Cevallos Jácome manifestó en forma libre y voluntaria de rendir su testimonio.
- El Dr. Israel Moreno Landines en representación del procesado Hugo Patricio Toscano Reyes y de la persona jurídica clínica Steticus, no aporta ninguna prueba ya que desiste de la prueba testimonial y documental que había anunciado.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

El Tribunal luego de haber analizado en su conjunto la prueba aportada por las partes procesales, durante la Audiencia de juicio, establece que, de conformidad con el artículo 453 del Código Orgánico Integral Penal, han dado al juzgador convicción y certeza de que se ha establecido la infracción.

Con respecto a la persona jurídica, de los testimonios se corrobora la existencia de la clínica Steticus misma que se encontraba en funcionamiento y que se han realizado varias cirugías en las diferentes salas de operaciones, ahora bien al analizar la responsabilidad de la persona jurídica Clínica Steticus, el Tribunal establece que el artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal se refiere a la responsabilidad de las personas jurídicas y que por lo tanto el Dr. Hugo Patricio Toscano al ser el representante legal de la clínica Steticus, en su posición de garante, que tiene el deber objetivo de cuidado, debió precautelar la seguridad y bienestar de la paciente Yadira Yesenia Cáceres, esto por cuanto ser representante de la empresa, sabe perfectamente que la misma ya por el hecho de su existencia, por su funcionamiento y por los servicios que presta, pueden ocasionar riesgos si no es manejada y controlada de acuerdo a las normas y reglamentos que la rige, inclusive se ha incrementado una



UNIVERSIDAD DE CUENCA

responsabilidad penal en nuestro ordenamiento jurídico en donde el representante juega un papel fundamental porque será el garante y responsable, quien deberá cumplir con el deber objetivo de cuidado, y evitar un resultado lesivo, por lo que en el presente caso, el Dr. Hugo Toscano, como Director y Representante legal, debió controlar que los médicos que laboraban en la clínica Steticus cuenten con los títulos de especialidad, por ser un requisito necesario para que puedan ejercer su profesión tal como lo dispone el artículo 194 del Código de Salud que dice “Para ejercer como profesional de salud, se requiere haber obtenido título universitario de tercer nivel, conferido por una de las universidades establecidas y reconocidas legalmente en el país, o por una del exterior, revalidado y refrendado. En uno y otro caso debe estar registrado ante el CONESUP y por la autoridad sanitaria nacional” concordante con el artículo 198 ibídem que dice: “los profesionales y técnicos de nivel superior que ejerzan las actividades relacionadas con la salud, están obligados a limitar sus acciones al área del título”, lo que no se cumplió en el presente caso, puesto que el Dr. Cevallos Jácome Edwin Patricio a la fecha de los hechos no contaba con su título de especialidad en cirugía plástica registrado en el Senescyt; pues el perito Marco Mesías Morales en su testimonio manifestó aquello diciendo que seguramente por despreocupación no inscribió, lo que constituye infracción al artículo 202 del Código de Salud expresa que 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. Otra irregularidad es que la historia clínica de la paciente no se encontraba en los términos que establece el artículo 7 literal f), pues el mismo perito Marco Mesías Morales se manifestó que al revisar la historia clínica de la señora Yesenia Cáceres presentaba inconsistencias que no se contó con un protocolo quirúrgico además de la confusión de los cirujanos al no saber quién era el principal y el ayudante. Es pertinente también determinar que, según el testimonio de Carlos Vinicio Paz Noguera, cónyuge de la occisa, la Clínica percibió un beneficio directo de naturaleza económica por la intervención quirúrgica, pues es a la clínica a quien se le realiza el pago, es decir se oferta



UNIVERSIDAD DE CUENCA

un servicio personal y se cobra por este y se deriva a otros médicos, sin percatarse de que tengan o no el título, siendo el representante de la clínica quién los contrata y cede su rol de médico interviniente.

Con todas las normas expuestas se establece con convicción y certeza que la imputación objetiva del resultado quedó materializada en la determinación de la adecuación de la conducta al tipo, al incumplir el deber jurídico nacido de la norma.

Con respecto a la afirmación del abogado de la defensa al manifestar que no se ha probado la existencia de la clínica con prueba documental, no se considera procedente puesto que no es tema de discusión si existe o no la misma, además la valoración de la prueba en conjunto permitió que se determine la existencia y funcionamiento de la clínica Steticus, lugar donde se realizó la cirugía de la occisa Yesenia Cáceres.

ANÁLISIS Y FUNDAMENTACIÓN SOBRE LA EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROCESADOS.

Para poder determinar si un acto constituye delito se debe verificar que el mismo cumpla con los presupuestos de típico, antijurídico y culpable.

La conducta humana, se manifiesta en el mundo interno del individuo, así como en el mundo externo al materializarse en un resultado, y es lo que se denomina acciones u omisiones, siendo ambas formas relevantes para el Derecho Penal. De modo que lo que interesa dentro de este caso es poder demostrar la existencia material de la infracción como la responsabilidad y culpabilidad de quien o quienes han cometido la acción u omisión, así como el nexo causal existente entre el delito y su responsable.

En cuanto al objeto, esto es el sujeto pasivo sobre el cual ha recaído el daño por los efectos del acto, el mismo que al tratarse de un delito contra la vida e integridad personal como lo establece el artículo 146 del Código Orgánico



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Integral Penal configura el sujeto pasivo de la infracción a la señora Yesenia Cáceres Loyola.

También se analizan las conductas de los procesados, las mismas que están constituidas por la imputación objetiva que es la atribución de una conducta adecuada a un tipo, tal como lo establece el artículo 25 del Código Orgánico Integral Penal que dice: “Tipicidad.- Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes”, lo que se ha demostrado en el presente caso, al violentar el bien jurídico protegido que es la vida e integridad personal, lo que conforme a derecho se ha demostrado con las pruebas presentadas y practicadas en la audiencia de juzgamiento.

Sobre la antijuridicidad, que también se denomina injusto, que no es otra cosa que la violación del derecho, es decir la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico, en este caso la contradicción con lo que contempla el artículo 146 ibídem, que protege la vida y la integridad personal, no cabe duda que los procesados Carlos Hurtado Bucheli, Edwin Cevallos Jácome, Hugo Patricio Toscano Reyes y la persona Jurídica Steticus Cía. Ltda., con sus actos y omisiones han violado y contradicho la disposición que castiga dicho acto como es el homicidio culposo por mala práctica profesional.

Con relación a la culpabilidad, el artículo 27 manifiesta que “actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañino. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código”; en consecuencia los procesados han adecuado sus conductas al tipo penal del artículo 146 COIP que es homicidio culposo por mala práctica profesional, con lo que establece el nexo causal entre la existencia de la infracción y la responsabilidad de los procesados, esto con la prueba debidamente actuada y evacuada dentro de la audiencia de juzgamiento bajo los principios de inmediación y contradicción al cual se han sometido.

Es pertinente destacar que el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, es un delito de resultado, en este caso, la acción se perfeccionó por la falta al deber objetivo de cuidado que se materializó con la muerte de la



UNIVERSIDAD DE CUENCA

víctima señora Yadira Cáceres, producida por la derivación del médico contratado Hugo Patricio Toscano, a dos profesionales de la salud como son Carlos Hurtado Bucheli y Edwin Cevallos Jácome este último no habilitado para el ejercicio de una especialidad médica como es la cirugía estética, al no tener inscrito el título en los registros del Senescyt pese a lo cual actuaron como médicos principales produciendo laceración hepática que ocasiona la muerte de la víctima Yadira Cáceres lo que es evidente pues a la luz de los hechos probados en la audiencia se estableció con convicción y certeza la referida causa de muerte que es consecuencia de una acción peligrosa e innecesaria, sobre la que inclusive no existió historia clínica ni protocolo de la cirugía realizada a la señora Yesenia Cáceres incumpliendo con los requisitos que establece la Ley Orgánica de la Salud.

Así también quedó demostrado que el Dr. Hugo Toscano en su calidad de garante violentó el deber objetivo de cuidado al no operar a la paciente a pesar de haberle creado expectativas y confianza que él le iba a operar y con el testimonio del perito médico Dr. Mesías Morales se demostró que al no tener registrado el título de cirujano plástico en el Senescyt el Dr. Edwin Cevallos, la persona jurídica Clínica Steticus representada por el Dr. Hugo Toscano estaba incumpliendo lo establecido en los artículos 198, 202 literal a) de la Ley Orgánica de la Salud lo cual también constituye una infracción al deber objetivo de cuidado.

Cabe resaltar que con respecto a la situación del Dr. Patricio Jaramillo, el Tribunal observó que del análisis de la prueba en su conjunto el anestesiólogo pudo haber tenido presuntas responsabilidades en el presente caso, (lo que no enerva ni desplaza la responsabilidad de los procesados, solo lo convertiría eventualmente en corresponsable) puesto que, el Dr. Marco Mesías Morales en su testimonio manifestó que al haberse presentado esta anomalía el anestesista debía haber alertado, pues tiene los implementos necesarios para saber lo que pasaba, que todos son voces de alerta tanto médicos como anestesiólogos; que el que la manguera se haya presentado con más sangre ya era un signo de alerta; que al presentarse variantes en los signos vitales lo



UNIVERSIDAD DE CUENCA

cual se refleja en los equipos a los que estaba conectada la paciente, el anesthesiólogo debía informar a los cirujanos puesto que es un trabajo conjunto; que el anestesista es el encargado de los monitores; así también de lo manifestado por la licenciada en enfermería quién refirió las alertas y anomalías debían ser controladas por el anesthesiólogo; mas al haber sido sobreseído en la etapa respectiva, el Tribunal omite realizar algún análisis al respecto.

GRADO DE PARTICIPACIÓN.

En cuanto se refiere a la responsabilidad de los procesados el artículo 42 del Código Orgánico Integral Penal, respecto a la autoría, en su parte pertinente dice: “responderán como autoras las personas q incurran en algunas de las siguientes modalidades: 1. Autoría directa: a) Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata. b) Quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo”, consecuentemente según nuestra legislación penal los autores directos son: “los que han perpetrado la infracción de manera directa e inmediata”, y el homicidio culposo por mala práctica profesional es efectivamente un delito de acción y de resultado de naturaleza culposa, donde la culpa no es sinónimo de omisión, como ha argumentado erróneamente Fiscalía, pues el delito requiere de una acción que es ocasionar la muerte por infringir el deber objetivo de cuidado, son autores entonces aquellos que ejecutan directamente la acción lo que se ha demostrado pues los procesados Carlos Hurtado Bucheli, Edwin Cevallos, Hugo Patricio Toscano y de la Perona Jurídica Steticusplas Cía. Ltda., lo que se encuentra probado en el presente caso con los medios de prueba actuados e incorporados en la audiencia por la Fiscalía, y previamente analizados y valorados por parte del Tribunal, que ha enervado la presunción de inocencia garantizada en el artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador, consideraciones todas estas y en base a la prueba de cargo y de descargo aportada en la audiencia de juzgamiento y previamente analizadas con las que se concluye que se ha demostrado todos los elementos constitutivos de las categorías dogmáticas del delito relativas a la tipicidad, antijuridicidad y



UNIVERSIDAD DE CUENCA

culpabilidad; tipicidad porque se encuentra tipificado en el artículo 146 del COIP, antijurídica porque lesionó el bien jurídico protegido que es la vida e integridad personal, y culpable entendido como el reproche del estado frente al injusto penal, esto es que los procesados no han justificado inimputabilidad frente al derecho penal, ni el que haya obrado en virtud de error de prohibición vencible o invencible, tampoco que haya optado por otra conducta pudiendo hacerlo, al contrario la ejecutaron sabiendo de la prohibición legal, es decir debiendo haberse conducido de una manera distinta, esto es conforme a derecho, desvirtuándose por lo tanto la presunción de inocencia garantizada en el artículo 76.2 de la Constitución de la República y los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL.

El Tribunal de Garantías Penales de Pichincha decide declarar la culpabilidad del Dr. Carlos Walter Hurtado Bucheli, Edwin Ricardo Cevallos Jácome, Hugo Patricio Toscano Reyes en calidad de AUTORES DIRECTOS de conformidad con el artículo 42 numeral 1 literal a), del delito tipificado en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal inciso primero, en consecuencia se le impone la pena de un año de privación de libertad, más al haberse probado las atenuantes establecidas en el artículo 45 numeral 3 que es intentar de forma voluntaria anular o disminuir las consecuencias de la infracción, o brindar auxilio o ayuda inmediata a la víctima; 5. Presentarse en forma voluntaria a las autoridades de justicia pudiendo haber eludido la justicia, en aplicación al mecanismo de aplicación de atenuantes, establecida en el artículo 44 ibídem, que dice que al existir dos atenuantes se impondrá la pena mínima reducida en un tercio, de modo que al tomar en cuenta aquello se les impone a cada uno de los sentenciados, la pena definitiva de ocho meses de privación de libertad.

Así también se le impone a cada uno de los sentenciados la multa del artículo 70 numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal, esto es el pago de cuatro salarios básicos unificados y como pena no privativa de la libertad lo establecido en el artículo 65 en concordancia con el artículo 60 numeral 6, ibídem, esto es la inhabilitación por un año del ejercicio profesional de cada



UNIVERSIDAD DE CUENCA

uno de los sentenciados, por corresponder a la pena del tipo penal, como exige la norma en referencia y que comenzará a recurrir una vez cumplida la pena de privación de la libertad.

En cuanto a la Persona Jurídica, Steticusplas Cía. Ltda., se le declara igualmente su responsabilidad jurídica y se le impone de conformidad con el artículo 71 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, como pena la clausura temporal de la misma por el tiempo de un año.

Con relación a la reparación integral de conformidad con el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, y artículos 77 y 78 del Código Orgánico integral Penal, se les impone a los sentenciados el pago de la suma de CUARENTA MIL DÓLARES que serán cancelados de forma solidaria por los sentenciados. Se dispone como medida cautelar la prohibición de enajenar de los bienes de los sentenciados y de la persona jurídica, medida que se mantendrá vigente hasta que se cancele la multa regulada en la sentencia y la reparación integral.

APELACIÓN ANTE EL TRIBUNAL DE LA SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA.

De la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Quito plantean recurso de apelación los sujetos procesales Dr. José Moreno, en representación del recurrente Edwin Cevallos Jácome; Dr. Alfonso Puente, a nombre del procesado Carlos Hurtado Bucheli; Abg. Freddy Ron Zurita, a nombre de Hugo Patricio Toscano y de la persona jurídica Clínica Steticusplas Cía. Ltda., y, el Dr. Rigoberto Ibarra, a nombre del acusador particular Andrés Vinicio Paz.

La defensa de la Dr. Edwin Cevallos manifiesta que se le está haciendo responsable de un delito por el hecho de que se han basado únicamente en que el mismo no tenía registrado el título de cirujano plástico en el SENESCYT al momento de realizar la cirugía mas no porque se haya establecido con precisión que el procesado fue quién causó la lesión que fue causa de la muerte, ya que el mismo perito forense Marco Mesías Morales dijo en su



UNIVERSIDAD DE CUENCA

intervención que no se podía establecer quién de los dos doctores (Cevallos o Hurtado) fueron los que produjeron la lesión a la paciente.

Fiscalía al respecto manifiesta ante todo que se debe actuar con lealtad procesal y manifestar los hechos tal y como sucedieron, y dice que si el Tribunal de Garantías Penales determinó la responsabilidad del señor Edwin Cevallos es efectivamente porque de las pruebas aportadas se pudo evidenciar que no cumplieron con el deber objetivo de cuidado a la hora de realizar la cirugía pues a más de que se encontraban jugando, riéndose dentro del quirófanos, los dos intervinieron en la cirugía como especialistas en la materia cuando el señor Edwin Cevallos no estaba en la facultad de hacerlo, por lo que incumplió con la Lex artis a las que deben regirse los profesionales de la salud. De este modo solicita que se ratifique la sentencia venida en grado.

La defensa del Dr. Carlos Hurtado Bucheli se enfoca en tener presente que en la cirugía no actuaron únicamente el señor Edwin Cevallos y Carlos Hurtado, sino que también existió la presencia de un anestesiólogo que es el encargado de dar la voz de alerta y estar pendiente de los monitoreos durante la cirugía, el mantenimiento y control de los signos vitales, mantener el ritmo cardíaco, entre otras funciones lo cual jamás lo hizo y hoy goza de impunidad. Sobre establecer quién causó la muerte también sostiene que no se ha podido determinar con certeza y que por lo tanto se debe aplicar lo que establece el artículo 5 numeral 3 del COIP en relación a la razonable duda, cualquiera de los dos médicos (Cevallos o Hurtado) pudo haber ocasionado esa herida que causó la muerte, la doctrina dice es preferible que un delito quede en la impunidad a tener que sentenciar a un inocente. Por lo que solicita al Tribunal de alzada se revoque la sentencia venida en grado.

Con respecto a esto Fiscalía manifiesta que, si se emitió un dictamen abstentivo para el Dr. Jaramillo anestesiólogo, fue porque claramente los testimonios de las enfermeras que participaron en la cirugía informaron que el único que se percató que algo extraño estaba sucediendo en la paciente y dio la voz de alerta fue el anestesiólogo, y que se comprueba también por los videos presentados en la audiencia respectiva donde claramente se puede



UNIVERSIDAD DE CUENCA

evidenciar que el Dr. Patricio Jaramillo es quién les alerta a los otros doctores del estado de la paciente al momento en que la misma es virada de la posición en la que se encontraba. Sobre lo que expuso la defensa del señor Carlos Hurtado en cuanto a que el perito cirujano Marco Mesías Morales ha confundido al Tribunal en vez de dar luces, sostiene Fiscalía que mejor ha sido un profesional experto que por el mismo hecho de que los dos doctores (Cevallos y Hurtado) fueron quienes actuaron en las mismas incisiones no se puede culpar a uno solo puesto que la responsabilidad fue de los dos al no saber realizar sus funciones con el deber objetivo de cuidado y que por lo tanto ambos serían los responsables de la muerte de la señora Yesenia Cáceres, por lo que pide se confirme la sentencia venida en grado.

La defensa del Dr. Hugo Toscano y de la persona jurídica Clínica Steticusplas Cía. Ltda., sostiene que no se ha podido probar la responsabilidad penal de su defendido, que claramente con el video y con el testimonio del perito cirujano Marco Mesías Morales que en ningún estado de la cirugía ha intervenido el señor Hugo Toscana, lo único que se evidencia es que se encontraba en el quirófano unos minutos observando la operación, y que cuando supo de lo sucedido ayudo a reanimar a la paciente. Con respecto a la persona jurídica no se ha demostrado la existencia de la misma con documentación por parte de Fiscalía ni por la defensa del acusador particular, así mismo se pronuncia sobre la reparación integral y dice que el valor que ha ordenado el Tribunal esto es 40000 dólares es un valor que no tiene fundamento alguno, pues únicamente se ha escuchado del testimonio de la señora Karina Mayancela (socia de la víctima) que la occisa tenía un centro educativo infantil en el cual percibía una remuneración de 1200 dólares, sin embargo no existe ningún documento que acredite aquello, ni siquiera el mecanizado del IESS con lo cual se pueda justificar solamente son aspectos indiciarios que no permiten llegar a una conclusión acertada; es por ello que solicita se declare la inocencia de su defendido.

Sobre esto la Fiscalía se pronuncia y dice, que el Dr. Hugo Toscano al ser el representante legal de la Clínica Steticusplas estaba en la obligación de velar



UNIVERSIDAD DE CUENCA

por la integridad física y la vida de los pacientes que acudan a esa clínica. No podía permitir que médicos que no cuenten con el título de cuarto nivel realicen cirugías plásticas poniendo en riesgo la vida de los pacientes, tanto es así que incluso el mismo teniendo un título de tercer nivel ha sido quien ha intervenido en múltiples cirugías siendo el médico principal cuando no estaba facultado para aquello. De modo que al tener grado de participación por la omisión en la que incurrió el Dr. Hugo Toscano al no haber tenido la diligencia de indicar o de proporcionar toda la información con relación a los riesgos que tiene cada una de las cirugías puesto que quien atendió a la señora Yadira Cáceres fue precisamente el Dr. Toscano. Sobre la reparación integral se pronuncia y dice que si bien no se pudo introducir la documentación respectiva en el momento oportuno para justificar los ingresos que percibía la víctima, se ha realizado el cálculo en base al salario mínimo básico del trabajador en general tomando en cuenta la edad de la víctima a la fecha de la comisión de la infracción misma que tenía 39 años de edad y la vida laboral, es decir hasta los 65 años y sin que se incremente cada año como lo establece la ley, solamente tomando en cuenta el monto establecido a la fecha de la audiencia se pidió una indemnización de 150000 dólares pero ni siquiera eso se ha dispuesto se pague.

El acusador particular a través de su abogado defensor dice que no está de acuerdo a la sentencia expedida por el Tribunal A quo, en cuanto a la pena de 8 meses y una multa de 4 salarios básicos unificados del trabajador en general, la inhabilitación del ejercicio de su profesión por un año a los médicos y a la persona jurídica la clausura temporal de un año, una reparación integral de 40000 dólares sin considerar aspectos fundamentales ya que no es proporcional al daño ocasionado y no se estaría cumpliendo con lo que establece el artículo 77 de la Constitución de la República. Manifiesta que no se debería considerar atenuantes puesto que cometieron la infracción con la participación de dos o más personas, por lo tanto, la pena debería ser la máxima más el tercio por lo que solicita al Tribunal de la Sala que se fije como reparación integral el valor de 135.448 dólares.



SENTENCIA APELACIÓN.

El Tribunal de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, de conformidad con las pruebas aportadas en la audiencia de juzgamiento manifiesta que se ha justificado tanto la existencia material de la infracción, como la responsabilidad penal de los procesados: Edwin Ricardo Cevallos Jácome, Carlos Walter Hurtado Bucheli, Hugo Patricio Toscano Reyes y la persona jurídica Clínica Steticusplas Cía. Ltda., acreditándose el nexo causal entre la infracción y la responsabilidad de los mismos, por lo que RECHAZA los recursos de apelación interpuestos por los recurrentes: Edwin Ricardo Cevallos Jácome, Carlos Walter Hurtado Bucheli, Hugo Patricio Toscano Reyes y la persona jurídica Clínica Steticusplas Cía. Ltda., confirmando la sentencia de los tres procesados y de la persona jurídica. Acepta PARCIALMENTE el recurso de apelación del acusador particular Andrés Vinicio Paz Noguera, reformando la sentencia del Tribunal A quo en lo concerniente al pago de reparación integral a la víctima por parte de los acusados en la cantidad de CIENTO TREINTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO DÓLARES, en todo lo demás acoge la sentencia venida en grado.

COMENTARIO.

Sobre el caso que ha sido presentado en éste capítulo con respecto a la regulación del Código Orgánico Integral Penal como una figura nueva dentro del ordenamiento jurídico penal de nuestra legislación ecuatoriana, debo primeramente manifestar que pocos han sido los casos que se han logrado sentenciar aplicando el artículo 146 del COIP puesto que existen casos que aún se están tramitando o inclusive casos que se los ha juzgado por otra norma como por ejemplo caso de lesiones.

Sobre el caso analizado diré que en cuanto a la decisión de ambos Tribunales se ha observado una valoración de la prueba en su conjunto para lograr determinar la culpabilidad y responsabilidad penal de los procesados, sin embargo, sobre la reparación integral no estoy de acuerdo con la fijación del monto ya que al haber sido una negligencia por parte de Fiscalía así como del abogado del acusador particular y no presentar las respectivas pruebas



UNIVERSIDAD DE CUENCA

documentales dentro del proceso en el momento oportuno pienso a mi criterio se ha establecido un valor a ciegas sin tener sustento alguno para aquello.

Ahora bien, lo que realmente es relevante dentro de este caso es determinar si es que realmente se infringió el deber objetivo de cuidado por parte de las personas procesadas, y claro está que ninguno supo actuar y cumplir sus funciones con el debido cuidado iniciando por el representante legal de la clínica al no ser responsable e incumplir con la ley permitiendo el funcionamiento de personas que no se encuentran habilitadas para ejercer sus funciones poniendo en riesgo la vida y salud de los pacientes que acuden a esa clínica, luego los médicos que intervinieron en la operación al no cumplir con la Lex Artis y con un adecuado método para realizar la cirugía, presentando un comportamiento de desinterés a la hora de cumplir con sus funciones sabiendo que una vida está en riesgo bajo su responsabilidad.

De este modo la conducta y el actuar de los procesados se ha enmarcado en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal esto es Homicidio culposo por mala práctica profesional.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CAPÍTULO IV

DERECHO COMPARADO SOBRE LA REGULACIÓN DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA.

No cabe duda alguna que una de las temáticas más resonantes en estos últimos años ha recaído sobre la mala praxis en el ámbito de la medicina, especialmente en la cirugía plástica.

En el presente capítulo se desarrollará sobre la mala práctica médica en las legislaciones comparadas, con el propósito de conocer las consecuencias jurídicas en base a un procedimiento dinámico, sobre la responsabilidad de los médicos en el desarrollo de su función, la situación del damnificado y las distintas circunstancias que los involucran.

4.1.- Argentina

Dentro de la legislación argentina desarrollaré de manera general la regulación de la mala práctica médica tanto en el ámbito civil como en el penal. Debiendo conocer que dentro del primero se exigirá al galeno una indemnización económica por los daños ocasionados a la víctima como una forma de reparación, no dejando de lado la sanción penal que pudiera tener por su actuar negligente, dentro de las funciones propias de su profesión.

Los profesionales de la salud deben adoptar ciertas pautas de conducta que como tales lo necesitan para procurar inclusive una mejor defensa ante cualquier acusación. Una de esas pautas es llevar una historia clínica del paciente de forma clara y completa, así también el consentimiento informado del mismo y/o sus responsables, de todos los riesgos, conductas terapéuticas que se vayan a realizar dentro de una cirugía, o intervención médica; pues el consentimiento informado es un documento que la ley exige en todos los casos de trasplante de órganos, o intervenciones quirúrgicas ya que dentro de los juicios que existan por mala praxis es un antecedente al cual se refieren los jueces para ser evaluado.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

El Código Civil argentino en su artículo 902 establece lo siguiente: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”. Art. 903 “Las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de los hechos”. Art. 904 “Las consecuencias mediatas son también imputables al autor de los hechos”. Art. 905 “Las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho” (Nora, 2017).

Dentro del ámbito del Derecho como principio general se sostiene que quien alega un hecho debe probarlo, en el caso de hablar de la existencia de un daño se debe probar no solo la magnitud del mismo, sino que como consecuencia de un mal obrar en la práctica de sus funciones se ha producido el dicho daño.

En el año de 1993 el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación fue sancionado por el Congreso Nacional ya que existía un sin número de modificaciones a la legislación argentina vigente en ese momento, siendo la que nos interesa para el tema lo concerniente a que los profesionales de la salud estaban en la obligación de demostrar y probar que su actuar en sus funciones de médicos no fueron imprudentes, negligentes ante la acusación de daños por mala praxis médica; sin embargo con la intervención de la Asociación Médica Argentina se logró que dicho proyecto sea vetado por el Presidente de la Nación puesto que lo que se pretendía por parte de la Asociación Médica era una mayor protección para los profesionales de la salud pues manifestaban que existía mucha presión e inseguridad jurídica para los mismos.

Dentro del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de responsabilidad civil en cuanto a las intervenciones de los profesionales de la salud recoge algunos criterios que han sido sostenidos por la doctrina y la jurisprudencia y presenta ciertos aspectos direccionados a los médicos.

En el capítulo 3 de dicho cuerpo normativo el cual se refiere a los derechos y actos personalísimos a la dignidad (art.51), derecho a la integridad y a la vida



UNIVERSIDAD DE CUENCA

(art. 54), derechos fundamentales para la toma de decisiones a la hora de aceptar o rechazar tratamientos médicos en los cuales pueda existir un riesgo para el paciente. En su artículo 59 regula la figura del consentimiento informado entendido como la declaración voluntaria manifestada por el paciente o sus representantes en el caso de ser menores de edad. Las directivas anticipadas (art. 60), en las cuales se establece que los pacientes están en su libertad de manifestar como desean ser tratados en caso de riesgo dentro de una intervención médica como por ejemplo la no aceptación de una transfusión de sangre por asuntos religiosos, en este caso los galenos quedan exentos de responsabilidad ante cualquier consecuencia generada por la decisión del paciente. La Justicia Argentina, sobre uno de estos casos de Testigos de Jehová, resolvieron un fallo donde manifiestan: "una persona enferma, pero con discernimiento, no puede ser obligada coactivamente a una terapia que repugna sus creencias religiosas, si esa negativa no implica riesgos para terceros, sino únicamente para la propia vida o la propia salud. (Cám. Fed. Comodoro Rivadavia-Chubut, Argentina, 15-06-89, "Bahamondez, Marcelo", ED 134-297)" (Pirota, 2007).

En cuanto al daño y a la reparación del mismo, el Código Civil y Comercial de la Nación establece:

Artículo 1737.- Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

Artículo 1738.- Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Artículo 1739.- Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.

De acuerdo al artículo 1739 los usuarios de servicio de salud son habitualmente personas enfermas, cuyos procesos patológicos son



UNIVERSIDAD DE CUENCA

justamente los que los llevan a la consulta médica. Por ello, el daño característico en este tipo de casos es la pérdida de una chance de curar o bien no enfermar más. Es así que la exigida integridad de la reparación no puede soslayar tal circunstancia, debiendo siempre distinguirse el perjuicio causado por la actuación profesional, de aquel derivado del proceso morbo en sí (Wierzba, 2015).

El artículo 1745 del Código Civil y Comercial de la Nación establece la indemnización por fallecimiento, dentro del cual se dice:

Artículo 1745.- Indemnización por fallecimiento. En caso de muerte, la indemnización debe consistir en:

- a) los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal;
- b) lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes;
- c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido.

Ahora bien, para establecer la responsabilidad del establecimiento médico, se basa en que, si la obligación es de medios, responderá sobre la base de un factor subjetivo, el cual deberá demostrar que actuó con la diligencia debida para liberarse de responsabilidad. Si la obligación es de resultado, la falta de obtención del fin propuesto resultará sugerente de la existencia de responsabilidad objetiva, pudiendo liberarse de la misma únicamente cuando demuestre la existencia de un caso fortuito, que la culpa fue de la víctima o de un tercero por lo que no debe responder por tal acto.

El artículo 1722 del Código Civil y Comercial de la Nación define lo que es el factor objetivo de la siguiente manera:



UNIVERSIDAD DE CUENCA

“El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario”.

Artículo 1736.- Prueba de la relación de causalidad. La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca.

De modo que, dentro del tema que nos ocupa, para que el médico sea liberado de responsabilidad deberá demostrar que no existe el nexo causal para determinar que él sea el responsable, ya que al momento de realizar sus funciones el daño surgió por causas ajenas a su voluntad, caso fortuito, o por terceros, para lo cual deberá probar aquello.

Dentro del ámbito penal, el Código Penal de Argentina manifiesta lo siguiente;

Art. 90.- Se impondrá reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro de la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro.”

Art. 91.- Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.

Art. 94.- Se impondrá prisión de un (1) mes a tres (3) años o multa de mil (1.000) a quince mil (15.000) pesos e inhabilitación especial por uno (1) a cuatro (4) años, el que, por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud.

Si las lesiones fueran de las descriptas en los artículos 90 o 91 y fueren más de una las víctimas lesionadas, el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo, será de seis (6) meses o multa de tres mil (3.000) pesos e inhabilitación especial por dieciocho (18) meses.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

De acuerdo a lo que se ha manifestado en los artículos precedentes, y al hablar de la existencia de un daño ocasionado por la mala práctica médica, la responsabilidad de reparación a las víctimas, o terceros, surge tanto en el ámbito civil como ya se ha dicho en líneas anteriores, pero también de activa el derecho penal, ya que dentro de la legislación argentina en su normativa del Código Civil y Comercial de la Nación, establece:

La acción civil y la acción penal resultantes del mismo hecho pueden ser ejercidas independientemente. En los casos en que el hecho dañoso configure al mismo tiempo un delito del derecho criminal, la acción civil puede interponerse ante los jueces penales, conforme a las disposiciones de los códigos procesales o las leyes especiales (art. 1774 CCyCN).

De modo que como se desprende del articulado, una persona afectada por un daño en el cual también sea considerado criminal, puede acudir a las dos vías tanto civil y penal para reclamar su indemnización pecuniaria por los daños y perjuicios ocasionados, sin embargo, la ley también dice que si existe una acción penal se puede en la misma fijar una indemnización pecuniaria como reparación de los daños generados por el actuar del profesional de la salud. En el caso de que exista al mismo tiempo dos procesos tanto en el civil como en el penal, se dice que el segundo tendrá mayor preponderancia decisiva sobre el proceso civil sobre la decisión que haya de dictarse en este último, ya que es necesario saber que dentro del proceso penal se dicte una sentencia de inocencia a favor del profesional de la salud, entonces, mal se haría al fijarle una indemnización pecuniaria por daños y perjuicios que no los ha generado.

Con respecto a la norma que trata exclusivamente de la mala práctica profesional (art. 94), con relación a nuestra normativa penal, vemos que la legislación argentina no menciona en su artículo la muerte, sino más bien contiene el hecho de quién genera un daño a la salud y se basa en el tipo de lesiones que puede ocasionarse o derivarse de la negligencia, imprudencia o



UNIVERSIDAD DE CUENCA

impericia, en el ejercicio de las funciones del profesional para imponer una pena. De modo que podemos discernir que nuestra legislación penal es mucho más rigurosa en este tipo penal, puesto que como ya se habló la pena a imponerse por mala práctica médica dependerá de 4 supuestos teniendo como base para la determinación de la responsabilidad penal que el galeno haya infringido el deber objetivo de cuidado en su actuar.

4.2.- Chile.

Dentro de la legislación chilena, existe el llamado “delito médico culposo”, y se sostiene que estos tipos penales serán considerados como delitos únicamente cuando el sujeto activo sea un profesional de la salud.

En el Código Penal chileno, dentro del Título X que trata de los cuasidelitos encontramos los siguientes artículos:

Art. 490.- El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, será penado:

- 1 Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen.
- 2 Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte sueldos vitales, cuando importare simple delito.

Art. 491.- El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior.

El artículo 490 es un referente de la sanción a la que tendrá lugar el médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que por negligencia haya ocasionado un daño a las personas. Una vez más nos encontramos frente a un tipo penal culposo, en donde el sujeto activo es un profesional de la salud, pero es curioso lo que establece el artículo 10 numeral 13 del mismo cuerpo normativo, el cual manifiesta que estará libre de responsabilidad penal aquella persona que cometiere un cuasidelito, salvo en los casos que la ley expresamente lo establezca, y esto porque la legislación penal chilena ha sido



UNIVERSIDAD DE CUENCA

reacia al reglamentar la culpa, prefiriendo que la misma no trascienda del ámbito del Derecho Privado, de modo que excepcionalmente hay cuasidelitos que se castigan, siendo los de homicidio y los de lesiones contempladas en el artículo 490 y siguientes del Código Penal, en el cual encontramos el cuasidelito del médico (Catalán, 2011, pág. 48).

Regresando a lo estipulado en los artículos 490 y 491, el primero hace referencia a cualquier persona que haya causado un daño a otra, mientras que en el segundo existe de forma taxativa los responsables de un daño por negligencia, si nos damos cuenta el artículo 490 se refiere a la existencia de malicia e imprudencia temeraria al momento de causar el daño, pero el artículo 491 claramente menciona la negligencia culpable, de modo que estamos frente a un tipo penal culposo mas no doloso, elementos que son tomados muy en cuenta a la hora de establecer la responsabilidad penal y enmarcar en un tipo penal.

Al respecto, Tomás Catalán en su documento de Responsabilidad Penal Médica cita a Enrique Cury quien sobre la imprudencia temeraria y negligencia dice que:

La diferencia entre lo que debe entenderse por imprudencia temeraria y mera imprudencia o negligencia es puramente cuantitativa, y enfatiza que para los profesionales de la salud existe una mayor exigencia de cuidado que cualquier otra persona, pues basta la simple negligencia para hacerlos responsables penalmente por el daño que puedan ocasionar a quienes era su obligación curar (Catalán, 2011).

De aquello se desprende que el Código Penal chileno, lo que sostiene al contener estos dos artículos, es que los profesionales médicos son personas que están obligados a actuar con mayor cuidado y diligencia a la hora de desempeñar sus funciones que cualquier otra persona, de modo que podemos decir que tendrá mayor exigencia en el cumplimiento del deber de cuidado que cualquier simple ciudadano.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

De la misma manera como encontramos en nuestro Código Orgánico Integral Penal artículos en los cuales se encuentra la responsabilidad de un profesional de la salud siendo el caso de quienes suministran de forma errónea medicamentos causando daño, así también se encuentra tipificado en el Código Penal chileno, sin embargo, el tema de investigación esta direccionado a la mala práctica médica por actuar con negligencia, imprudencia, impericia en sus funciones propias de su profesión en la cual se genera un daño al paciente por inobservancia de las normas y leyes propias de su profesión así como infringir del deber objetivo de cuidado.

Al terminar el presente capítulo, se ha podido concluir, que tanto en la legislación argentina como en la chilena los artículos que se refieren a la mala práctica médica, a diferencia de la ecuatoriana, no describen en su normativa la afectación al bien jurídico vida, sino que más bien se estipula como lesiones un poco más graves por el hecho de ser profesionales de la salud, teniendo presente que para los demás tipos de lesiones existe sus propias sanciones. De este modo sostengo una vez más que nuestra legislación penal es mucho más rigurosa a la hora de sancionar la mala práctica médica.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

CONCLUSIONES

Al finalizar el desarrollo de la presente investigación como conclusiones debo manifestar:

- La mala práctica médica no es sino una actuación culposa por parte del profesional de la salud por negligencia, impericia e imprudencia.
- En el Código Penal de 1938 no regulaba la figura jurídica de la mala práctica profesional sino únicamente de manera general el homicidio culposo.
- De acuerdo al Código Orgánico Integral Penal, la mala práctica médica se configura cuando se infringe el deber objetivo de cuidado al momento de que el galeno desempeña sus funciones propias de su profesión.
- El artículo 146 del COIP señala claramente cuatro circunstancias que se deben verificar para poder establecer la pena del autor del delito de mala práctica profesional, pudiendo ser de uno a tres años, o de tres a cinco años.
- La responsabilidad de los médicos es mucho más drástica pues recordemos que en sus manos está la salud y la vida de una persona, de modo que su actuar deberá ser como el de un buen padre de familia.
- Es de total importancia que el médico cumpla responsablemente sus reglamentos y normas dentro de sus funciones.
- El Estado garantiza derechos fundamentales como el de la vida, integridad personal, salud de modo que en base a aquello los profesionales de la salud deben cuidar de su cliente de manera segura, eficiente brindándoles confianza y lealtad.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

RECOMENDACIONES

- Como recomendaciones puedo decir que con respecto a la normativa vigente si existen vacíos sobre el juzgamiento y las sanciones a la hora de aplicarlas, sería importante que como parte del Tribunal Penal esté un médico, pues es necesario conocer aspectos médicos a la hora de poder determinar la responsabilidad profesional de una persona, y las causas que generaron tal o cual resultado.
- Es conveniente que teniendo en cuenta cada caso que por mala práctica médica se presenta se pueda verificar que es lo que falta reformar en el Código Orgánico Integral Penal con respecto a este tema para que exista una mayor seguridad jurídica tanto para los médicos cuanto para los pacientes.
- En cuanto al actuar de los galenos, es menester sugerir que sean más responsables y prudentes en el desempeño de sus funciones con cada paciente, desde las Universidades se debería incentivar este particular, que tengan mayores conocimientos de las normas a las que se encuentran sujetos de acuerdo a su profesión.
- Las instituciones de salud deberían obligar a que su personal se encuentre debidamente capacitado de conformidad con las leyes para que puedan prestar sus servicios sin exponer la vida de una persona.
- Así también cada médico debe contar con las historias clínicas de sus pacientes y con el consentimiento informado cuando se lo requiera de manera obligatoria, pues es una manera de dejar constancia si existió o no una mala práctica médica por parte del profesional de la salud.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

BIBLIOGRAFÍA

- Andrade, D. F. (2016). *Mala Práctica Médica*. Cuenca: Fondo de Cultura Ecuatoriana.
- Apuntes Jurídicos*. (04 de mayo de 2017). Obtenido de Tipicidad, tipo penal y tipificación.: <https://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/tipo-penal-y-tipicidad.html>
- Araujo, M. P. (12 de marzo de 2017). Obtenido de El deber objetivo de cuidado y las dos lex artis médicas: <http://www.araujoasociados.net/index.php/derecho-medico/128-el-deber-objetivo-de-cuidado-y-las-dos-lex-artis-medicas>
- Cabanelas, G. (2010). *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Heliasta.
- Cabanellas, G. (2010). *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Heliasta S.R.L.
- CANO, E. B. (1994). *La responsabilidad profesional del médico*. Madrid.
- Casabona, R. (1990). *El médico ante el Derecho, Ministerio de Sanidad y Consumo*. Madrid.
- Casos Reales de Negligencia Médica*. (13 de diciembre de 2016). Obtenido de ¿Que es la Mala Práxis Médica?: <http://www.lexeticablog.com/%C2%BFqu%C3%A9-es-la-mala-pr%C3%A1xis-m%C3%A9dica.html>
- Catalán, T. (2011). *Universidad de Chile*. Obtenido de Responsabilidad Penal Médica: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111051/de-Catalan_t.pdf;sequence=1
- Cisneros, J. (19 de febrero de 2017). *Tesis Digital UNMSM*. Obtenido de Teoría general de la impugnación penal y la problemática de la apelación del auto de no ha lugar de la apertura de instrucción por el agraviado.: http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/Tesis/Human/jeri_cj/Cap8.pdf
- Crespo, A. D. (2017). El Bien Jurídico en el Derecho Penal. *derechoecuador.com*.
- Derecho.com. (8 de febrero de 2017). *Derecho. Com*. Obtenido de Teoría del deber objetivo de cuidado: http://www.derecho.com/c/Teoria_del_deber_objetivo_de_cuidado
- Díaz, D. (2007). *Introducción a la medicina legal*. Ediciones Díaz de Santos.
- Diccionario ABC*. (29 de enero de 2017). Obtenido de Diccionario ABC: <http://www.definicionabc.com/salud/paciente.php>
- EcuRed*. (19 de febrero de 2017). Obtenido de EcuRed: <https://www.ecured.cu/Homicidio>
- Fond, E. (1991). *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento penal*. Madrid: La Ley.
- Gallardo, D. (16 de febrero de 2017). *El Deber Objetivo de Cuidado en los Delitos Culposos, en la Legislación Ecuatoriana*. Obtenido de El Deber Objetivo de



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- Cuidado en los Delitos Culposos, en la Legislación Ecuatoriana.:
<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/21981/3/Tesis.pdf>
- García, J. (2010). La Responsabilidad Médica en Materia Civil y Penal. *Revista Jurídica Derecho Ecuador*.
- García, J. (2013). Responsabilidad Médica. *Revista Judicial Derecho Ecuador*.
Obtenido de Derecho Ecuador.
- Gaviláñez, C. (1 de junio de 2011). *Responsabilidad penal en casos de mala práctica médica*. Obtenido de Responsabilidad penal en casos de mala práctica médica:
<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/>
- Gaviláñez, C. (15 de enero de 2017). *El seguro contra la responsabilidad civil del médico*. Obtenido de El seguro contra la responsabilidad civil del médico:
<http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/918/1/99773.pdf>
- Gavilanez, C. (15 de enero de 2017). *Responsabilidad penal en casos de Mala Práctica Médica*. Obtenido de Responsabilidad penal en casos de Mala Práctica Médica: <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/918/1/99773.pdf>
- Homicidio, 17721-2014-1625 (Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. 30 de septiembre de 2014).
- Jurisweb.com, D. &. (12 de marzo de 2017). *Derecho.com & Jurisweb.com*. Obtenido de Teoría del Deber Objetivo de Cuidado:
http://www.derecho.com/c/Teoria_del_deber_objetivo_de_cuidado
- Kvitko, L. A. (19 de diciembre de 2016). *Medicina Legal de Costa Rica*. Obtenido de Medicina legal, peritos y peritaciones:
http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152012000100002
- LARA, F. (1986). *Código de Hammurabi; estudio preliminar, traducción y comentarios*. Madrid: Tecnos.
- Los casos de negligencia médica aumentan ante la falta de legislación*. (27 de mayo de 2012). Obtenido de El Telégrafo:
<http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/13/los-casos-de-negligencia-medica-aumentan-ante-la-falta-de-legislacion>
- Machicado, J. (19 de febrero de 2017). *Apuntes Jurídicos*. Obtenido de Sujeto del Delito: https://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/sujeto-del-delito.html#_Toc263329489
- Magro, V. (2007). *Guía práctica de responsabilidad sanitaria*. Madrid: La Ley.
- Negligencia Médica*. (13 de diciembre de 2016). Obtenido de Negligencia Médica:
<http://espanol.getlegal.com/legal-info-center/negligencia-medica/>
- Negligencia médica, Imprudencia e Impericia*. (13 de diciembre de 2016). Obtenido de Negligencia médica, Imprudencia e Impericia:
<http://www.lexeticablog.com/2014/01/negligencias-m%C3%A9dicas-imprudencias-e-impericias.html>



UNIVERSIDAD DE CUENCA

- Nora, D. L. (26 de septiembre de 2017). *Apuntes Sobre la Responsabilidad Médica Legal y la Mala Praxis*. Obtenido de <http://www.geosalud.com/malpraxis/malapraxis.htm>
- Pasquel, P. D. (2015). La MA la Práctoca Profesional en el COIP. *Derecho Ecuador*. Peculado Culposo, 19499 (Corte Suprema de Justicia 19 de octubre de 2006).
- Pirota, M. (noviembre de 2007). *Sistema Argentino de Información Jurídica*. Obtenido de Responsabilidad Médica:situaciones susceptibles de generar mala praxis y de liberar de responsabilidad.: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf090024-pirota-responsabilidad_medica_situaciones_susceptibles.htm
- Ponce, D. M. (31 de enero de 2017). *Responsabilidad Médica*. Obtenido de Responsabilidad Médica: <http://www.geosalud.com/malpraxis/respmedica.htm>
- PORRAS., J. S. (12 de diciembre de 2016). *El seguro contra la responsabilidad civil del médico*. Obtenido de El seguro contra la responsabilidad civil del médico.: http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-00151999000200006&script=sci_arttext
- Puente, D. (16 de julio de 2015). *Una mujer murió al realizarse una cirugía estética*. Obtenido de El Comercio: <http://www.elcomercio.com/actualidad/muerte-clinica-quito-mala-practica.html>
- RECKOW, V. (19 de diciembre de 2016). *Medicina Forense*. Obtenido de Universidad Católica de Santiago de Guayaquil: <http://www2.ucsg.edu.ec/transparencia-de-la-informacion/519-medicina-forense.html?path=>
- Rodriguez, M. (1999). *Mala Praxis Médica. Responsabilidad penal, civil y administrativa*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Silva, H. S. (12 de diciembre de 2016). *Medicina legal y psiquiatría forense. Psiquiatría forense Tomo II*. Obtenido de Medicina legal y psiquiatría forense. Psiquiatría forense Tomo II.: <https://books.google.com.ec/books?isbn=9561010828>
- Tamayo, D. J. (2007). La relación médico paciente y la mala práctica médica. *Novedades Jurídicas, 2*.
- Ticona, M. E. (04 de mayo de 2017). *Teoría de la Tipicidad*. Obtenido de http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2206_02_ticona_zela.pdf
- UGARTE., E. (12 de diciembre de 2016). *Responsabilidad extracontractual*. Obtenido de Responsabilidad extracontractual: <http://www.u-cursos.cl/derecho/2010/D122A0207/2/material.../292158>
- Vega, H. (04 de mayo de 2017). *El análisis gramatical del tipo penal*. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n29/n29a05.pdf>
- Villamizar., C. (31 de octubre de 2008). *El Valor de los Verbos Rectores en el Tipo Penal*. . Obtenido de <http://cesarvillamizar.blogspot.com/2008/10/el-valor-de-los-verbos-rectores-en-el.html>



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Wierzba, S. M. (9 de septiembre de 2015). La Responsabilidad Médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista de Responsabilidad y Seguros*, 9. Obtenido de <http://www.fmed.uba.ar/depto/medlegnew/cod2.pdf>

Yépes, D. M. (12 de marzo de 2017). *Revista Jurídica Derecho Ecuador.com*. Obtenido de Reparación Integral: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2014/12/08/la-reparacion-integral>