



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Facultad de Jurisprudencia

Carrera de Derecho

TEMA: “Análisis del caso 17294-2017-00979 en relación a la aplicabilidad de la coautoría en el delito de Homicidio Culposos por Mala Práctica Profesional”

**Trabajo de titulación previo a la obtención del
título de Abogado de los Tribunales de Justicia
de la República y Licenciado en Ciencias
Políticas y Sociales**

AUTOR: Erick Miguel Mosquera Polo

C.I.: 0105547152

erickmosquera@gmail.com

TUTOR: Simón Bolívar Valdivieso Vintimilla

C.I.: 0101668374

Cuenca – Ecuador

17 de marzo de 2022



Resumen

El presente estudio de caso tiene como finalidad, analizar el proceso 17294-2017-00979, en donde se sentencia a la abogada administradora y representante legal de la casa de salud, lugar donde se incurre en el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, en grado de coautora; todo esto dentro de un delito que gira en torno al área de experticia médica y en el cual, la causa de muerte no está determinada. En este caso la autopsia correspondiente no se realizó al momento de la muerte, sino a los tres meses posteriores al fallecimiento de la víctima. El análisis del caso conlleva la investigación de la normativa penal ecuatoriana y la doctrina a fin de dilucidar si cabe en este sistema la coautoría dentro de los delitos culposos.

Como resultado, se pudo verificar que en el sistema ecuatoriano cabe esta coautoría dentro de los en delitos culposos, más no en el caso de análisis al no existir certeza de la causa de muerte dentro de las pericias practicadas.

Palabras clave: Homicidio culposo. Mala práctica profesional. Delitos culposos. Coautoría. Derecho penal. Ecuador



Abstract

The purpose of this case analysis is to analyze the process 17294-2017-00979, where the managing attorney and legal representative of the health home are sentenced where the crime of manslaughter due to professional malpractice is committed, to a degree co-author; all this within a crime that revolves around the area of medical expertise and in which the cause of death is not determined since the corresponding autopsy was not performed at the time of death, but three months after the death of the victim. The analysis of the case entails the investigation of Ecuadorian criminal law and the doctrine to elucidate if co-authorship within the criminal offenses fits in this system.

As a result, it was possible to verify that in the Ecuadorian system co-authorship in negligent crimes is possible, but not in the case of analysis, since there is no certainty of the cause of death within the skills practiced.

Keywords: Involuntary manslaughter. Professional malpractice. Involuntary manslaughter. Culpable crimes. Co-authoring. Ecuador.



ÍNDICE

Resumen	1
Abstract.....	2
Keywords: Involuntary manslaughter due to professional malpractice. Involuntary manslaughter. Culpable crimes. Co-authoring. Ecuadorian criminal law.	2
ÍNDICE.....	3
Introducción.....	10
1.1. Delito Culposo.....	12
1.1.1. Conceptos Doctrinarios de Delito Culposo.	12
1.1.2. Concepto de Delito Culposo según el COIP.	14
1.2. Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional.	15
1.2.1. Elementos Constitutivos del Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional.....	17
1.3. Teoría de la Imputación Objetiva.	18
1.3.1. Deber Objetivo de Cuidado.	19
1.3.2. Principio de Confianza.	20
1.3.3. Prohibición de Regreso.....	20
1.3.4. Responsabilidad de la Víctima.	21
1.4. Autoría y Participación.....	21
1.4.1. Participación según el COIP.....	22
1.4.2. Autores según el COIP.....	23



1.4.3.	Diferencias entre Autoría y Coautoría.....	25
1.5.	Concepto de Culpabilidad	25
1.5.1.	Elementos de la Culpabilidad	26
1.5.2.	La Culpabilidad en los Delitos Culposos	27
2.	Capítulo II. Análisis de Caso.....	27
2.1.	Proposiciones o hipótesis de las partes.....	27
2.1.1.	Hipótesis de los accionantes	28
2.1.2.	Hipótesis de la Defensa.	30
3.	Capítulo III. Análisis de las Sentencias Emitidas Dentro del Proceso.	34
3.1.	Sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha.....	34
3.1.1.	Fundamentos principales del fallo.....	73
3.1.2.	Comentario del fallo	74
3.2.	Voto salvado de la sentencia, emitida por el Dr. Luis Gonzalo Fuentes López, miembro del Tribunal de Garantías Penales de Pichincha.	75
3.2.1.	Fundamentos principales del fallo.....	79
3.2.2.	Comentario del fallo.	80
3.3.	Sentencia de Apelación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.	80
3.4.	Fundamentación de los Recurrentes.....	83
3.4.1.	Exposición de los sentenciados recurrentes.....	83
3.5.	Consideraciones y Fundamentos del Tribunal de Sala.....	88
3.5.1.	Del recurso de apelación.....	89



3.6.	Marco conceptual y legal respecto a la prueba.....	90
3.6.1.	Homicidio culposo por mala práctica profesional.....	91
3.7.	Análisis de los puntos controvertidos.....	91
3.7.1.	Respecto de la sentenciada recurrente, abogada c.....	91
3.8.	Decisión.....	93
3.8.1.	Fundamentos principales del fallo.....	94
3.8.2.	Comentario del fallo.....	95
3.9.	Inadmisión del Recurso de Casación por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia.....	95
3.9.1.	Fundamentos principales de la inadmisión de Casación.....	104
3.9.2.	Comentario del fallo.....	105
4.	Desarrollo metodológico.....	106
4.1.	Entrevistas.....	106
4.2.	Conclusiones.....	123
4.3.	Recomendaciones.....	125
5.	Referencias.....	126

Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

Erick Miguel Mosquera Polo en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación "Análisis del caso 17294-2017-00979 en relación a la aplicabilidad de la coautoría en el delito de Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional", 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, 17 de marzo de 2022



Erick Miguel Mosquera Polo

C.I: 010554715-2

Cláusula de Propiedad Intelectual

Erick Miguel Mosquera Polo, autor del trabajo de titulación "Análisis del caso 17294-2017-00979 en relación a la aplicabilidad de la coautoría en el delito de Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuenca, 17 de marzo de 2022



Erick Miguel Mosquera Polo

C.I: 010554715-2



Dedicatoria

Quiero dedicar este trabajo en primer lugar a mis padres Elenita y Pepe, quienes son y han sido la piedra fundamental en mi vida; quienes han auspiciado sentimental y materialmente todos estos años sin medida ni descanso, la consecución de este trabajo es una pequeña retribución a lo invertido en toda su vida de padres.

En segundo lugar, quiero dedicar este trabajo a una persona muy especial, Eddy Mosquera, a quien cuando conocí era un adulto más y poco a poco se convirtió no solo en un tío, sino en un entrañable amigo, quien me enseñó muchas de las lecciones más importantes que aprendido hasta ahora. Agradezco a la vida cada una de las largas conversaciones y experiencias que tuvimos. Te estoy extrañando mucho.

Por último a mi familia, a ese bonito vínculo que me ha mostrado que la sangre es solo material y que familia en realidad son todos aquellos con el que desarrollas un afecto sincero e irrepetible sin importar de donde vengas, a ustedes este logro con todo mi
cariño.¹⁸⁶



Agradecimiento

A la Universidad de Cuenca, a la Facultad de Jurisprudencia con su cuerpo docente y administrativo y a la sociedad ecuatoriana quienes han patrocinado esta carrera que con este trabajo inicia, espero retribuir de la misma manera para ellos y las siguientes generaciones.

Quiero hacer una mención especial al director de este trabajo Dr. Simón Valdivieso Vintimilla, quien con cada clase, lección y consejo dio gala de su excelente profesionalidad, conocimiento y empatía; ha sido un honor para mí ser su alumno.



Introducción

El Código Orgánico Integral Penal de la República del Ecuador es el instrumento jurídico de regulación sobre delitos culposos dentro del sistema penal ecuatoriano. En virtud de aquello, el análisis versará sobre todo lo correspondiente a delitos culposos que encontrarán nexo con un caso específico seleccionado. Esto anterior, a la luz de la Teoría General del Delito y su doctrina, siendo un pilar clave y fundamental para el análisis. Es imperativo señalar que, al abordar tipos penales, el análisis en coordenadas de la casuística nos proporciona no sólo un mejor entendimiento de los mismos, sino una comprensión reflexiva y crítica al respecto.

En el primer capítulo de esta investigación, analizaremos desde lo que establece la normativa penal ecuatoriana y la doctrina al respecto, lo referido a la generalidad de los delitos culposos, donde posteriormente revisamos la estructura del tipo penal homicidio culposo y los elementos fundamentales que se constituyen lo que definiremos como mala práctica profesional. Así mismo, es menester de esta primera parte abordar la imputación objetiva, es decir, la valoración jurídica del riesgo y aquella conducta que materializa el delito deviniendo en un resultado, el cual posee grados de participación y una diferenciación fundamental entre autoría y coautoría en materia de delitos. Otra distinción importante parte de los elementos de la culpabilidad en aras de los delitos culposos.

Dentro del segundo capítulo, nos adentramos al caso seleccionado y la teoría del caso que presenta cada una de las partes involucradas, es decir, aquí se hace referencia las sentencias que se desarrollaron, a partir de la premisa, homicidio culposo por mala práctica profesional. Se pretende entender la aplicación de la coautoría en este tipo de



delitos. El análisis que se hace en esta investigación, se desarrolla en torno a la legislación del Ecuador, entendiendo que este caso procedería siempre y cuando se establezcan con exactitud las causas de muerte. En este capítulo se explica cómo el proceso va girando en torno a muchas causales, pero principalmente se puede entrever la causa de no esclarecimiento previo de las causas de la muerte. Recordemos que para sentenciar a alguien por un delito de homicidio culposo por mala práctica, el COIP, exige este “requisito” para atribuir responsabilidad para una efectiva toma de decisiones.

En el tercer capítulo, se analizan las sentencias emitidas dentro del caso con los respectivos argumentos con los que la abogada sentenciada es procesada. Es así que en un primer momento El Tribunal de Garantías penales de Pichincha versa su sentencia en base a inculpabilidad solidaria e integral, no obstante esta decisión no establece de manera objetiva con qué acciones cada uno de los implicados incurren, aunque finalmente toda la culpabilidad recae en la abogada al argumentar que ella debió cumplir con ciertas exigencias en lo que a normativas para clínicas de tercer nivel refiere, cuando la clínica en la que ella administraba era de segundo nivel. En un segundo momento tenemos al Voto Salvado del Tribunal de Garantías Penales, en el que el juez establece la inocencia de la abogada debido a que la práctica médica per se, no fue realizada por ella, en todo caso la responsabilidad en esta instancia recae en el personal de salud. Y en un tercer momento tenemos que en la sentencia de La Sala Especializada de lo Penal de La Corte Provincial de Justicia de Pichincha, se debaten dos puntos. Por un lado se analiza si la formulación de cargos se lo hace contra una persona jurídica o natural y por otro lado se determina una falencia enorme y es que, se argumenta que la abogada tenía la responsabilidad de autorizar las prácticas médicas, debido a que esa sería una de sus funciones como administradora del lugar, calificándolo como un hecho evidente e incuestionable y esa es



toda la argumentación que utilizan, incumpléndose con la exigibilidad de parámetros constitucionales de argumentación para que una sentencia sea válida.

Finalmente en el cuarto capítulo, se realiza la entrevista a: un Juez de la Unidad de tránsito de Cuenca, a un Fiscal de Cuenca y un abogado penalista en libre ejercicio profesional. La puesta en escena de sus criterios es lo que ahondará y enriquecerá a las conclusiones de este estudio de caso, puesto que el discurso de los expertos, se enfoca en si es pertinente, en este caso, hablar de una coautoría por homicidio culposo por mala práctica médica.

1. Capítulo I. Marco Teórico.

1.1. Delito Culposo.

1.1.1. Conceptos Doctrinarios de Delito Culposo.

Tradicionalmente se ha entendido la culpa como una forma de comportamiento, esto es actuar con imprudencia, impericia, negligencia e inobservancia de las leyes y reglamentos (Figuroa Hurtado, 2018).

La punición del autor por culpa no depende solo, según este criterio, de que la acción haya determinado la aparición del resultado típico previsible y evitable para el sujeto, sino de una característica adicional, consistente en la infracción de un deber general de cuidado, impuesto por el ordenamiento jurídico en la realización de acciones peligrosas para determinados bienes jurídicamente protegidos (Torio López, 1974).



La culpa solo merece castigo cuando el cuidado incompetente por el que se viola la obligación de cuidado contesta a defectos de la conducta interna; o dicho de otra forma, cuando proviene de la decadencia funcional del sentimiento valorativo de la ley (Granizo Chavez, 2015).

Con frecuencia la doctrina se pronuncia acerca de si es o no posible la intervención de varios sujetos en un hecho culposo, pero las conclusiones a que se llega discurren sobre la base de enfocar esta cuestión sólo en relación con la autoría y/ o con la participación, excluyéndose un pronunciamiento directo sobre el encubrimiento, el cual recibe una u otra solución, recurriéndose al arbitrio de invocar a veces su calidad de figura autónoma y en otras, su condición ficta de figura dependiente (como lo es la participación en sentido propio) (Solari Peralta & Rodríguez Collao, 2010).

La regulación normativa del delito imprudente o culpa

Según Donna (2012), al menos existen tres sistemas para establecer el modo de regulación normativa de la imprudencia, comprendiendo que en el Código Orgánico Integral Penal, esta imprudencia se encuentra conceptualizada como culpa.

El primero se caracteriza por una extensa regulación de todos los tipos de delitos penales, como un modo de responsabilidad genérico de Numerus Apertus, es decir, un sistema abierto, que predice la realización imprudente de todos los tipos de delitos criminales junto con el dolo (Donna E. , 2012).

El segundo se encuentra configurado por la previsión legal imprudente, solo en la parte especial de los códigos penales, sin referirse a él en la parte general, lo que hace que su aplicación sea restrictiva solo para los tipos penales que lo consagren. Esta modalidad se ejemplifica por el código penal alemán, argentino y español, entre otros. (Donna E. , 2012; Espín, 2016).



Por último, el tercer sistema de regulación concurrente en la parte general y especial de la ley penal sustantiva, lo que hace su aplicación un régimen excepcional Numerus Clausus (Donna E. , 2012).

La legislación ecuatoriana, en relación con la regulación de imprudencia, se define por el tercer sistema descrito anteriormente. Tanto el Código Penal de 1971, ahora derogado, y el Código Orgánico Integral Penal aprobado en 2014 proporcionan, en la parte general y en la parte especial, el régimen de imprudencia. Sin embargo, la diferencia radica en el hecho de que Código Penal extinto, en su parte general, solo definió la infracción culposa sin más precisión en cuanto a su alcance, mientras que el actual COIP no solo define la culpa, sino que también condiciona su punibilidad y su tipificación como un delito en la parte especial (Espín, 2016).

1.1.2. Concepto de Delito Culposo según el COIP.

La legislación penal del Ecuador, vigente hasta antes de 2014, era de corte causalista, esto es, miraba exclusivamente la relación naturalística del nexo causal como la única determinante para establecer una imputación penal, y ello se hacía bajo el recorrido de la estructura tradicional de los diversos estamentos de la teoría del delito, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (Matías, 2017). Es necesario enfatizar que la concepción de la culpa históricamente se ha basado en la estructura tradicional de la constitución debido a la negligencia, la inexperiencia, la no observancia de la ley o las regulaciones; no obstante, en el COIP, se adapta una estructura basada en la violación del deber objetivo del cuidado (Espín, 2016).

En el artículo 25 del Código Orgánico Integral Penal (2014), habla sobre la tipicidad de los tipos de delitos:



Art. 25.- Tipicidad. - Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes.

En consecuencia, de lo antes señalado, en el artículo 27 del mismo código, se tipifica el delito culposo (Código Orgánico Integral Penal, 2014):

Art. 27.- Culpa. - Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código.

1.2. Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 66 numeral garantiza la inviolabilidad de la vida de sus habitantes (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008):

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte.

Consecuentemente a esto, es válido mencionar que, los médicos, como cualquier otro tipo de profesional, han de estar sometidos al imperio de la Ley. Lo contrario, supondría un privilegio contrario al principio de no discriminación consagrado en la Constitución. La oposición con referente a otras profesiones, es que, la del galeno gira en torno a uno de los valores fundamentales del individuo, la salud. De allí, que todos los ordenamientos jurídicos presten una particular atención al amparo de ese derecho. (Portero Lazcano, 2001).



La mala práctica médica nace en la correspondencia entre médico y paciente. El profesional presta un servicio, y puede hacerlo en modo defectuoso o producir daños al paciente. La mala praxis se da cuando, las acciones de un profesional con imprudencia o negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, provoquen un daño en el cuerpo o en la salud de su paciente, sea el daño parcial o total (Gavilanes Játiva, 2011).

El homicidio por mala práctica profesional se encuentra tipificado en el artículo 146 del (Código Orgánico Integral Penal, 2014):

Art. 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional. - La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la 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.

Además, la Corte Nacional de Justicia, en la Resolución No. 1, publicada en Registro Oficial Suplemento 246 de 15 de mayo del 2014, dictamina el alcance del citado artículo 146, que se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado por la concurrencia de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

1.2.1. Elementos Constitutivos del Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional.

Es importante mencionar los siguientes elementos constitutivos, pues como se observará a continuación, existen varias formas en que se dé una mala práctica médica.

El autor debe ser médico

La acción u omisión que produce el daño debe pertenecer al trabajo profesional. Si un paciente es dañado por golpes o armas usadas por un galeno, no existe un delito de mala práctica, sino un delito normal de lesiones (Santamaría Navarrete, 2014).

Relación médico paciente

Debe existir una relación médico paciente real que haya permitido realizar el trabajo profesional (Santamaría Navarrete, 2014).

Daño provocado por la actuación médica

Que la acción médica haya provocado, al no hacerse de forma apropiada, el daño en el paciente. En este daño no debe haber interferido el paciente, en otras palabras, si el



paciente fue quien ya no consumió los medicamentos necesarios y fallece, ya no existe una responsabilidad del médico de una mala práctica (Santamaría Navarrete, 2014).

Daño derivado del accionar del trabajador de la salud

El daño debe derivar de la manera imprudente de actuar del médico, ya sea por negligencia, impericia o imprudencia. Infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión. Ocasionar la muerte o lesiones. Realizar acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión. La consecuencia dañosa debe provenir claramente de la infracción a la obligación objetiva de cuidado (Santamaría Navarrete, 2014).

1.3. Teoría de la Imputación Objetiva.

Los inicios de la doctrina de “imputación objetiva” suelen situarse en los años 30, en las obras de Larenz (1928) y Honig (1930). Larenz se remonta a Hegel para afrontar el estudio de la imputación, que radica en la liberación. La doctrina de Hegel referente a la acción humana, la moralidad, había sido materia de acción ya en una sucesión de autores del siglo XIX calificados como hegelianos. Lapsó después ya en el siglo XX Honig propuso dependerse del naturalismo de la causalidad meramente empírica, para proporcionar acceso a criterios valorativos. Enlazaría, de esta forma, con los mejores esfuerzos del neokantismo, que acertó en él, procedimiento a seguir, aunque quedara truncado en los resultados (Granizo Chavez, 2015).

La teoría de la imputación objetiva se presenta como unidad nuclear de las corrientes jurídico-penales denominadas funcionalistas, que en su intención de conformar un sistema de imputación penal expropiado del contenido naturalístico conforme de las corrientes causalista y finalista, lo edifican sobre el cimiento de consideraciones de



carácter social, tendiendo a la normativización de los conceptos fundamentales de la dogmática penal. En su formulación más extendida, para que un efecto sea objetivamente imputable a una conducta, se requiere, -aparte de una relación causal científico naturalmente constatable-, que esta conducta haya elaborado un riesgo jurídicamente no permitido, que sea el que se realiza en la consecuencia, perteneciendo la consecuencia pasada al ámbito de amparo de la norma vulnerada; es decir, que fuera uno de los que dicha norma estuviera llamada a esquivar (Dal Donoso, 2011).

1.3.1. Deber Objetivo de Cuidado.

La sociedad actual ha ido evolucionando en forma significativa, producto de las transformaciones socio-económicas que dan cabida a una sociedad post-industrial, que ha facilitado tremendamente la vida del hombre, empero, estas nuevas actividades generan un efecto dual, es decir no solo se genera un beneficio para el hombre, sino también ocasionan peligros para los bienes jurídicos más importantes (Aguilar Caivinagua, 2016).

Dicho así la sociedad moderna se ha caracterizado por evitar aquellas conductas que provienen de un “riesgo no permitido”, al infringir “normas de cuidado” orientadas esencialmente a impedir la afectación de los “bienes protegidos” por el Derecho, en tal virtud, los elementos compondores de los delitos imprudentes son el “riesgo no permitido”, la “infracción de las normas de cuidado” y la afectación a “bienes protegidos”, que tiene una mayor incidencia en materia de tránsito y en el campo de la medicina con la intervenciones quirúrgicas riesgosas (Aguilar Caivinagua, 2016).

En esencia el ilícito de tránsito es el típico delito culposo puesto que la culpa hace referencia al “deber de cuidado”, en los cuales su principal característica es que existe ausencia de dolo porque el motivo del autor del hecho culposo no apuntó con terminar la vida de un semejante (fin), pero si existió falta de previsión. Así que estas consecuencias



lesivas se producen a partir de determinadas infracciones, que en este ámbito se centran en una violación al deber objetivo de cuidado (Aguilar Caivinagua, 2016).

1.3.2. Principio de Confianza.

El principio de confianza es un principio de creación jurisprudencial que surgió en Alemania, a mediados del pasado siglo XX, para limitar la responsabilidad por imprudencia en el ámbito del tráfico viario (Maraver Gómez, 2007).

Las ventajas de la división del trabajo para un adecuado diagnóstico y tratamiento son indiscutibles, al permitir aprovechar los conocimientos y experiencias de sujetos altamente especializados en distintas áreas. Sin embargo, la división de labores también puede generar importantes riesgos para el paciente, derivados de una falta de coordinación al interior del equipo médico, de errores de comunicación entre sus integrantes, de una delegación de tareas a personas no suficientemente calificadas, etcétera. Tales peligros pueden realizarse en un resultado lesivo, lo que permitirá, dado el caso, fundar una responsabilidad penal a título de homicidio o lesiones imprudentes (Contreras Chaimovich, 2019), o como en el caso de estudio, homicidio culposo por mala práctica médica.

1.3.3. Prohibición de Regreso.

La Prohibición de Regreso que Jakobs propone se resume en la frase: “no todo es asunto de todos”. En palabras muy simples: no todas las personas somos responsables penalmente de cuanto delito llegue a nuestro conocimiento (Parma, 2006).

Para Jakobs, “quien realiza actos ejecutivos no sólo ejecuta su propio hecho, sino el hecho de todos, en cuyo caso la ejecución es al mismo tiempo su propio delito y también el injusto de cada uno de los participantes” (más respondiendo cada uno de su propio delito).



Es necesario precisar que para Jakobs la consumación del delito es propia cuando exista una razón para imputar como propio lo sucedido, lo que en la praxis acaece cuando una persona competente se organiza de forma tal, que lo organizado tenga objetivamente un sentido delictivo. Para ello, tanto las intenciones (dolo) como los conocimientos (saber) de quien realiza la aportación son irrelevantes (Ananías Zaror, 2010).

1.3.4. Responsabilidad de la Víctima.

La competencia por el riesgo prohibido no debe corresponderle al titular del ámbito de organización del que se deriva fácticamente el riesgo prohibido, sino que puede recaer también sobre terceros (principio de confianza y prohibición de regreso) o puede ser incluso atribuida a la propia víctima (ámbito de responsabilidad de la víctima). Si no es posible afirmar la competencia jurídico penal de alguna persona, entonces cabrá tratar el hecho simplemente como infortunio (García Percy, 2012, pp. 418).

1.4. Autoría y Participación

Los conceptos de autor que se han mantenido o que se utilizan pueden reducirse a tres: unitario, extenso y restrictivo. El concepto unitario de autor renuncia a realizar una diferenciación entre los autores y los participantes. En su versión clásica o formal, cada participante es un autor porque hace una contribución causal al delito. En su versión más moderna o funcional, renuncia a una base causal, distingue entre diferentes formas de autoría o, si lo hará, de intervención, y su característica más distintiva es que no hay relación de accesoria entre uno u otro participante (Díaz y García, 2008).

El concepto extenso de autor, que suele identificarse con las teorías subjetivas, aunque también se ha defendido desde teorías objetivas, parte de la misma premisa que el concepto unitario: todo participante es un autor, pero, en vista de que muchos códigos penales contienen preceptos específicos dedicados a formas de participación distintas de



la perpetración, se reconoce la necesidad de distinguir entre perpetración y participación y, a menudo, se admite el carácter accesorio de la participación, traicionando así, en gran medida, el punto de partida del concepto (Jiménez, 2015).

El concepto restrictivo de autor es el que, al menos desde el punto de vista de las declaraciones de principios, es defendido prácticamente por unanimidad por la doctrina y también por la jurisprudencia, a pesar de que hoy son sentencias que apuntan más en la dirección de un concepto unitario de autor (Jiménez, 2015).

La participación es el tema que, junto con la autoría, necesariamente debe ser estudiado cuando se trata de codeincuencia. En el tema dedicado a la autoría ya se han analizado algunas cuestiones relacionadas con la participación, como su distinción de la autoría, la relacionada con la participación imprudente o el régimen especial de autoría y participación en delitos cometidos por medios mecánicos o medios de comunicación, en los que no se insistirá aquí (Díaz y García, 2008).

1.4.1. Participación según el COIP

En el Código Orgánico Integral Penal, la participación se encuentra prevista en el artículo 41, el cual menciona lo siguiente (Código Orgánico Integral Penal, 2014):

Artículo 41.- Participación.- Las personas participan en la infracción como autores o cómplices.

Las circunstancias o condiciones que limitan o agravan la responsabilidad penal de una autora, de un autor o cómplice no influyen en la situación jurídica de los demás partícipes en la infracción penal.



1.4.2. Autores según el COIP

El autor es la figura central de la ocurrencia criminal, ya que es él de quien se hace la imputación subjetiva más grave, por lo que decide libremente la realización del tipo criminal, dañando el derecho legal protegido (Guzmán, 2018). En el Código Orgánico Integral Penal, específicamente en el art. 42, que divide la autoría en tres modalidades: autoría directa, autoría mediata y la coautoría (Código Orgánico Integral Penal, 2014):

Artículo 42.- Autores.- Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades:

Autoría Directa

El autor directo o inmediato es el que ejecuta el acto criminal, ya sea en parte o en su totalidad. Con respecto a la persona que ejecuta personalmente todo lo que la demanda del precepto. La doctrina de la mayoría sostiene que el castigo se basa en el tipo penal, sin que sea necesario recurrir a las hipótesis de los códigos penales (Rodríguez & Polanco, 2015).

En el Código Orgánico Integral Penal, la autoría directa está tipificada en el numeral primero del artículo 42 (Código Orgánico Integral Penal, 2014):

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.

Autoría Mediata

En la autoría mediata clásica el sujeto de atrás pone en marcha un proceso lesivo del bien jurídico cuya realización material depende de un sujeto no responsable, por lo que el



sujeto de atrás es el único que realiza un tipo doloso. En la autoría mediata con sujeto responsable, también conocida como autor detrás del autor, se pone en marcha un proceso lesivo del bien jurídico cuya materialización queda en manos de un sujeto que sí es responsable, por lo que tanto el sujeto de atrás como el autor material son autores dolosos del hecho delictivo (Benavides, 2016).

En el Código Orgánico Integral Penal, este tipo de autoría se encuentra previsto en el numeral 2 del artículo 42 (Código Orgánico Integral Penal, 2014):

2. Autoría mediata:

- a) Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión.
- b) Quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto.
- c) Quienes, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.
- d) Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva.

Coautoría

La coautoría es una forma de autoría, en donde, por un lado, presupone una estructura horizontal, en el sentido de actividades equivalentes y simultáneas y, por otro lado, implica una interdependencia recíproca entre los participantes. Por lo tanto, uno es un



coautor cuando "domina junto con otros el curso de los eventos". Siendo esta la definición adoptada por la mayoría de la jurisprudencia y la doctrina. (Rosales, 2012).

La coautoría se encuentra prevista en el Código Orgánico Integral Penal en el numeral 3 del artículo 42 (Código Orgánico Integral Penal, 2014):

3. Coautoría: Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción.

1.4.3. Diferencias entre Autoría y Coautoría

Se considera que, tiene razón el sector doctrinal cuando afirma que no es posible ser, a la vez, el autor principal de un delito y el instrumento en manos del autor mediato. Sin embargo, la equivocación es, querer resolver la viabilidad de la autoría, precisamente a través de la institución de la autoría mediata, cuando se ha de tratar como un caso de coautoría inmediata, esto es, considerando que dos o más sujetos pueden ser autores a la vez sin necesidad de acudir a la vía de la autoría mediata (Quintero, 2018).

1.5. Concepto de Culpabilidad

La culpabilidad penal no significa nada más que el propio injusto penal, si se define en el sentido del principio de culpabilidad por el hecho como una perturbación social que debe ser compensada por el castigo. Cualquier otra definición sería inaceptable, ya que la retribución de la culpa no puede legitimarse per se sin ninguna función social. Pretender calificar como "culpa" a la entidad rudimentaria de que los dogmáticos predominantes se diferencian de lo injusto en forma de una etapa independiente del delito y que considera una base independiente de castigo y, además, un objeto de retribución criminal, que sirve para devaluar al autor, pero que, de otro modo, carece de cualquier propósito y función, esto simplemente supone una venganza primitiva. En consecuencia, la culpabilidad



siempre es culpabilidad por el acto y no la culpa del autor, es decir, no es importante una formación errónea de la voluntad, ni un "control de los impulsos internos", ni un proceso defectuoso de la motivación, ni una actitud subjetiva o postura del perpetrador hacia la ley digna de devaluación, es decir, no es un déficit de actitud legal o fidelidad a la ley, sino se trata de una realización errónea de la voluntad que es de interés (Hartmut, 2000).

1.5.1. Elementos de la Culpabilidad

El primer elemento a analizarse es la capacidad de la culpabilidad, la cual, significa entender el injusto penal y la capacidad del autor para establecer su voluntad de acuerdo con su comprensión de lo injusto, lo que es importante aquí es la capacidad de entender lo injusto, la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión, entender que su acción viola las reglas, es decir, un conocimiento de la ilegalidad. Por lo tanto la posibilidad de conocimiento de la ilegalidad y la exigibilidad de otra circunstancia de conducta, excluiría el reproche de culpabilidad (Aguirre, 2008).

El segundo elemento estructural de la culpabilidad a analizar, es la posibilidad de conciencia de la ilicitud, es decir, poseer la posibilidad de saber que el acto es punible, pero no necesariamente el conocimiento de la severidad de la pena. Será suficiente que el autor sepa que el acto se encuentra amenazado por una sanción, lo relevante es que, se conoce la desaprobación legal penal que depende de la punibilidad, y no sobre la severidad de la pena (Aguirre, 2008).

El tercer elemento estructural de la culpabilidad es la exigibilidad, la cual señala que para increpar al autor por una determinada conducta, se requiere que este tenga un grado de capacidad psíquica, en la que pueda actuar libremente, es decir, bajo el alcance de su autodeterminación. Esta capacidad psíquica debiese permitir que el sujeto comprenda la ilicitud de lo que estaba haciendo en esa situación específica, y debe haber sido posible adaptar su conducta de acuerdo con esta comprensión del ilícito (Zaffaroni, 1986). Si falta



la capacidad de entender la ilegalidad, la culpabilidad, faltará la ausencia de la capacidad requerida para comprender lo que es injusto; esto significará, la falta de autodeterminación del sujeto, que puede deberse a una incapacidad psíquica (Aguirre, 2008).

1.5.2. La Culpabilidad en los Delitos Culposos

Por razones antes mencionadas, es difícil establecer una relación de culpabilidad en los delitos culposos, ya que es posible explicar que los delitos culposos son castigados con una pena más baja que los crímenes intencionales sin la necesidad de recurrir al principio de culpabilidad, solo asistir a los fines preventivos de la sanción, donde la exclusión de la culpabilidad como base y límite de la pena es un requisito de la racionalización del derecho penal (Cerezo Mir, 1980).

Tampoco es posible explicar el menor castigo de los delitos culposos en relación con los delitos dolosos; desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial. Los delitos culposos son mucho más frecuentes y podría considerarse, por lo tanto, necesarios para castigarlos con una mayor pena que los delitos dolosos correspondientes (Cerezo Mir, 1980).

2. Capítulo II. Análisis de Caso.

2.1. Propositiones o hipótesis de las partes

Las proposiciones que se presenta a continuación, fueron las expuestas por los involucrados del caso 17294-2017-00979 en relación a la aplicabilidad de la coautoría en el delito de Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional.



2.1.1. Hipótesis de los accionantes

Hipótesis de Fiscalía.

La abogada representante de la Fiscalía manifestó que, el quince de julio del dos mil dieciséis, la PACIENTE M.C., asistió a la CLÍNICA S.G. para someterse a una operación quirúrgica de tipo estética, esto es, una micro liposucción más aumento de glúteos y mamas. Esta intervención médica iba a realizarse con su doctor de confianza, el MÉDICO A., sin embargo, fue operada por el MÉDICO B., en la CLÍNICA S.G. de la cual, la ABOGADA C., es su representante legal.

La paciente ingresó a esta casa de salud 07H00, aproximadamente, y, al finalizar la cirugía, la PACIENTE M.C., presentó fibrilación ventricular, razón por la cual tuvo que ser trasladada a la CLÍNICA N., específicamente a la unidad de terapia intensiva, porque no se disponía de este tipo de unidad en la CLÍNICA S.G.; en la CLÍNICA N. se realizaron procedimientos tendientes a salvar la vida de la paciente; sin embargo, la paciente falleció al siguiente día, dieciséis de julio de 2016, aproximadamente a las 06H45, esto en virtud de un shock séptico generalizado, a sus veinte años de edad, habiéndose establecido que, el doctor MÉDICO B., fue quien le intervino quirúrgicamente, mientras que el doctor MÉDICO A., que era su médico de confianza, ofertó la cirugía, pero no la realizó.

Para la Fiscalía, los médicos adecúan su conducta a lo determinado en el artículo 42, numeral 1, literal b); y la representante legal de la Clínica SG donde se realizó la operación, adecuó su conducta en lo establecido en el artículo 42, numeral 3 del Código



Orgánico Integral Penal, todos ellos bajo delito que se encuentra descrito en el artículo 146 inciso primero, del invocado cuerpo legal, esto es, homicidio culposo por mala práctica profesional, habiendo prometido demostrar con prueba pericial, testimonial y documental.

Hipótesis de Acusación Particular.

La acusación particular establece que el cinco de julio del 2016, la madre de la PACIENTE M.C., toma contacto telefónico con el doctor MÉDICO A, a efecto de poder pactar una cita para que sea intervenida su hija, quien deseaba realizarse una liposucción más traspaso de grasa a glúteos.

El día seis de julio se realizó una visita cuya revisión la realizó el doctor MÉDICO A., de forma personal y directa para ordenar exámenes de laboratorio que fueron realizados en el Hospital V., mismos que fueron verificados por el mismo galeno.

El trece de julio del dos mil dieciséis la madre se contactó vía correo y WhatsApp con el doctor MÉDICO A., para la cirugía recalando que la persona que escogió el lugar en donde se realizaría la intervención fue el mismo MÉDICO A.

Finalmente establece que el quince de julio del dos mil dieciséis, aproximadamente, a las 07H00 ingresó la PACIENTE M.C., en compañía de su madre y, se constata que la cirugía se realizó, señalando además, que el procedimiento estaba a



cargo el doctor MÉDICO B., y que no se explicó por parte del médico tratante las condiciones propias de la cirugía; que no se llenó el consentimiento informado; de esta manera se concluye que, no es la primera vez que incurren los médicos en este delito.

Manifiesta también, que de esta manera, se trasgrede el deber objetivo de cuidado por el cual estaba obligada la representante legal de la clínica; que el doctor MÉDICO A., reclutó a la paciente, utilizando la salud como un acto de comercio, bien jurídico protegido que finalmente fue lesionado. Indica que el doctor MÉDICO A., no es cirujano estético sino que ostenta título de tercer nivel como cirujano general y que como una suerte de lotería, los doctores se sortean los pacientes que van a intervenir quirúrgicamente.

Termina por indicar que la cirugía era innecesaria, ya que la paciente pesaba, noventa y cuatro libras; por lo que la representante legal de la clínica faltó a su deber de cuidado, es decir, ella no debió permitir que se realice una cirugía innecesaria y menos de esta naturaleza por ser la clínica SG un hospital básico, además ella permite actuar a un equipo de trabajo con auxiliares y personas no calificadas para el efecto.

2.1.2. Hipótesis de la Defensa.

Hipótesis del Procesado MÉDICO A.



La defensa técnica del procesado manifestó que el dieciséis de julio de dos mil dieciséis, aproximadamente a las 07H00, fallece la PACIENTE M.C., en CLÍNICA N., luego de que fue trasladada el quince de julio del dos mil dieciséis, a las 10H45 desde la CLÍNICA S.G., por consejo y sugerencia del intensivista de la misma CLÍNICA N., con el conocimiento de los familiares de la paciente, establece que la paciente estuvo en la CLÍNICA S.G. en una cirugía plástica ambulatoria que refiere a lipoescultura e inyección de grasa en glúteos, que en dicha cirugía, el doctor MÉDICO A., no estuvo presente, por lo que no podrá probarse los elementos objetivos del tipo penal; verbos rectores, infracción al deber de cuidado. Que no está establecida a determinadamente cual es la causa de muerte ya que la única prueba que demuestra esto es la autopsia, pericia que nunca se realizó.

Hipótesis del Procesado MÉDICO B.

La defensa técnica del procesado indica que no existe ningún vínculo que sea imputable al doctor MÉDICO B., en la complicación post quirúrgica de la que derivó el fallecimiento de la PACIENTE M.C., ya que la investigación fiscal está basada en supuestos, en teorías no comprobadas, en hechos médicos imposibles de ocurrir en la vida real, dado que la causa de muerte de la PACIENTE M.C., no ocurrió de ninguna manera en vista de esto, no hay forma de que la fiscalía pueda probar tal aserto, y señala que lamentablemente en toda la extensión de la investigación no se determina bajo ninguna pericia o estudio la causa de muerte por la falta de la autopsia oportunamente realizada. Señala que esta pericia debía realizarse en el cadáver fresco y que fue impedida por el propio padre acusador particular, realizándose casi tres o cuatro meses después, sobre un



cadáver que estaba ya en estado de descomposición y que no aportó en nada a establecer la causa de muerte.

Hipótesis de la Procesada ABOGADA C.

La defensa técnica de la procesada manifestó que a las 07H45 del quince de julio del dos mil dieciséis, la PACIENTE M.C., en compañía de su madre, por sus propios medios, consciente, orientada en el tiempo y espacio, ingresó a la CLÍNICA S.G., fue recibida por los funcionarios de la clínica y una vez ingresada pasó a la habitación donde fue atendida por el médico residente de la clínica, que el quirófano fue solicitado por la asistente del MÉDICO A., Que el médico tratante según consta en la historia clínica, fue el doctor MÉDICO A., y el equipo quirúrgico que operó a la paciente, fue el siguiente: doctor MÉDICO B. especialista en cirugía plástica y reconstructiva, doctora MÉDICO C., especialista en anestesiología y en calidad de enfermera la CIUDADANA X. La cirugía empezó a las 08H30 y a las 08H45, durante la inducción del anestésico la paciente mantuvo estabilidad hemodinámica, sin embargo terminada la cirugía se procedió a suministrar un miligramo de atropina, 2.5 de miligramos de neostinina, momento en el cual se detectó en el monitor el incremento súbito de frecuencia cardíaca, hasta llegar a fibrilación ventricular, en forma inmediata se pone la alarma, se solicita ayuda y se suministra 60 gramos de lidocaína, 2% epinefrina luego de lo cual revirtió la fibrilación, es decir, dejó de fibrilar y recuperó el ritmo normal y presión arterial de 105, se mantuvo en observación y a los cinco minutos nuevamente a presentó el mismo episodio súbito de fibrilación, la que se revierte con la misma dosis de lidocaína y se inicia goteo lento de lidocaína, se administra amidogona en 20 centímetros cúbicos de solución salina y a los quince minutos del último evento se vuelve a presentar disminución de frecuencia



cardíaca acompañada de saturación más signos evidentes de hipopercusión, con lo cual se inició inmediatamente maniobras de resucitación más masaje cardíaco durante treinta segundos se suministró epinefrina, un miligramo o cuarto, se revirtió el paro, el ritmo sinusal de la paciente estaba retardado con taquicardias 150 por minuto tensión arterial de 180 a 110, para esto el equipo quirúrgico solicitó el apoyo de un médico intensivista, diez minutos más tarde se presenta en la paciente signos de edema agudo de pulmón, secreción salmonada, 0.2%, 84% de presión arterial no perceptible, pulso no perceptible, ante lo cual se vuelve a administrar epinefrina un miligramo y de forma inmediata recuperó el ritmo cardiovascular se inicia inclusión de menorperinofrina y dos ampollas de cien centímetros cúbicos de solución salina más bicarbonato de cincuenta miligramos, todo este paro duró aproximadamente treinta minutos, entre las diez y quince y las diez y treinta de la mañana llegó el MÉDICO D. a la CLÍNICA S.G., era intensivista llamado por la clínica y este profesional decidió efectivamente el traslado de la paciente una vez estabilizada, a la unidad de cuidados intensivos de la CLÍNICA N., solicitó la ambulancia donde se vuelve a repetir el episodio de fibrilación durante tres ocasiones, alrededor de las 17H00, la paciente estuvo extubada, tenía conciencia, tenía pulso normal, le sacaron el tubo e inclusive pudo comunicarse con sus familiares; sin embargo, en la noche repitió el episodio de fibrilación del cual ya no pudo salir y a las 05H00 del 16 de julio del 2016 hace un shock séptico incierto. Señala que los médicos presumen que podría tratarse de un shock séptico producto de una bacteria, mandan a hacer exámenes de cultivo a las 05H00 pero no hay en el proceso el resultado de esos exámenes porque la paciente fallece a las 07H25, en consecuencia se debería tener como objetivo establecer la causa de esta primera fibrilación y no habría mayor problema en determinar la causa de muerte si se hubiera practicado la autopsia de ley como manda el Código Orgánico Integral Penal ante una muerte violenta y repentina, pero no se hizo la autopsia sino dos meses después,



porque la familia pidió a la anestesista MÉDICO C., que firmara el certificado de defunción y la paciente fue enterrada. Dos meses después se presenta la denuncia, se hace la exhumación del cadáver y la confirmación de la necropsia, es que la paciente falleció por edema agudo de pulmón; sin embargo, la autopsia efectuada dos meses después no puede establecer con exactitud la causa de la primera fibrilación.

Manifiesta la procesada en calidad de representante legal de la clínica, cuya profesión es abogada, ni siquiera estuvo en el lugar de los hechos el día en que se realizó la operación y en consecuencia, al no haber una autopsia de manera inmediata como manda la ley y no poder saber la causa de la primera fibrilación, no se conoce exactamente la causa de la muerte, recalcando que la clínica contaba con los recursos humanos y técnicos necesarios para atender la cirugía que voluntaria y conscientemente se sometió PACIENTE M.C., a dicho procedimiento.

3. Capítulo III. Análisis de las Sentencias Emitidas Dentro del Proceso.

En el presente capítulo se extraerá la parte medular de las sentencias emitidas dentro del caso, en cuanto a lo referente a la situación jurídica de la ABOGADA C., en donde se determina responsabilidad por parte de cada una de las distintas instancias, con excepción del voto salvado de primera instancia.

3.1. Sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha.



La sentencia emitida por dos de los tres miembros del Tribunal de Garantías Penales de Pichincha en su parte medular y respecto a lo que es materia de investigación dice:

“VIII FUNDAMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE LA MATERIALIDAD DE
LA INFRACCIÓN Y LA RESPONSABILIDAD

Por imperativo el principio de legalidad, en su vertiente *nullum crimen sine lege, nullum poena sine lege*, y del principio *Ius Puniendi*, el Estado ha promulgado leyes penales, que doctrinariamente son todas las que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena; y, corresponde a los Tribunales de Garantías Penales, conocer y sentenciar los delitos que devienen de la acción u omisión típica, antijurídica y culpable, siempre y cuando estos presupuestos se cumplan a cabalidad en un juicio penal justo, sustentado en los principios de oralidad, concentración, contradicción, inmediación y dispositivo, tal como lo establece el Art. 168 numeral 6, en concordancia el Art. 169 *ibídem*, que dice: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagran principios de simplificación, uniformidad, inmediación, celeridad y economía procesal que darán efectivas las garantías del debido proceso [...]” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Arts. 168,169), y con los Arts. 1, 2, 3, 4, 5 del Código Orgánico Integral Penal (2014). Es obligación de la Fiscalía, quien es la titular de la acción penal, asegurarse de recopilar la evidencia necesaria para probar la materialidad de la infracción, y luego, estableciendo el nexo causal, probar también que la persona a quien acusa, participó en el cometimiento del delito, como autor, cómplice o encubridor, (sic) e impulsar esa acusación, de conformidad con lo que establece el Art. 252 del Código de Procedimiento Penal (sic), habiéndose cumplido lo dicho, en el presente caso, y teniendo en cuenta que el principal deber del médico es proteger la vida humana, el Tribunal, debe analizar si existen los suficientes elementos de convicción que le lleven a



la certeza de que se produjo un acto típico, antijurídico y culpable, por el que llamó a juicio Fiscalía, a MÉDICO A., MÉDICO B., y ABOGADA C., En acatamiento a lo dispuesto por el Art. 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador (2008) que dice: “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas...”. Para establecer si se probó la materialidad de la infracción acusada y la responsabilidad del procesado, respecto del delito de homicidio inintencional, el Tribunal debe realizar el análisis, a través de las categorías dogmáticas y la aplicación de la sana crítica.

IX SOBRE LA CATEGORÍA DOGMÁTICA DE LA TIPICIDAD

El tipo penal corresponde a la descripción que de una conducta hace la ley penal y la tipicidad es la adecuación de un hecho cometido, a la descripción que de ese hecho hace la ley penal, se puede considerar delito si al mismo tiempo, es típico y antijurídico; delito “se deriva de delinquere-, que significa abandonar y equivale a abandono de una ley.[...] es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso” (Llobet, 1956).

Por tanto, tipicidad es la adecuación de un hecho cometido, a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Por imperativo el principio de legalidad, en su vertiente *nullum crimen sine lege*, solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales. Ningún hecho, por antijurídico que sea, puede llegar a la categoría de delito si, al mismo tiempo, no es típico, es decir, sino corresponde a la descripción contenida en una norma penal, las leyes penales son todas las que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena.



TIPO PENAL POR EL QUE SE ACUSA

El tipo penal por el que se acusa es el tipificado y sancionado en el Art. 146 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal. - “Homicidio culposo por mala práctica profesional. - La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”. Como lo indica el Profesor ZAFFARONI, Eugenio Raúl: en su obra Tratado de Derecho Penal Parte General, Tomo III: En este tipo de homicidio culposo. El bien jurídico protegido o, con más precisión, el bien jurídico afectado, es la vida humana producto de conductas que resultan violatorias del deber de cuidado. Como se sabe, existen dos sistemas legislativos en derecho comparado en relación a la tipificación de los delitos culposos (también denominados imprudentes), a saber, el *numerus clausus* (sólo son culposos los tipos previstos como tales) y el *numerus apertus* (todos los delitos dolosos admiten ser cometidos culposamente, en cuyo caso la pena disminuye) (Zaffaroni, 1981). Como se sabe el primer sistema es el consagrado en nuestro derecho y las legislaciones comparadas más avanzadas y el segundo es actualmente abandonado porque contraría el carácter fragmentario del Derecho Penal expandiéndolo inadecuadamente. Debe tenerse presente que en los delitos culposos la conducta prohibida no se individualiza por el fin en sí mismo, sino por la forma defectuosa de seleccionar los medios (violando deberes de cuidado) y poner en marcha la acción para alcanzar la finalidad deseada. En tal sentido se señala que la figura del homicidio culposo constituye un tipo penal abierto porque el legislador no puede prever la infinidad de conductas violatorias del deber de cuidado que provoquen la muerte y es por eso que encomienda al juez cerrar el tipo determinando cuál era el deber de cuidado que tenía el autor en las circunstancias concretas de un caso determinado. Este tipo de Homicidio se produce por falta de previsión o precaución aunque sin intención de causarlo, delito en el que no hay



dolo, pero su exceso de confianza, imprudencia, negligencia, impericia, le llevan a ocasionar la muerte de una persona; es decir, su descuido en la aplicación del deber objetivo de cuidado, ocasiona daños irreparables o la muerte de un ser humano, lo que lo hace responsable penalmente, por culpa, uno de los casos de esta clase de delito, es el que hoy ocupa a este Tribunal.

ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO.

SUJETO ACTIVO, o autor del hecho, que según el tipo penal homicidio culposo por mala práctica profesional, no es calificado (sic), puede ser cualquier persona capaz penalmente, que realizando su profesión u oficio de manera imprudente, negligente, sin observar el deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión ocasione la muerte de una persona; en este caso se trata de dos médicos MÉDICO A., y MÉDICO B., y de la ABOGADA C., que Gerenciaba la Clínica S.G., quienes según Fiscalía, infringieron el deber objetivo de cuidado, lo que hace suponer el cometimiento del acto típico y antijurídico que se juzga. La Capacidad Penal, es la aptitud de una persona para responder por un hecho ilícito (persona física e imputable).

SUJETO PASIVO, Es el titular del bien jurídico protegido, lesionado o puesto en peligro, puede ser cualquier persona o ciudadano nacional o extranjero sin distinción de edad, sexo, filiación, cargo o función, en el presente caso, el sujeto pasivo es la PACIENTE, persona natural, física como cualquier otro ciudadano, que perdió la vida como consecuencia de una acción típica y antijurídica.

EL OBJETO DEL DELITO, La acción típica consistirá en violar el deber de cuidado y como consecuencia de ello producir el resultado típico: causar la muerte a otro por



imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo; en el caso que analiza este tribunal la vida de la PACIENTE, quien confió en el MÉDICO A., profesional para que planifique y realice una cirugía planificada (estética), habiendo recaído, sobre ella el daño, lo que se comprobó con el certificado de defunción de la PACIENTE; robustecido con la prueba testimonial y documental presentada por Fiscalía y Acusación Particular; en especial los testimonios del padre y acusador particular, quien manifestó: que el fallecimiento de su hija, ocurrido el quince de julio, que su hija les había pedido que le apoyen en una cirugía de liposucción, que supuestamente el MÉDICO A., le operó en la Clínica S.G., que ese día a las 10 H 30 le llamó su esposa, y le contó que su hija había sufrido un paro cardíaco y que le había dado un edema de pulmón, después conocieron que le operó el MÉDICO B., que su esposa e hija confiaban en el MÉDICO A., por cuanto en el año 2014, había realizado una rinoplastia a la víctima; y que dentro de este proceso se han enterado que a su hija le operó en el año 2014 otro profesional; y, 2) el testimonio del Dr. Paco Erique, quien manifestó que ha efectuado la exhumación y autopsia médico legal en el cadáver de la PACIENTE, de diecinueve años de edad, el veintiocho de octubre del dos mil dieciséis, a las 09 H 30, que procedieron a la extracción del cadáver observando las reglas de bioseguridad en presencia de las autoridades que estaban dirigiendo la diligencia, que lo encontraron en fase de putrefacción, conservado por la formolización. Al examen externo, observaron una piel acartonada, a nivel de la región sub clavicular de lado izquierdo se encontró una herida quirúrgica suturada de medio centímetro de diámetro, que presumieron sea la entrada de un puerto quirúrgico que utilizan obviamente para hacer un tipo de cirugías como la liposucción, que de acuerdo al médico legal, la PACIENTE fue sometida a ello, a nivel del región del tórax, en región clavicular izquierda cuatro heridas punzo cortantes, es decir, heridas quirúrgicas que sirvieron para



que ingresen los puertos, las cánulas de los artefactos para hacer el proceso quirúrgico de liposucción, en la pelvis cuatro heridas quirúrgicas, tanto en la parte superior y la cadera también cuatro heridas quirúrgicas, de medio centímetro para que puedan ser ingresados a los canales o puerto de entrada, en total fueron siete heridas que se contabilizó en el cuerpo, [...] al abrir la cavidad torácica, encontraron al pulmón totalmente duro, aumentado de tamaño y con algunas laceraciones a nivel de la cara inferior, sobre todo el pulmón derecho, en donde son de medio centímetro pero adujeron que eso podría ser porque el cadáver fue previamente formolizado a través de un arpón, sus estructuras histológicas y tejidos, estaba bastante sistematizado en el tamaño, no estaba colapsado pese a que estaba formolizado, lo que dio la pauta para determinar que probablemente se trate de un edema de pulmón, en el diafragma, donde se encuentra la base del pulmón, observó ocho laceraciones en el pulmón derecho, en la cara inferior, el resto de órganos no se encuentran afectados, están totalmente conservados, tanto el intestino, el hígado, riñones, [...] arribando a la conclusión que la causa de muerte probablemente fue edema agudo del pulmón, porque no tenía otro signo, [...] con respecto al edema de pulmón obviamente se produce esta patología por un daño orgánico de otros órganos que generaron que probablemente los líquidos que tienen que eliminarse normal y principalmente por vía renal, no lo hayan hecho y el pulmón es el principal órgano que absorbe o que permite el ingreso de esos líquidos que tienen normalmente que salir, el edema de pulmón puede producirse por múltiples causas, como una falla multiorgánica, que puede ser falla renal, insuficiencia cardíaca o por un proceso infeccioso que la PACIENTE puede adquirir en el momento del post operatorio, macroscópicamente hablando encontró lesiones a nivel de la base o de la cara inferior del pulmón, no son heridas son laceraciones, que podrían tener relación con el aparato con el que introdujeron el formol, porque de alguna manera en el proceso de la autopsia quisieron hacer coincidir



los puertos de entrada y pudieron haber entrado adentro a la cavidad, esa es una de las complicaciones que podría generar este tipo de cirugías, [...]; que existe un coágulo que bien podría haberse generado de alguna manera por una tromboembolia, no puede diagnosticar lógicamente porque solo lo encontró y como estaba en proceso deshidratado solamente le encontró ahí, una tromboembolia, también es causa de un edema agudo de pulmón, se puede producir porque hay movimiento en el proceso quirúrgico de la grasa y esa grasa puede transportarse a través de los vasos, llegar al corazón y formar ese trombo pero no tenía la suficiente certeza. [...]. Hablando fisiopatológicamente las causas del edema agudo de pulmón, son múltiples, inclusive un shock séptico; Concluyendo que la muerte se produjo por Edema pulmonar el mismo que pudo ser producido por varias causas, como problemas cardíacos, renales o una infección grave, el edema pulmonar consiste en la presencia de agua en los pulmones (Corte Constitucional del Ecuador , 2021). Con lo que se ha probado la materialidad de la infracción.

CONDUCTA.- El tipo penal por el que se acusa es el tipificado y sancionado en el Art. 146 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal (2014).- “Homicidio culposo por mala práctica profesional.- La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.”. Siendo determinada por el verbo rector de la conducta prohibida, “ocasionar” la muerte; pero este resultado muerte, tiene que haberse producido por el infringir el deber objetivo de cuidado, para que se haya infringido el deber objetivo de cuidado, debe evidenciarse falta de previsión o de precaución, descuido o imprudencia, negligencia en el actuar, lo que debe ser observado por la ley penal, por la preeminencia de su aplicación, ya que la negligencia, al realizar la atención a la paciente o inobservar las leyes, reglamentos, técnicas, lex artis, como en este



caso, en el que las actuaciones alejadas de las disposiciones emanadas desde la OMS, así como de las normas legales vigentes a la fecha de los hechos, de los profesionales médicos y de la abogada que ejercía la Gerencia de la Clínica S.G., afectaron el bien jurídico protegido más importante para las personas, que es la “vida humana; la vulneración, por acción u omisión, de este deber objetivo de cuidado, entendido como una obligación de hacer, y la falta de causas de justificación son los elementos que configuran la responsabilidad penal de la mala práctica profesional; para que haya Tipicidad es necesario que la conducta del sujeto activo se haya adecuado a la descripción que de ella hace el tipo penal, como ha sucedido en este caso. La conducta realizada por los procesados transgrede lo que reza en el artículo 25 numeral 1 de la Declaración de los Derechos Humanos que señala: “toda persona tiene derecho a un nivel de vida suficiente para asegurar su salud, su bienestar y de su familia en esencial la alimentación, vestido, habitación, cuidados médicos, como también los servicios sociales necesarios...”; El artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), establece que: “Todo individuo tiene derecho a la vida”. Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) , en su artículo 6 establece que: “El derecho a la vida, es inherente a la persona humana. Este derecho está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), en su artículo 1, dispone: “Todo ser humano tiene derecho a la vida (...)”, La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1977), en su artículo 4, establece que la vida humana debe ser protegida desde su concepción. Esto por citar algunos de los instrumentos internacionales que garantizan el derecho a la vida, como un derecho fundamental autónomo; en consecuencia el Derecho Internacional obliga a proteger la vida humana, desde la concepción, antes y después del nacimiento; siendo el derecho a la vida un valor supremo cuya titularidad corresponde a todos los



individuos de la especie humana y cuya violación es de carácter irreversible, ya que desaparece el titular de dicho derecho. El artículo 66, numeral 1, de la Constitución de la República (2008), establece el derecho a la inviolabilidad a la vida; por lo que esta debe ser respetada, y protegida por el Estado; por lo que los países, encontraron necesario dictaron normas sancionadoras para quienes atentan contra este derecho de las personas sea dolosa o culpablemente, por lo que el artículo 54 de la Constitución de la República (2008) , dice: “[...] Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial en aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas”, lo que guarda relación con lo que señala el Art. 146 del Código Orgánico Integral Penal.

RESPECTO DE LA CONDUCTA DE LA ABOGADA C.

Cuando se habla de coautoría o participación en el homicidio culposo se suele pensar concretamente en los siguientes ejemplos: el conductor es determinado por su acompañante a conducir a exceso de velocidad, pues le pisa el acelerador, y produce una muerte; el maestro permite que el aprendiz de conductor manejara el vehículo a exceso de velocidad y causa una muerte; el padre prestó a su hijo menor el vehículo automotor para que asista con unos amigos a una fiesta a sabiendas de que no sabía manejarlo y éste causa la muerte de un tercero; el acompañante venía bromeando con el conductor y le tapaba los ojos, producto de lo cual se da un desenlace letal. En base a ello señala Corcoy Bidasolo que “la doctrina española mayoritaria acepta la posibilidad de participación en los hechos imprudentes”, aunque admite que la concepción dominante en doctrina y jurisprudencia alemana y en un sector de la española defiende el concepto unitario de autor en la imprudencia y, por tanto, niega la posibilidad de participación imprudente.



Autores como Zaffaroni-Alagia-Slokar sostienen que “la llamada participación en el hecho culposo no hace más que encubrir autoría, incluso a veces dolosa. Esta posibilidad aparece excluida del código alemán, y sólo es concebida doctrinariamente por Roxin (Zaffaroni , 1981). En Bélgica se la declara inadmisibles partiendo de conocidos referentes jurisprudenciales que se remontan a la segunda década del siglo pasado, en contra de la interpretación francesa que admite la participación en el delito culposo”. Distintos de la constelación de casos que acabamos de referir son los supuestos de participación culposa en el hecho doloso o culposo de un tercero. En tal sentido se ha dicho que puede haber participación culposa en homicidio doloso (A mata a B con el arma que tenía C tenía guardada imprudentemente en la guantera del auto) o participación dolosa en homicidio culposo (A cocina un plato sin saber que lo hace con un hongo venenoso para el ser humano y B, el mozo, que por sus conocimientos en biología sabe de los efectos de este hongo y no dice nada lo entrega al comensal C, quien muere por la ingesta del mismo) o participación culposa en homicidio culposo (el médico se equivoca al recetar y el farmacéutico entrega al cliente el medicamento equivocado, con lo que se produce la muerte del enfermo). En tal sentido, señalan Maurach-Gössel y Zipf (2004) que “la participación culposa en un hecho culposo es tan imaginable como la participación dolosa en un hecho culposo y también la participación culposa en un hecho doloso... Sin embargo, ... la ley ha sometido a pena, junto a la autoría y a todas las formas posibles de coparticipación, solamente a la instigación dolosa y la complicidad dolosa en hechos también dolosos... otras formas de coparticipación pueden ser comprendidas por el concepto especial de autor de los hechos punibles culposos”. Donna (2012) afirma que “en esto nuestro Código Penal es similar al alemán, la ley en sus artículos 45 y 46 sólo ha sometido a pena, junto con la autoría y todas las formas posibles de coparticipación, a la instigación y a la complicidad dolosas. El resto puede quedar comprendido en el concepto



general de autor imprudente” Por su parte, Terragni (2008) sostiene que “si bien la posibilidad de admitir la coautoría en los delitos culposos es materia de ardua discusión por la doctrina, la respuesta debe ser positiva” y expone que no es necesario el acuerdo previo (el que, de existir, no podría comprender el resultado sino solo la realización de la acción riesgosa), ni que la actuación sea simultánea. Ejemplifica con quien deja raticida en un lugar en que puede ser confundido con harina por otra persona y ésta lo emplea en la preparación de alimentos para un tercero. También refiere a otros casos de autoría paralela, como el de los dos cirujanos que sin tomar cada cual las mínimas precauciones de asepsia, y poniéndose de acuerdo en estimar como superfluas dichas precauciones, intervienen al mismo tiempo y determinan la septicemia causante de la muerte del paciente (Terragni, 2008).

1) El ANESTESIÓLOGO A., manifestó en su testimonio que el cirujano puede acceder a la clínica de su elección, como lo hizo el MÉDICO A., y determina a que anestesiólogo llama, como lo hizo con la declarante; que enfermería determina quien circula.

2) El ANESTESIÓLOGO B., manifestó que en la epicrisis de la clínica N., lo que le llamó la atención fueron los datos que consignaban los médicos intensivistas en relación a la recuperación de sus funciones y la extubación de la PACIENTE, le llamaba la atención un valor de 30.000 leucocitos que son los glóbulos blancos y los diagnósticos presuntivos de fallecimiento dentro de los cuales uno de ellos que decía shock séptico, otro de arritmia y otros; que no puede emitir el diagnóstico con el que llegó a la unidad de cuidados intensivos, tiene que constar en la historia clínica de la Clínica N.; sobre la instrumentación tampoco puede dar un criterio definitivo en este momento, no le consta como anestesiólogo, no es su obligación ni función verificar el grado y la función de los



equipos, peor aun cuando el declarante no estaba participando directamente; dijo también que en la cirugía de la PACIENTE, estaba la anestesióloga y el MÉDICO B., como cirujano, normalmente deben estar presentes un anestesiólogo, un cirujano principal, un ayudante de cirugía, una instrumentista y un circulante, este personal puede variar o aumentar dependiendo de la complejidad y gravedad de los procedimientos, a menos que el cirujano no requiera instrumentista, estaba un anestesiólogo, el cirujano, el instrumentista no estaba, había un auxiliar circulante, que normalmente el personal de auxiliares e instrumentistas son de la clínica (Corte Constitucional del Ecuador , 2021). Los hechos enlistados desde este punto en particular hacen total referencia a la Corte Constitucional del Ecuador (2021).

3) La señora MIRIAM V., indicó que tiene tercer año de enfermería, es decir que no tiene título universitario, laboró en calidad de enfermera veladora, después fue coordinadora de personal y de apoyo en las diferentes áreas de la Clínica S.G.; que para el quince de julio del dos mil dieciséis la Clínica S.G., no tenía la unidad de cuidados intensivos pero tenía la unidad de cuidados intermedios, que no conocía qué título tenía el MÉDICO A., dijo que en cada procedimiento quirúrgico se revisa todo el material se hace el protocolo de esterilización, como las cirugías son programadas en la tarde anterior, la señorita instrumentista venía a las 19 H 00 para dejar organizando las cosas que se van a necesitar en cada una de las cirugías, que el instrumental esté listo para el momento de la cirugía, en la cirugía del día anterior se utilizó el instrumental, de eso se realizó el ciclo de esterilización, en cada instrumental y ropa va la fecha en que han sido esterilizadas y las iniciales de quien lo hizo, que IMELDA G., es la instrumentista en la Clínica S.G., es la que esteriliza los equipos, fue quien en la tarde anterior esterilizó en el autoclave, que IMELDA G. no estuvo en la cirugía porque los cirujanos no requerían de instrumentista,



el instrumental se está utilizando con mucha frecuencia más o menos de un día para otro, pero puede permanecer estéril hasta veinte días. El director médico es el Dr. C.M., y la ABOGADA C., es la gerente de la clínica; la Clínica S. G., era un hospital básico; que se realiza la esterilización y desinfección total del quirófano una vez a la semana, y cada dos meses hacían cultivos con las cajas de Petri para ver si hay algún germen. Que la clínica tenía un residente las veinticuatro horas del día.

4) El doctor CARLOS L., indicó que como médico residente asistencial de terapia intensiva, ingresó de turno de guardia a la Clínica N., el quince de julio de dos mil dieciséis, a las 18H00, se puso al tanto de los acontecimientos suscitados con la PACIENTE, quien se encontraba entubada con medicamentos para subir la presión arterial y recuperación del estado de conciencia, presentó episodios de taquicardia, arritmia, convulsión, fibrilación y parada cardiorrespiratoria, acidosis metabólica, su médico tratante, el doctor LEONARDO P., como prevención, colocó un marcapasos temporal externo, en el transcurso de las 21 H 25 hasta las 05 H 00 el deterioro fue significativo, a las 05H00 en su biometría, se referenció una leucocitosis, los leucocitos normalmente van de 5.000 a 10.000 en promedio, cuando estos se alteran sobre los 10.000 o menos de 5.000 se asume un proceso inflamatorio severo, en este caso, ingresó según la nota de ingreso de leucocitos de 28.000 es decir muy elevado y la presencia de callados, células que únicamente aparecen en procesos sépticos, infecciosos agudos y severos, la PACIENTE presentó a las 06 H 45, un paro cardiorrespiratorio secundario, una arritmia a pesar de estar con marcapasos, declarándole fallecida a las 07 H 25; la PACIENTE ingresó a la Clínica N., posteriormente a un paro cardiorrespiratorio secundario en un proceso estético, la clínica donde le operaron no disponía de terapia intensiva, la PACIENTE presentó fiebre a más de 40 grados, en la Clínica N., a todo paciente que



ingresa a terapia intensiva se le hace los exámenes de ingreso, la PACIENTE ingresó con leucocitosis de 28.000 hasta 29.000, con segmentados mayor a 80%, ya con presencia de callados persistentes de 4%, en la gasometría se evidenció acidosis metabólica, la infección no se podía controlar a pesar de haberle suministrado los antibióticos prescritos, probablemente la bacteria estaba ya en el torrente sanguíneo y es por eso que no había una respuesta adecuada, a las 05H00 se evidenció un fallo multiorgánico, hay bacterias que son muy agresivas la mayor probabilidad es que sea el estreptococo Flesh-eating bacteria, conocida como come carne, que produce fascitis necrotizante, es decir, degrada el tejido del cuerpo, lo más probable es que esta bacteria puede estar en cualquier persona en la piel, entonces si se hace un procedimiento invasivo puede ser llevada de la piel hasta los tejidos, incluso a la sangre y eso puede desencadenar todo, procedimiento invasivo puede ser la colocación de un catéter, de una sonda vesical, aparentemente ingresó por un procedimiento estético que es una liposucción, aumento de glúteos; estos procedimientos son traumáticos, invasivos, porque se tiene que introducir el troker para quitar la grasa e introducir esa grasa y ponerla en otro lugar, la infección con la hipertensión, con necesidad de medicamentos vaso activos; el reporte de las dos o tres de la mañana de la biometría hemática es de 30.000 con callados, con segmentados, es por eso que inmediatamente se cambió de antibióticos, de amplio espectro, es decir, para gérmenes gran positivos, gran negativos, anaerobios, para explicar la fuerza de los antibióticos se entendería que a la PACIENTE se le suministro un antibiótico equivalente a una bomba atómica, es decir, se trató de matar todo, lamentablemente los antibióticos no hicieron efecto inmediato, según los estudios, los antibióticos hacen efecto o se evalúa la respuesta a los antibióticos a partir de las cuarenta y ocho horas. Una infección produce inflamación y esto desencadena en que los órganos empiecen a fallar, no se puede decir que solo la bacteria produce inmediatamente todo, es una secuencia, se da un proceso



inflamatorio, la bacteria cuando no se la puede combatir se incrementa, se reproduce, afecta al resto del cuerpo y eso produce el fallo de todos los órganos, estas bacterias están en la piel, si hay los medios adecuados, una mala asepsia y antisepsia de los instrumentos puede provocar que esta bacteria pueda ser introducida al organismo y luego al torrente sanguíneo y desencadenar en lo que ya se señaló, lamentablemente no se pudo hacer el hemocultivo, se declaró fallecido a la PACIENTE, con diagnóstico de fallo secuencial multiorgánico secundario a un shock séptico bacteriano; se considera como shock séptico; ha trabajado en terapia intensiva en varias casas de salud; el único procedimiento invasivo que se realizó en la Clínica N., fue la colocación del marcapasos a las 22H00, pero la PACIENTE vino presentando una respuesta inflamatoria con signos de infección al ingreso a terapia intensiva, los leucocitos ya estaban en 28.000, la PACIENTE vino con medicamento vaso activo desde la procedencia, desde la Clínica S.G., a los pacientes que se mueren dentro de las veinticuatro horas, el procedimiento legal es hacerles la autopsia, como médicos no pueden dar un certificado de defunción, no se realizó la autopsia por petición de Fiscalía (Corte Constitucional del Ecuador , 2021).

5) SECRETARIA DEL MÉDICO A, en su testimonio indicó que agendaba las citas, reforzaba las indicaciones que daban los médicos a través de mensajes o llamadas a las pacientes de cirugía o revisión, que llamaba a la Clínica S.G. y les decía que por favor le ayuden separando el quirófano, en el horario que había disponibilidad, solo les daba el nombre de la PACIENTE y el tipo de proceso que se iba a realizar;

6) Testimonio rendido por MILTON I., médico anestesiólogo que auditó la historia clínica de cuidado de terapia intensiva de la Clínica N., y la de la Clínica S.G., donde se realizó la cirugía, de la PACIENTE, en el registro consta el team quirúrgico, conformado



por el MÉDICO B., cirujano plástico y la ANESTESIÓLOGA A, hay una valoración pre anestésica por la misma doctora, y de ingreso por la doctora VANESA H., la PACIENTE ingresó a las 13H00 a la Clínica N., llegó con glasma de ocho, estaba bajo ventilación mediante un tubo endotraqueal para poder oxigenarla, con latido cardíaco, hipotensa, se le hizo exámenes de ingreso en la Clínica N. Los exámenes que llaman más la atención fueron la biometría hemática, habían 28.000 leucocitosis, que es alto y con neutrófilos muy elevados, se produce elevación de leucocitos cuando hay una injuria tisular en tejidos, una injuria después de una cirugía o después de una respiración cardiopulmonar, alrededor de 12.000 a 13.000 leucocitos, pero el dato es cuatro veces superior y asociado con fiebre, es un fenómeno que se conoce como respuesta inflamatoria sistémica, que puede presentarse por un proceso infeccioso cuando no es controlado, o la bacteria o el virus es muy agresivo, ahí puede presentarse una leucocitosis tan alta, al inicio fue de 28.000, puede catalogarse como una contaminación, estaba con fiebre y había deterioro neurológico, compromiso respiratorio y alteración en creatinina, que estaba en un valor alto de 2.2, cuando hay un proceso de contaminación, los órganos nobles, son los que más sufren o está la microcirculación, en el registro que revisó, no encontró la clase de bacteria o no existe, solo hay una nota de evolución donde se indica que probablemente es un estreptococo flesh eating, traducido al español estreptococo come carne, es una bacteria muy agresiva, su toxina bacteriana puede producir sepsis o contaminación, ataca los órganos más nobles, sistema neurológico, sistema nervioso, pulmones, a nivel hepático y a nivel renal, al final de la cirugía se evidenció una arritmia que se le catalogó como fibrilación ventricular, un choque séptico o shock séptico consecuencia de una infección, fue el diagnóstico por la clínica y laboratorio, no hay un dato de un hemocultivo, si se encuentran signos de leucocitosis asociados a fiebre tendrían que pensar que es un problema infeccioso y actuar, la bacteria estreptococo es mortal, puede estar presente en



la piel, cuando se habla de sepsis es infección, entonces hay que buscar donde fue la infección, es probable que estén en las salas y material quirúrgico, en toda cirugía, por el corte, siempre va a haber un riesgo de infección, la infección en cirugía puede tener la PACIENTE incluso hasta en las primeras horas del post operatorio, dependiendo del tipo de cirugía, del sangrado, de la cobertura quirúrgica, de si estuvo bien o no protegido con los antibióticos, depende de la sala o el ambiente donde se realiza; fue un shock tóxico séptico fulminante, había fiebre, los datos proporcionados por la clínica fueron orientativos a que se trató de un proceso de infección (Corte Constitucional del Ecuador , 2021).

7) Testimonio de DIEGO B., médico cirujano plástico, que labora en el hospital Militar, realizó la auditoría de la PACIENTE, efectuó el análisis de la historia clínica y los datos del SENESCYT para las verificaciones, e indicó que, a más de los médicos, de las dos personas que estaban presentes en el procedimiento quirúrgico la una era MIRIAM L., que no tenía título de tercer nivel de enfermera, consta como auxiliar y ANA C., no está registrada en el SENESCYT. La PACIENTE fue operada en la Clínica S.G., según el acuerdo ministerial 5212, del veinticuatro de diciembre del dos mil doce, no se podía realizar en esa clínica esa cirugía, la clínica tenía nivel dos, el segundo nivel de atención es general, no se podía practicar ninguna cirugía de especialidad, la liposucción es una cirugía especializada; indicó que en un hospital básico se hacen solo operaciones de medicina general, el nivel tres está regulado en el acuerdo ministerial 5212 del veinticuatro de diciembre del dos mil doce, emitido por el Ministerio de Salud;

8) Testimonio de ANA C., trabajaba en la Clínica S.G., en calidad de auxiliar de enfermería, que el día de los hechos de 07H00 a 13H00, se practicó la operación a la



PACIENTE, se encontraba en el quirófano circulando el procedimiento, no había instrumentista, la esterilización estaba a cargo de la instrumentista de turno, no había médico ayudante, MIRIAM L. era la jefe de enfermería, que ella no es enfermera, que la declarante asistió al Instituto Superior INSTA, cursó un año y obtuvo el título de asistente de enfermería; que su título no está registrado en el SENEYCYT, su jefe era la ABOGADA C., asistieron al quirófano en julio del dos mil dieciséis los doctores ANESTESIÓLOGO B., MÉDICO A., ANESTESIÓLOGO A., y MÉDICO B., la Clínica S.G., no dispone de Unidad de Terapia Intensiva, la instrumentista es la persona que realiza la esterilización, que venía en la tarde y dejaba esterilizados los equipos o cuando se le requería, los doctores no requerían instrumentista. En la Clínica S.G., no existía una enfermera calificada, por lo que circuló una persona no titulada en la operación a la PACIENTE, la clínica contaba con una instrumentista, que iba solo por momentos y se retiraba, responsabilidades de la Gerente y Representante Legal de la Clínica, que tiene obligación de precautelar la salud de los pacientes que acuden a ella; las personas que se desempeñaban como enfermeras, solo tenían conocimientos básicos, no apropiados para una clínica y menos para apoyar en cirugías, ANA C., cuyo título no está reconocido por el SENESCYT, manifestó que MIRIAM L. era la jefe de enfermería, pero que no es enfermera, ¿entonces no fueron enfermeras, quienes hicieron la desinfección de la piel de la PACIENTE para la operación?, el Dr. Alvarado, indicó que el estreptococo flesh eating bacterium, puede estar en cualquier persona en la piel, entonces si se hace un procedimiento invasivo como la colocación de un catéter, de una sonda resical, puede ser llevada de la piel hasta los tejidos, incluso a la sangre y eso puede desencadenar todo; que aparentemente ingresó por un procedimiento estético que es una liposucción; el cargo de instrumentista también es clave, para que exista la esterilización necesaria de los instrumentos, según el perito y los otros médicos, el fallecimiento de la víctima se produjo



por el edema agudo de pulmón, posiblemente por un fallo multiorgánico provocado por un shock séptico por infecciones post operatorias; debido a bacterias tan fuertes, que sin la asepsia necesaria provocan la muerte de los pacientes, como el estreptococo flesh eating bacterium, o bacteria come carne.- Los auditores médicos entre ellos el Dr. Chango, concordaron con los doctores de la Clínica N., quienes les dijeron a los padres de la víctima, que a su hija le dio una infección, muy fuerte, que tal vez se debió a que no hubo cuidado con los instrumentos de operación o tenía un virus muy fuerte la clínica, y era obligación de la Gerente contratar personal calificado y actuar conforme a las leyes y reglamentos de salud para que en ningún caso se pueda producir esto.- Además, la Gerente de la Clínica tenía la potestad de dar las disposiciones necesarias para que no se alquilen los quirófanos para realizar operaciones de especialidad, sino únicamente para cirugías generales y de ginecología, en consideración a que la Clínica no contaba con el servicio de cuidados intensivos, pero constantemente se utilizaba ese centro de salud con los mismos fines, lo que se desprende del testimonio de la secretaria del MÉDICO A.; es por estas razones que aunque la procesada se encontraba en el momento de los hechos en uso de sus vacaciones fuera del país, ella era responsable de los varios procedimientos, que se realizaban en la clínica; durante la vigencia de su cargo el cual implica atribuciones y responsabilidades, las decisiones tomadas por el representante legal lo hacen responsable solidario civil y penalmente; es la voluntad de la misma, y su firma la que le obliga y compromete, quien contrata a los empleados, quien debe observar que las normas constitucionales, leyes, reglamentos y demás, se cumplan en su representada; por lo tanto, NO PUEDE alegar su desconocimiento, mucho menos cuando se trata de una profesional del Derecho que infringió el deber objetivo de cuidado, en su profesión y cargo. Ya que sus actuaciones implican la responsabilidad personal de la representante, porque es quien toma las decisiones; emite las disposiciones que deben obedecerse aún sin su presencia



física; en el caso que nos ocupa no se tomaron las medidas necesarias para que se cumplan las normas de Seguridad hospitalaria que son todas aquellas medidas que tienen como función prevenir accidentes, infecciones, contaminaciones u otro incidente dañoso, proporcionando un medio ambiente seguro, a través del cumplimiento de medidas antisépticas necesarias, control de todo riesgo potencial, transporte de enfermos especialmente si se requiere de ambulancias, procedimientos de seguridad, identificación, verificación y contratación de personal médico y sanitario capacitado y suficiente para una adecuada atención, uso correcto de la infraestructura de acuerdo a la categorización correspondiente; El tribunal debe formar su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral, por lo que de acuerdo al acervo probatorio que ha sido analizado, es evidente la negligencia de la Gerente y Representante legal de la Clínica, ABOGADA C., quien al infringir el deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, coadyuvó a que se ocasione la muerte de una persona, puesto que permitía que en una clínica que no estaba autorizada para este tipo de operaciones, se realicen las mismas poniendo en riesgo la vida de los pacientes, en virtud de que no había ni terapia intensiva, ni ambulancia, ni personal médico suficiente para asistir al especialista en una operación, ni contaba con el personal sanitario debidamente capacitado para desempeñarse en una Sala de operaciones, lo que constituye una imprudencia y negligencia por parte de la Gerente y Representante legal, aunque no se haya encontrado ese preciso día en la clínica. La representación fiscal y acusación particular acusaron a la encausada como coautora del delito de homicidio culposo, en la coautoría confluyen las aportaciones de más de un interviniente, como ha sucedido en el presente caso en el que los autores directos ya fueron identificados, y todos incluida la coautora tenía dominio del hecho; por tanto coadyuvó a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberadamente e intencionalmente los actos sin los cuales no habría podido perpetrarse



la infracción. Todo lo manifestado se corrobora aún más con el testimonio que pretende ser de descargo, realizado por la ABOGADA C., Gerente de la Clínica S.G., a quien se le recordó que el Estado le garantiza sus derechos constitucionales y legales, entre ellos el de acogerse al silencio, se le indicó que no puede auto incriminarse, que la carga de la prueba le corresponde al titular de la acción penal; luego de lo cual manifestó que desea rendir su testimonio de manera libre y voluntaria, y en su calidad de procesada, lo hace sin juramento, manifestando que es gerente representante legal de la Clínica S.G., que le correspondía representar judicial y extra judicialmente a la clínica, que el quince de julio del dos mil dieciséis se encontraba de vacaciones en Esmeraldas, que recibió una llamada del personal de la clínica indicándole que se había complicado la PACIENTE y que falleció, que se ha reunido con los MÉDICO B., , MÉDICO A., ANESTESIÓLOGO B., ANESTESIÓLOGO A., la médico residente y el director médico de la clínica y la declarante, para saber qué había pasado y para que se revisara que la documentación esté completa, la clínica tenía permiso de funcionamiento hasta el dos mil diecisiete, reconoció que es un hospital básico, de segundo nivel, que hasta el dos mil quince contaba con el servicio de terapia intensiva, que trabajaban como enfermera la licenciada SILVIA H., la señora IMELDA G., hacía los turnos en la tarde, se encargaba de esterilizar con la necesaria anticipación el equipo de acuerdo a las cirugías que se tenían programadas, que la clínica tenía distintos tipos de cirugías oncológicas, neurológicas, generales, cirugías en el campo ginecológico, rinoplastias, traumatológicas, el director fue el doctor CARLOS M., que al ser la clínica de modalidad abierta, los médicos presentaban sus títulos de médicos y de especialistas para poder ingresar a la clínica, que una de las funciones del director médico, era verificar los títulos del personal de enfermería, revisar que las historias clínicas que estén completas, que no ha sido sancionada la clínica, que antes no ha tenido clausura; que el doctor MÉDICO A., presentó su título como cirujano



general, no como cirujano plástico, que agendaba las cirugías en recepción (Corte Constitucional del Ecuador , 2021). Que para el dos mil dieciséis no tenían terapia intensiva, que el Ministerio de Salud les hizo la observación respectiva y que desconocían que no estaban en posibilidad de hacer la cirugías plásticas; cuando este caso, MIRIAM L., no tenía el título de enfermera, por eso le cambiaron sus funciones, porque tenía la experiencia suficiente y en ese momento necesitaban de su apoyo, para el quince de julio del dos mil dieciséis podía hacer de circulante, sobre la conformación del equipo médico se encargaba la dirección médica, ANA C., trabajó alrededor de siete a ocho años, no es enfermera, tiene título de auxiliar de enfermería y cuando empezó a trabajar en la clínica no había el SENESCYT, no se requería que se registre; dichos que contrariamente a lo pretendido por la procesada, y junto con la prueba documental de Fiscalía abonan a establecer su responsabilidad en los hechos suscitados, los sujetos activos debían prever la posibilidad de que se pueda necesitar los servicios de terapia intensiva, porque se presente una situación médica inesperada, lo que demuestra un exceso de confianza e irresponsabilidad, existiendo una infracción al deber objetivo de cuidado, al no considerar que en una operación está en juego el bien jurídico protegido más importante, que es la vida de las personas; la prueba documental de Fiscalía, consistió en:

1) la Certificación emitida por la Dra. Johanna Elizabeth Contreras López, delegada del Registrador Mercantil del cantón Quito de la cual se desprende que bajo el número 8409 de fecha 25 de mayo del 2015 se inscribió el nombramiento de gerente de la compañía Clínica S.G., a favor de la ABOGADA C., por el periodo de 2 años tiempo en el cual ejercería la representación legal, judicial y extrajudicial de la compañía.



- 2) Copias certificadas de la constitución de la compañía de responsabilidad limitada Clínica S.G., la que en su artículo 21 Atribuciones del Gerente: Son atribuciones del Gerente: a) Representar a la Compañía Judicial y Extrajudicialmente b) Realizar todos los actos administrativos que le corresponda.

- 3) Copia Certificada del Registro de Contribuyentes de la Clínica S.G., de la cual se desprendía que la representante legal era la ABOGADA C., y con actividad económica de consulta y tratamiento con médicos de medicina general o especializada e incluso cirujanos.

- 4) Reporte de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros del Ecuador del cual se desprendía que se consultó los datos generales de la Clínica S.G., y constaba en el cargo de gerente la señora ABOGADA C., desde el 22 de mayo del 2016 por un periodo de 2 años.

- 5) Certificación emitida por el Dr. Marco Augusto Suarez Galarza, Director Provincial de Salud del Ministerio de Salud Pública, en la cual se indica que la ABOGADA C., cuya representante legal era la señora ABOGADA C., era de tipo hospital básico y se adjuntó el certificado del permiso de funcionamiento.

- 6) Copia certificada de la Administración Zonal Eugenio Espejo suscrito por Boris Mata Reyes Administrador Zonal Eugenio Espejo, del permiso de funcionamiento en la cual se indicaba que la representante era la ABOGADA C., Actividad Económica Consulta y Tratamiento por médicos generales y especialistas en consultorios privados.



7) Copia certificada de la licencia metropolitana única para ejercicio de actividades económicas emitida por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito en el cual se determinaba que la activada económica de la Clínica S.G., era la de consulta y tratamiento por médicos generales y especialistas en consultorio privado.

8) Certificación ambiental remitida por el Ministerio del Ambiente, suscrita por el señor Benavides Andrade Ángel Virgilio, quien determinó que en ese lugar se daba atención médica a nivel de hospital básico y cuya representante legal era la ABOGADA C., indicando en la parte final un texto en el que se leía: “Yo, ABOGADA C., declaro bajo juramento que la información que consta en el presente certificado es de mi absoluta responsabilidad”.

9) Certificación del Registro Mercantil de la inscripción del nombramiento de ABOGADA C., de fecha 29 de mayo del 2016 como gerente por dos años de la Clínica S. G.

10) Certificación de la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación en la cual se indicaba que ANA C. Y MIRIAM L. no registraban títulos.

11) Certificación emitida por el Dr. Alfredo Israel Ceas Neira, Director Nacional Jurídico del Ministerio de Salud Pública quien indicaba que era responsabilidad del prestador de salud elegir su tipología en función a la cartera de servicios y que la Clínica S.G., contó con su permiso de funcionamiento del 2016 al 2017 con la tipología de hospital básico y que actualmente estaba en planificación de inspección con la misma tipología, documento emitido 06 de febrero del 2018.



12) Copia certificada de la Subsecretaría Nacional de Gobernanza de Salud Pública, Dra. Martha Beatriz Gordón, en la que se determinaba la cartera de prestaciones de un hospital básico tras un requerimiento de la ABOGADA C.

HECHOS PROBADOS

Concluyendo que los hechos probados durante la audiencia son que la PACIENTE, acudió con su madre al consultorio del MÉDICO A., para solicitarle le practique una liposucción y aumento de glúteos, porque el referido médico se daba a conocer como cirujano estético, siendo solo médico general y supuestamente él le había realizado anteriormente una rinoplastia, le pidieron que la operación la efectúe en la Clínica P. o V., que él les dijo que él operaba en la Clínica S. G., donde tenía todo su equipamiento y la clínica se había modernizado y contaba con todo lo necesario; que ordenó los exámenes e hizo que su secretaria les diera las indicaciones preoperatorias; el día de los hechos después de la intervención quirúrgica se presentaron problemas que llevaron a la muerte a la PACIENTE de 20 años de edad, por edema agudo de pulmón; descubriéndose que quien le operó fue el MÉDICO B., porque el MÉDICO A., no contaba a la fecha de la cirugía con título de especialidad de cirujano plástico, por lo que no estaba facultado ni si siquiera a programar este tipo de operaciones, pero era quien a través de publicidad, captaba a las pacientes, que el MÉDICO B., recién se presentó a la PACIENTE cuando ya había sido marcada y estaba monitorizada, que nunca revisó los exámenes preoperatorios porque no formaban parte de la historia clínica de la PACIENTE, que no estaba lleno el consentimiento informado cuando firmó la PACIENTE, que el cirujano plástico firmó ese documento a los 3 meses de fallecida la PACIENTE, que la cirugía fue practicada únicamente con la presencia del cirujano plástico, la anesthesióloga y una



circulante que no era enfermera titulada, pues la clínica no contaba con enfermeras tituladas, es decir, sin el médico cirujano de apoyo y sin instrumentista, que la clínica ocupaba a una señora instrumentista la cual iba solo a las 17h00, esterilizaba los instrumentos y se iba, lo cual no da seguridad de que hubiera la asepsia necesaria para estos procedimientos; la clínica recomendada por el médico que programó la cirugía era un hospital básico no autorizado para este tipo de operaciones y no contaba con terapia intensiva, ni con ambulancia; concluyendo que la prueba ha llevado al Tribunal a la certeza de la responsabilidad penal de los procesados, quienes adecuaron su conducta a lo establecido en el Art. 146 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal (2014), en relación con el Art. 42, 1, a) esto es autores de homicidio culposo por mala práctica profesional, al haber infringido el deber objetivo de cuidado, en virtud de que existió imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia de los reglamentos, lo que se conoce como *lex artis*, en la actuación de los tres profesionales, en sus diferentes desempeños, como se ha determinado en el análisis realizado a la conducta de cada uno de ellos, debiendo indicar que la prueba aunque haya sido organizada en el estudio de los actos realizados por los diferentes procesados, toda es relacionada e inculpa a los tres de manera solidaria e integral, razón por lo cual, se ha llegado a la convicción y certeza de que los acusados son responsables del referido delito conforme lo determinan los Arts. 453 y 455 del COIP, pues se evidencia el nexo causal; por lo que de acuerdo a los hechos probados los doctores: MÉDICO A., y MÉDICO B., han adecuándose la conducta lo que establece el Art. 146 inciso primero del COIP, en relación con el Art. 42.1.a) *ibídem*, que dice: “Artículo 42.- Autores.- Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades: 1. Autoría directa: Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata. [...]”, habiéndose desvanecido el principio de presunción de inocencia contenido en el Art. 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador (2008),



al que apeló la defensa del procesado; y, ABOGADA C., adecuó su conducta lo que establece el Art. 146 inciso primero del COIP, en relación con el Art. 42.3 del COIP, que dice: “Artículo 42.- Autores.- Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades: [...] 3. Coautoría: Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción”, habiéndose desvanecido el principio de presunción de inocencia contenido en el Art. 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), al que apeló la defensa de la procesada. Los procesados MÉDICO A., MÉDICO B., no presentaron prueba de descargo; mientras la ABOGADA C., rindió su testimonio que ya fue analizado anteriormente y como prueba documental presentó el oficio Nro. 2016-539, de catorce de octubre del dos mil dieciséis, suscrito por el servidor policial GUIDO SAAVEDRA, encargado del archivo de la Dirección de la Policía Judicial, Departamento Médico Legal de Pichincha, mediante el cual se informa que no se encuentra registrado el protocolo de autopsia de la PACIENTE; por lo que se realizó la exhumación del cadáver, a los tres meses, realizando el peritaje el Dr. Paco Erique, el mismo que consta en el análisis del Tribunal.

ELEMENTO NORMATIVO.- Los elementos normativos en el homicidio culposo por mala práctica profesional, se evidencian cuando el profesional actúa con imprudencia, negligencia, impericia, provocando la muerte de una persona, en el presente caso, es evidente que la CULPA es el elemento normativo (sic), porque no tuvieron el designio de causar perjuicio, pero realizaron varias conductas indebidas sabiendo que había la posibilidad de que se produzca el daño y no lo evitaron tomando las medidas que les exigen las leyes y reglamentos de salud.



ELEMENTO VALORATIVO. - El elemento valorativo es haber infringido el deber objetivo de cuidado en el desempeño de cada uno de los roles profesionales que cumplían los procesados, lo cual llevó a la muerte de una persona.

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL Para arribar a la existencia o no de un delito culposo como en este tipo de homicidio, debemos referirnos al dolo y la Culpa, en el derecho penal. El COIP, claramente establece en el Art. 26, lo que es el Dolo. - “Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño¹. Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena”; en el Art. 27, lo que es la Culpa. - “Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código”. El Código Penal decía que la infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la Ley, reglamentos u órdenes; siendo obligación de todas las personas, más aun siendo profesionales, y más todavía si de sus actos depende la vida de las demás personas, es imperioso que estas personas, sobre todo respeten las normas, actúen con prudencia, diligencia, con el cuidado debido, en resguardo de la salud y la vida de quienes las ponen en sus manos el bien jurídico máspreciado que es su vida.- El delito culposo exige los siguientes elementos: 1) Un comportamiento voluntario: Lo cual es exigencia fundamental para que se configure un delito culposo, que la acción u omisión del sujeto sea voluntaria, 2) Que el resultado

¹ Se debe tener en cuenta que la sentencia fue emitida el 7 de febrero de 2019, previo a la reforma publicada en el R.O. 107-S, del 24 de diciembre de 2019



dañoso sea involuntario, en este caso la muerte. 3) Relación de causalidad entre hecho no querido y el comportamiento voluntario del sujeto activo. 4) Que el hecho no querido, sea consecuencia de la acción u omisión voluntaria del sujeto activo. 5) Que el hecho no requerido se verifique por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la ley, reglamentos u órdenes de los particulares. Entendiéndose por Imprudencia: El obrar de manera arriesgada, precipitada o temeraria; Negligencia: es actuar con desidia, abandono, pereza, apatía; Impericia: Es la actuación inexperta; Inobservancia de las Leyes y Reglamentos: Cuando se deja de cumplir la ley de la materia, o las disposiciones dictadas por la autoridad administrativa, por la dirección de los establecimientos hospitalarios, por el laboratorio productor de los medicamentos o por el fabricante de los aparatos. Dicho de otro modo, es la infracción del deber objetivo del cuidado. En el caso que nos ocupa existió culpa, pues es notorio que ninguno de los procesados observó las leyes y reglamentos de salud, dictaminados a nivel de la OMS, tampoco la normativa interna; se demostró su negligencia, exceso de confianza; y aunque sus conductas fueron voluntarias, pues tenían el dominio de los actos de los cuales derivó el daño, no existió la intención no quisieron causar la muerte de la víctima, sin embargo, no tomaron las medidas preventivas requeridas para evitarla.

X SOBRE LA CATEGORÍA DOGMÁTICA DE LA ANTIJURIDICIDAD: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA ANTIJURIDICIDAD. Comprobados los elementos propios de la primera categoría de la tipicidad, se debe continuar con el análisis de la categoría dogmática de la antijuridicidad. LA ANTIJURIDICIDAD FORMAL, es el desvalor de la acción. El homicidio inintencional, por mala práctica profesional, es un delito con un alto contenido de injusto, de real afectación al bien jurídico protegido, esta infracción contraría las normas y principios establecidos en los Tratados Internacionales,



Constitución y Leyes de la República. No se ha desvirtuado la producción de la acción dañosa al bien jurídico protegido, la vida de una persona, tampoco se ha demostrado que alguno de los procesados se haya encontrado beneficiado por ninguna causal de justificación, por lo que sus conductas merecen el reproche de la sociedad. LA ANTIJURIDICIDAD MATERIAL, el desvalor de resultado del acto típico, el homicidio culposo es un delito de resultado, que afecta al bien jurídico protegido (bien jurídico protegido, es todo lo que produce utilidad a la persona o a la sociedad; por tanto, es objeto de valoración jurídico penal, siendo la vida, lo de más valor para las personas, por tanto merecía la máxima protección jurídica). Fiscalía ha probado que los autores y coautora de este acto típico y antijurídico no permitido por la ley, provocó como consecuencia de su actuar, el resultado dañoso muerte de una persona - y la prueba de descargo presentada; en nada aporta para desvirtuar el desvalor del resultado y enervar la acusación fiscal.

XI SOBRE LA CATEGORÍA DOGMÁTICA DE LA CULPABILIDAD. LA CULPABILIDAD, en cuanto a la culpabilidad, el Tribunal marca su posición desde el criterio que ésta, no es sino (sic) “...el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre este. Dado que la teoría del delito es un sistema de filtros que sirve para que sólo pueda superarlo el poder punitivo que presenta características de menor irracionalidad, la mera existencia de un conflicto criminalizado el injusto- no es suficiente para afirmar la existencia del delito, cuando no pueda vincularse a un autor en forma personalizada, puesto que la criminalización siempre lo es de una persona” (Zaffaroni , Alagia , & Slokar, Manual de Derecho Penal, 2011, p. 650). Vale decir, en la culpabilidad torna necesario el vínculo entre el hecho y el autor. En ese sentido, el Tribunal en el presente caso, discierne



reproche sobre la conducta de los procesados, pues no se trata de personas inimputables frente al derecho penal, por el contrario, conforme a lo expuesto en la audiencia son personas totalmente capaces de entender y saber lo que pueden hacer; en cuanto al conocimiento potencial de la antijuridicidad de su actuar, los procesados no han evidenciado desconocimiento de la gravedad del daño causado con su actuar y que éste era ilegítimo y por tanto ilegal; y resulta claro, en el caso que nos ocupa, que les era exigible otra conducta; todo lo que lleva a establecer que conocían que su conducta era ilegítima y por ende sancionada por la ley.

LA IMPUTABILIDAD. Para Javier Jiménez Martínez, en su obra *Introducción a la Teoría General del Delito*, pág. 319, 321, ANGEL editor, Méjico- 2003, “la culpabilidad, se ha convertido en una deuda del autor frente a la sociedad, pues, podía actuar conforme a las normas y no lo hizo, se le reprocha el proceso volitivo: en la acción culposa (Castro , 2008). La reprochabilidad al MÉDICO A., versa sobre la decisión de comprometerse y programar una cirugía a la que no se estaba facultado para ello pues se probó que no contaba con su título de cuarto nivel registrado en la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia Tecnología e Innovación (SENESCYT) y ante el Ministerio de Salud Pública; tomando tan a la ligera su obligación, sin cumplir con el protocolo aplicable, con su conducta el tribunal advierte que efectuó prohibiciones en materia de procedimientos quirúrgicos con fines estéticos esto es; que realizó un procedimiento quirúrgico con fines estéticos sin contar con el chequeo pre quirúrgico que garantice que la PACIENTE es apta para someterse al procedimiento, que no registrado debidamente en la historia clínica; para que conozca el cirujano plástico que iba a operar, y operar en un lugar que no tenía autorización para este tipo de cirugías, que no contaba con personal calificado, con servicio de terapia intensiva, ni ambulancia; la reprochabilidad al MÉDICO B., versa



sobre realizar una cirugía sin haber conocido siquiera a la PACIENTE antes de que ingrese al quirófano sino cuando ya estaba monitoreada y marcada, sin revisar sus exámenes preoperatorios, sin tener el personal necesario ni capacitado esto es enfermeras, circulante e instrumentista, además no se ha informado a la PACIENTE el proceso quirúrgico que se le va a realizar, los riesgos, ni firmar con ella el consentimiento informado, sabiendo que era la Clínica S. G., tenía el permiso de funcionamiento para un Hospital Básico, donde no podía realizarse procedimientos quirúrgicos estéticos; la reprochabilidad a la ABOGADA C., es debido a su responsabilidad como Representante Legal; en permitir en la Clínica S. G., Hospital Básico se realicen intervenciones quirúrgicas planificadas, de haber omitido contratado el personal necesario y capacitado para que integren el equipo profesional de apoyo que intervienen en cirugías planificadas, esto circulante, instrumentista, sumado además que conocía que no contaba con terapia intensiva ni ambulancia; poniendo los tres procesados en peligro la vida de sus pacientes al no cumplir y hacer cumplir las normas de salud vigentes. Para que un sujeto sea imputable, el autor y el coautor tienen que haber conocido lo injusto del hecho, o por lo menos haberlo podido conocer y haberse podido decidir por realizar una conducta conforme a derecho en virtud de este conocimiento real o posible de lo injusto del hecho; por lo que culpabilidad concreta o la reprochabilidad, está constituida por los elementos intelectuales y voluntarios, anotados: a) comprender lo injusto del hecho, b) determinar la voluntad conforme a esa comprensión (conforme a sentido). Solo ambos momentos constituyen la capacidad de culpabilidad. No se ha justificado frente a este Tribunal que sean personas inimputables frente al Derecho Penal, por el contrario son personas que tienen capacidad de comprender lo injusto del hecho, pues son profesionales con tercer y cuarto nivel universitario, que tuvieron la voluntad de realizar la conducta reprochable sabiendo que era injusta.



LA CONCIENCIA ACTUAL. - Es error de prohibición el que se da cuando hay un conocimiento equivocado de lo injusto. El error de prohibición invencible elimina la culpabilidad. En el caso en ciernes no se ha justificado que alguno de los procesados haya obrado en virtud de error de prohibición vencible o invencible.

EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA, en el presente caso era exigible a los procesados otra conducta diferente a aquella que ahora se juzga; esto es, que debían observar el deber objetivo de cuidado en el desarrollo de sus actividades personales, de modo que no causen daño a la PACIENTE, por lo que sus conductas ameritan que se declare probada la categoría dogmática de la culpabilidad. Por estas consideraciones:

XII REPARACIÓN INTEGRAL Es nuestra obligación referirnos a los derechos de las víctimas de hechos punibles. En un Estado constitucional de derechos y justicia los derechos de la víctima de un delito son relevantes. Así, la Constitución de la República (2008) reconoce el respeto a la dignidad humana, al señalar, en su Art. 11, numeral 7, que el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en ella y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, “no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas (...)”, a la vez que señala que el primer llamado en respetar y hacer respetar dichos derechos es el Estado, siendo éste su más alto deber (Art. 11, numeral 9). De la amplia gama de derechos que reconoce la Constitución (Art.66), figuran, entre otros, el derecho a la inviolabilidad de la vida (numeral 1), a una vida digna (numeral 2), a la integridad personal (numeral 3), que incluye: la integridad física, psíquica, moral y sexual (literal a), etc. Por otra parte, el Art. 75 constitucional ordena que toda persona tenga derecho al acceso gratuito de la justicia y a la tutela efectiva,



imparcial y expedita de sus derechos e intereses. Concordante con esto, en cuanto a los derechos de las víctimas de infracciones penales, el Art. 78 constitucional señala que éstas gozarán de protección especial, debiéndose adoptar 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 (Constitución de la República del Ecuador, 2008). De lo anterior se concluye que la concepción constitucional de los derechos de las víctimas por un delito comprende tres derechos esenciales: el derecho a la justicia, el derecho a la verdad de los hechos y el derecho a la reparación del daño. La reparación integral consiste en volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho si esto fuera posible, y si no lo es, el objetivo subsidiario es subsanar el daño causado, daño que puede ser material o inmaterial para lo cual hay múltiples maneras de hacerlo, entre ellas la reparación económica. Como se observa, si bien la Constitución refleja una concepción amplia de la protección de los derechos de las víctimas, que no se limita únicamente al aspecto económico, siendo obligación del Estado tomar las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho violado, ciertamente la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito constituye un mecanismo adecuado de reparación, que aporta a la protección plena e integral de los derechos de las víctimas y perjudicados. El Art. 77 del Código Orgánico Integral Penal (2014), señala: “La reparación integral radicará 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”, el Art. 78 *ibídem*,



refiere que: “Las formas no excluyentes de reparación integral, individual o colectiva, son: 1. La restitución: se aplica a casos relacionados con el restablecimiento de la libertad, de la vida familiar, de la ciudadanía o de la nacionalidad, el retorno al país de residencia anterior, la recuperación del empleo o de la propiedad así como el restablecimiento de los derechos políticos. 2. La rehabilitación: Se orienta a la recuperación de las personas mediante la atención médica y psicológica así como a garantizar la prestación de servicios jurídicos y sociales necesarios para estos fines. 3. Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales: se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente. 4. Las medidas de satisfacción o simbólicas: se refieren a la declaración de la decisión judicial de reparar la dignidad, la reputación, la disculpa y el reconocimiento público de los hechos y de las responsabilidades, las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas, la enseñanza y la difusión de la verdad histórica. 5. Las garantías de no repetición: se orientan a la prevención de infracciones penales y a la creación de condiciones suficientes para evitar la repetición de las mismas. Se identifican con la adopción de las medidas necesarias para evitar que las víctimas sean afectadas con la comisión de nuevos delitos del mismo género”. El numeral 6 del Art. 622 del referido cuerpo legal refiere a que: “La condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción con la determinación del monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima y demás mecanismos necesarios para la reparación integral, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios cuando corresponda” (Código Orgánico Integral Penal, 2014). En el presente caso, se demostró con los testimonios de los peritos médico legal de los familiares de la occisa la edad que tenía cuando se suscitaron estos hechos que causaron su muerte 20 años de edad analizado ampliamente en esta sentencia, se ha demostrado el daño material e inmaterial en el valor



30.000,00 USD (TREINTA MIL DÓLARES AMERICANOS); que deberán ser pagados de manera solidaria por las personas procesadas.

XIII RESOLUCIÓN

Aplicando el Art. 76, 7, 1) de la Constitución de la República del Ecuador (2008), en concordancia con los Arts. 619, 620, 621 y 622 del Código Orgánico Integral Penal (2014), ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha con sede en la Parroquia Iñaquito, Distrito Metropolitano de Quito, declara la culpabilidad de los ciudadanos MÉDICO A., y de MÉDICO B., como autores responsables del delito de homicidio culposo, ilícito descrito y reprimido por el artículo 146, inciso 1 del Código Orgánico Integral Penal (2014), en concordancia con lo que señala el artículo 42, 1, a) del mismo cuerpo legal, con la Reincidencia contemplada en el artículo 57 ibídem: Reincidencia. Se entiende por reincidencia la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada. La reincidencia solo procederá en delitos con los mismos elementos de tipicidad de dolo y culpa respectivamente. Si la persona reincide se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio...” Se les impone la pena privativa de la libertad individual de cuatro años y con fundamento en el artículo 70, numeral 7 del Código Orgánico Integral Penal (2014), se les impone la multa de diez salarios básicos unificados del trabajador en general a cada uno de los sentenciados; como reparación integral, deberán cancelar al acusador particular la suma de diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (\$10.000 USD) cada uno; respecto de la señora ABOGADA C., se le declara coautora responsable del delito de homicidio culposo, ilícito descrito y reprimido por el artículo 146, inciso 1 del Código



Orgánico Integral Penal (2014), en concordancia con lo que señala el artículo 43 del mismo cuerpo legal. En cuanto a la pena privativa de libertad a imponerse a la prenombrada procesada, y no obstante el análisis atrás desplegado, es de acotar a esta parte que el delito al que responde el presente pronunciamiento, esto es, el previsto y sancionado en el artículo 146 inciso primero del COIP, si bien contempla un lapso de uno a tres años, aclarando que el tribunal no advierte que contra persona procesada existe sentencia ejecutoriada con los mismos elementos de tipicidad, para que se aplique reincidencia. Lo indicado, sin perjuicio además del carácter residual y de última ratio del derecho penal. Residual en tanto no todos los derechos, traducidos en bienes jurídicos protegidos, sean objeto de tutela penal, y no toda lesión o tutela penal conlleve la imposición de una pena. Como última ratio, en cuanto y como se insiste- el derecho penal es un medio de control social que ha de limitarse a ofrecer el último recurso cuando los demás medios de control social, jurídicos o no, resultan insuficientes, o cuando no haya otras formas de control menos lesivas, y a los límites del poder punitivo del Estado, como una de las expresiones del principio de necesidad de la intervención del derecho penal. Asimismo, en el contexto de nuestro Estado constitucional de derechos, la última ratio extendida en el principio de mínima intervención penal, aunque la práctica aún, no supera que el Estado debe limitar su intervención punitiva, de otro modo que la legitimidad del derecho penal debe pasar por declinar, en algunos casos, a la pena o al menos disminuirla. No sólo eso, se configura como una suerte de idea-fuerza, centro de un sistema solar alrededor del que orbitan otros principios como el de “fragmentariedad”, “ultima ratio”, “proporcionalidad” y hasta el de “insignificancia”. Sin embargo, no es fácil adentrarse en su significado, ya que estos términos suelen manejarse con harta vaguedad y hasta solapándose los unos con los otros. Es muy ilustrativa al respecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 8 de enero del 2004, cuyo ponente fue José Gómez



de la Torre (2003), de la que se tiene “El principio de intervención mínima, que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal: a) El ser un derecho fragmentario, en cuanto no se protegen todos los bienes jurídicos, sino tan solo aquellos que son más importantes para la convicción social, limitándose además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes. b) El ser un derecho subsidiario que, como ultima ratio, ha de operar únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal. (...) el carácter doblemente fragmentario del derecho penal, a que hemos hecho referencia, como principio inspirador del concepto material del delito, no sólo exige la protección de los bienes jurídicos más importantes, sino también que dicha protección se dispense sólo frente a los ataques más importantes y reprochables y exclusivamente en la medida que ello sea necesario”. El punto de partida, pues, es el principio de proporcionalidad. Hoy día no se concibe como una ponderación abstracta entre el peso de las respectivas magnitudes de la pena y del delito. O sea, que hemos de desterrar la imagen de una balanza en cada uno de cuyos platillos se posara la infracción penal y su sanción, hasta alcanzar una especie de equilibrio ideal entre ambos. El objetivo es la búsqueda de la eficacia. La pena será proporcionada en la medida en que su contenido de violencia sea suficiente para lograr los fines a los que aspira. Todo lo que rebase ese umbral será superfluo y, por ende, desproporcionado. Por eso se habla de que son corolarios suyos los principios de “necesidad” y “utilidad” (...) sus límites se exceden cuando se produzca una “inadecuación clara entre el medio planteado y las finalidades obtenidas”. Este planteamiento permite percibir la esencia de la intervención mínima. Ha de ser “mínima” en tanto que la represión criminal no se presenta como un fin en sí misma, sino que está subordinada al cumplimiento de unos objetivos. Y, dado que el Estado usa



de la sanción más potente de la que dispone (la pena), la reserva a los supuestos extremos...” (Vega , 2020). Por lo que, este Tribunal, impone la pena privativa de la libertad de UN AÑO, se le impone la multa de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general; como reparación integral, deberá cancelar al acusador particular la suma de diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (\$10.000 USD). La pena corporal la cumplirán conforme al Art. 77.12 de la Constitución de la República (2008), en el Centro de Rehabilitación Social correspondiente, debiendo descontarse el tiempo que hayan permanecido detenidos por esta causa.- De conformidad con el Art. 554 y 555 del Código Orgánico Integral Penal (2014), remítase oficio atento al señor Registrador de la Propiedad del cantón Quito a fin de que se registre la prohibición de enajenar de los bienes de las personas sentenciadas por el monto que se dispone como valor de la multa y reparación y en igual sentido se remita oficio atento a la Superintendencia de Bancos a fin de que se disponga a las instituciones del sistema financiero la retención de los valores ya señalados de las cuentas de los sentenciados. Ejecutoriada esta sentencia de conformidad con el Art. 64.2 de la Constitución de la República, Art. 81 del Código de la Democracia, ofíciase al Consejo Nacional Electoral, haciéndole conocer la pérdida de los derechos políticos de los sentenciados por el tiempo de la condena.”

3.1.1. Fundamentos principales del fallo

De la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha podemos extraer los siguientes argumentos:



1. Se establece dentro del fallo que la prueba practicada inculpa a los tres procesados de manera solidaria e integral. (sic).
2. Se sentencia a la procesada ABOGADA C., por su actuar imprudente al no observar las leyes y reglamentos de salud, dictaminados por la OMS y la normativa interna, ya que en la casa de salud que estaba bajo su administración se realizó una cirugía para la cual la mencionada institución no se encontraba autorizada y por lo tanto era su deber y obligación impedir la realización de este hecho.
3. Se establece adicionalmente que la responsabilidad a la ABOGADA C., se debe a que no tenía contratada el personal necesario y capacitado que debe integrar en cirugías planificadas.
4. También encuentran responsabilidad en que al conocer la mencionada administradora que no tenía terapia intensiva ni ambulancia, se ponía en peligro a los pacientes que eran intervenidos en la mencionada casa de salud incumpliendo las normas de salud vigente

3.1.2. Comentario del fallo

Si bien dentro de las conclusiones finales de este trabajo se hará un análisis mas profundo de cada uno de los puntos de los fallos, creo oportuno establecer que el voto de mayoría dado por los dos jueces del Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, no cumple con los parámetros de motivación necesarios ya que en el caso concreto de la ABOGADA C., se falla haciendo una suerte de conclusión de lo argumentado en contra de los procesados autores; de hecho bajo el argumento de que “la prueba practicada inculpa a los tres procesados de manera solidaria e integral” resulta desde mi perspectiva, un análisis muy



somero y un ejercicio argumentativo que no guarda coherencia con los requisitos de lógica, comprensibilidad y razonabilidad de una sentencia, dado que no llega a desarrollar estos requisitos puntualmente sino mas bien de manera general, sin tener en cuenta que además de estos requisitos el tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional, es un tipo que establece una lista taxativa de requisitos que deben verificarse para poder determinar responsabilidades, actividad que se lleva de forma poco minuciosa en el fallo.

3.2. Voto salvado de la sentencia, emitida por el Dr. Luis Gonzalo Fuentes López, miembro del Tribunal de Garantías Penales de Pichincha.

En cuanto al tercer miembro del Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, Dr. Luis Gonzalo Fuentes López, se separa del criterio de mayoría estableciendo que no existe responsabilidad por parte de la procesada de la siguiente forma:

“ En cuanto a la situación jurídica de la procesada ABOGADA C., es necesario señalar que si bien fue la gerente y representante legal de la Clínica S. G., centro hospitalario privado donde se practicó el procedimiento quirúrgico invasivo, sin embargo, de acuerdo al cuadro probatorio que ha sido analizado anteriormente, la negligencia e imprudencia médicas graves fueron cometidas por los indicados sentenciados, es más, el día del lamentable fallecimiento de la víctima, la encausada de la referencia no se encontraba en la clínica, únicamente fue advertida del suceso a través de una llamada telefónica, por tanto no se puede atribuir responsabilidad penal en caso que se juzga. La encausada no puede ser responsable por la serie de actos negligentes e imprudentes cometidos por los médicos, de quienes no se demostró que hayan laborado bajo relación de dependencia a favor de la representante de la Clínica S. G., La representación fiscal y acusación



particular acusaron a la encausada como coautora del delito de homicidio culposo, en la coautoría confluyen las aportaciones de más de un interviniente, y todos ellos son autores, es decir, todos intervienen en un hecho como propio, en cuanto que todos tienen dominio del hecho. En efecto, el hecho es propio de todos los intervinientes porque todos ellos tienen el dominio sobre el curso de la acción típica. Los intervinientes tienen control sobre el inicio, desarrollo y posibilidad de conclusión del tipo. De la abundante prueba testimonial y pericial analizada en precedencia no se estableció que ABOGADA C., haya tenido el dominio del hecho antes, durante y después de la operación, por consiguiente, ante la falta de certeza probatoria en el momento de proferir sentencia, ha de acudirse al amparo del apotegma in dubio pro reo, expresamente consagrado en el vigente Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 5, ordinal 3, para prevenir el inaceptable riesgo de condenar a un inocente, extremo de la disyuntiva falladora más grave que el de absolver a un eventual responsable, pues, la justicia es humana y, por lo mismo, falible; de ahí que el acto soberano y trascendente de emitir sentencia de condena ha de estar anclado firmemente en prueba de irrefutable solidez; cuando ello no ocurre, se impone en nombre de esa misma justicia, decisión ratificatoria de inocencia. De acuerdo a nuestra realidad constitucional y jurídica, el proceso penal es un instrumento creado por el Derecho para juzgar, no necesariamente para condenar, hay que admitir que también cumple su finalidad constitucional cuando se absuelve al inculgado, como aquí se impone en la medida que persiste, como queda visto, duda razonable sobre la responsabilidad penal de la encausada ABOGADA C., por lo que la única vía constitucional y legal es aplicar el in dubio pro reo a favor de aquella, imponiéndose el proferimiento de una sentencia ratificatoria de su inocencia. Para arribar a la anterior conclusión se tuvo en cuenta el principio constitucional consagrado en el artículo 76, ordinal 5 de la Ley Suprema que imperativamente manda a que nadie puede ser condenado por delito sino cuando el



tribunal que juzga adquiere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación fiscal y que en él hubiere correspondido a la acusada una participación culpable y penada por ley. El tribunal debe formar su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. El hecho investigado y acusado por la Fiscalía, a juicio de estos sentenciadores, debe ser castigado siempre y cuando se encontraren probados los extremos imputativos, en ningún caso puede aceptarse una transgresión de las garantías propias del proceso penal y especialmente a la presunción de inocencia, que constituye un principio fundamental de nuestra legislación, presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso. Dicha presunción debe ser destruida con la prueba rendida en juicio, lo que no ha ocurrido en este caso, por cuanto existe una duda razonable que impide la condena. Señala Ferrajoli que la más clásica e importante función de garantía es justamente la jurisdiccional, por cuanto desarrolla un papel central en el derecho como función de garantías secundaria. En efecto, en sus propias palabras “se trata de una función pública cuya previsión y organización pertenecen a la que más adelante llamaré <dimensión formal> de la democracia constitucional, pero que al propio tiempo, al consistir en la garantía secundaria de los derechos fundamentales en ella establecidos, es el principal factor de la efectividad de la que llamaré <su dimensión sustancial>”.^[5] Ferrajoli, Luigi, Principia Iuris; Teoría del Derecho y de la Democracia; tomo I. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prietto Sanchís y Alfonso Ruíz; Editorial Trotta; Madrid; 2011; página. 831. }}. Parte de esos derechos fundamentales están consagrados como garantías individuales que aseguran a la persona frente al poder punitivo estatal y, de entre ellos, se levanta el principio de inocencia que reviste todo acusado y que lo ampara hasta que una sentencia firme quiebre esa presunción sobre la base de la certeza que adquiere el juzgador a partir de la prueba valorada, no sólo en torno a la existencia



del delito atribuido sino también a su participación. Entonces, como operador judicial dentro de un Estado Democrático y Constitucional de Derecho se debe estricta sujeción a esa clase de principios esenciales que dimanar de nuestra Carta Fundamental y que fueron consagrados, según se sabe, como válvula de protección de todos los ciudadanos frente al Estado; en particular, frente a su brazo represivo. Es por tal razón que se exige que una hipótesis acusatoria deba ser ante todo confirmada por una pluralidad de pruebas o datos probatorios. A tal fin, debe ser formulada de tal modo que implique la verdad de varios datos probatorios y la explicación de todos los datos disponibles. Igualmente, sostiene Ferrajoli que “el miedo que la justicia inspira a los ciudadanos es el signo inconfundible de la pérdida de legitimidad política de la jurisdicción y a la vez de su involución irracional y autoritaria. Cada vez que un imputado inocente tiene razón para temer a un juez, quiere decir que éste se halla fuera de la lógica del estado de derecho: el miedo, y también la sola desconfianza y la no seguridad del inocente, indican la quiebra de la función misma de la jurisdicción penal y la ruptura de los valores políticos que la legitiman (...) el principio de presunción de inocencia hasta prueba en contrario fue oscurecido, cuando no simplemente invertido, por las prácticas inquisitivas desarrolladas en la Baja Edad Media” (Ferrajoli, 1997). En virtud de las consideraciones expuestas en los fundamentos precedentes, demuestran que se mantiene incólume la presunción de inocencia que ha amparado a la encausada ABOGADA C., por lo que, con total apego al Estado constitucional de derechos y justicia que nos rige, el respeto al principio universal de presunción de inocencia, consagrado en el art. 76, ordinal 2 de la Carta Suprema, en armonía con lo dispuesto en el art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1976), el art. 8° de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1977), integrantes del Bloque de Constitucionalidad, y con fundamento en lo que señala el



artículo 619, numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, se impone (sic) la ratificación del estado de inocencia a favor de la referida encausada, cuyas generales constan en el presente fallo, en aplicación del principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse a favor de la inculpada, consiguientemente, se declara cesantes todas las medidas cautelares dictadas en contra de aquella, para cuyo cumplimiento remítanse los oficios correspondientes.”

3.2.1. Fundamentos principales del fallo

Del voto salvado del Tribunal de Garantías Penales de Pichincha podemos extraer los siguientes fundamentos:

1. El juez en esta causa establece que la negligencia e impudencia mas graves dentro del caso son atribuibles a los médicos A. y B., sin desconocer que la administradora paso por alto ciertos deberes que como administradora le correspondían. Sin embargo, apuntala su decisión en que la procesada no se encontraba ejerciendo sus labores el día del evento, por lo que los hechos negligentes no le son atribuibles ya que los procesados no están ni siquiera bajo relación de dependencia con la encausada
2. Observa también que la fiscalía y la acusación particular acusaron a la administradora en calidad de coautora del delito, dejando en claro que para que exista coautoría cada actor debe intervenir con un dominio propio del hecho, cuestión que a criterio de el, no se encuentra en las acciones de la procesada.



3. Establece que las pruebas aportadas al caso, no llevan al convencimiento de la responsabilidad de la procesada, por lo que aplica el principio in dubio pro reo, ratificando el estado de inocencia.

3.2.2. Comentario del fallo.

Si bien en el fallo de minoría del Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, existe un análisis más profundo de la situación de la ABOGADA C., considero de igual manera que resulta un análisis somero en virtud de la exigencia del tipo penal concreto ya que si bien se apela a principios constitucionales no se desarrolla el cumplimiento o no de los parámetros que el tipo penal exige, no cumpliendo a profundidad con los requisitos de lógica, comprensibilidad y razonabilidad que debe cumplir una sentencia.

3.3. Sentencia de Apelación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

La sentencia de apelación ratifica la sentencia de mayoría del Tribunal de Garantía Penales de Pichincha y establece la responsabilidad de la procesada en calidad de coautora de la siguiente manera:

“III. ANTECEDENTES.

3.1.- El 15 de febrero de 2018, se realizó la audiencia preparatoria de juicio, en la que el Juez de la causa, llamó a juicio a MÉDICO A., MÉDICO B. y ABOGADA C., por considerar que existían los elementos de convicción graves y suficientes sobre la existencia de un delito y su presunta participación, los dos primeros en el grado de presuntos autores y, en calidad de coautora la procesada ABOGADA C., del delito tipificado y reprimido por el artículo 146, inciso 1 del Código Orgánico Integral Penal.



3.2.- El jueves 7 de febrero del 2019, se realizó la audiencia de juicio, en la que el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha con sede en la Parroquia Iñaquito, Distrito Metropolitano de Quito, declara la culpabilidad de los ciudadanos MÉDICO A., y MÉDICO B., como autores responsables del delito de homicidio culposo, ilícito descrito y reprimido por el Art. 146.1 del Código Orgánico Integral Penal (2014), los mismos que presentan Reincidencia, que se encuentra contemplada en el artículo 57 Ibídem: “Reincidencia.- (...) Se entiende por reincidencia la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada. La reincidencia solo procederá en delitos con los mismos elementos de tipicidad de dolo y culpa respectivamente. Si la persona reincide se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio (...)”, por lo tanto, al MÉDICO A. y MÉDICO B., se les impone la pena privativa de la libertad individual de cuatro años, una multa de diez salarios básicos unificados del trabajador en general a cada uno, y como reparación integral, deberán cancelar al acusador particular la suma de diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (\$10.000 USD) cada uno; respecto de la señora ABOGADA C., se le declara coautora responsable del delito de homicidio culposo, ilícito descrito y reprimido por el artículo 146, inciso 1 del Código Orgánico Integral Penal (2014), en concordancia con lo que señala el artículo 43 del mismo cuerpo legal, y se le impone la pena privativa de la libertad de un año, una multa de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general y como reparación integral deberá cancelar al acusador particular la suma de diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (\$10.000 USD).



3.3.- El Tribunal de Garantías Penales de Pichincha con sede en la Parroquia Ñaquito dispone que se oficie al Registro de la Propiedad para que se registre la prohibición de enajenar bienes de las personas sentenciadas y a la Súper Intendencia de Bancos para que realice lo pertinente para que se retenga de las cuentas de los sentenciados los valores señalados.

3.4.- Con fecha 08 de febrero de 2019 a las 09H53, la procesada ABOGADA C., por no estar de acuerdo con la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha de 07 de febrero de 2019, interpone recurso de apelación.

3.5.- Con fecha 08 de febrero de 2019 a las 10H47, la Fiscal de la causa, por no estar de acuerdo con la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha de 07 de febrero de 2019, interpone recurso de apelación.

3.6.- Con fecha 11 de febrero de 2019 a las 15h11, el acusador particular, si bien está de acuerdo con la fijación de la responsabilidad personal de cada uno de los procesados, disiente de la pena privativa de libertad impuesta, así como de la fijación de la reparación integral, ya que considera que es insuficiente; por lo mismo por no estar de acuerdo con el quantum de la pena y la reparación integral dictada en sentencia por el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha de 07 de febrero de 2019, interpone recurso de apelación.

3.7.- Con fecha 20 de febrero de 2019 a las 14H18, los procesados MÉDICO B., y MÉDICO A., por no estar de acuerdo con la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha de 07 de febrero de 2019, interpone recurso de apelación.



3.4. Fundamentación de los Recurrentes.

3.4.1. Exposición de los sentenciados recurrentes.

La procesada ABOGADA C., a través de su defensa técnica manifiesta: “Mi cliente fue sentenciada por el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha en su calidad de representante legal de la Clínica S.G., a una pena privativa de libertad de un año, una multa de 20 salarios básicos unificados del trabajador en general, y como reparación integral al pago de USD. 10.000 dólares.

La sentencia tiene como particularidad que fue dictada por voto de mayoría, por lo tanto, existe un voto salvado. La sentencia en su parte pertinente dice: “(...) la ABOGADA C., en su calidad de representante legal de la Clínica que es un hospital básico permitió que se realicen intervenciones quirúrgicas planificadas, omitió contratar el personal necesario y capacitado para que integre el equipo profesional de apoyo que requerían las cirugías planificadas, no contaba con terapia intensiva, ni ambulancia y porque la Clínica incumplió normas de salud vigentes (...)”. Eso es básicamente los hechos por los cuales la ABOGADA C., en su calidad de Gerente y Representante Legal de la Clínica S.G., fue condenada a la pena privativa de libertad de un año. Frente a esta sentencia se aparta el Juez Ponente, doctor Luis Fuentes López y razona en su voto salvado lo siguiente: “Que si bien la ABOGADA C., fue la Gerente y representante legal de la Clínica S.G., el día del lamentable fallecimiento de la víctima, no se encontraba en la clínica, únicamente fue advertida del suceso a través de una llamada telefónica, por lo tanto, no se puede atribuir responsabilidad penal, en el caso que se juzga no puede ser responsable por la serie de actos negligentes e imprudentes cometidos por los médicos de quienes no se demostró



que hayan laborado bajo relación de dependencia a favor de la representante legal de la Clínica S.G., (...) y concluye (...) De la abundante prueba testimonial y pericial analizada en precedencia no se estableció que la ABOGADA C., haya tenido el dominio del hecho antes, durante y después de la operación.” (Corte Constitucional del Ecuador , 2021).

Con estos antecedentes, presenta recurso de apelación y fundamentamos de la siguiente manera:

A) La sentencia viola la obligación constitucional de estar debidamente motivada establecido en el Art. 76 numeral 7 letra l) de la Constitución, porque no pasa el test de motivación de los tres requisitos que establece la Corte Constitucional para saber si una decisión del poder público se encuentra motivada: la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad. La razonabilidad, dice la Corte Constitucional, “(...) en ella se debe verificar que las disposiciones normativas invocadas en la decisión judicial se relacionan con la naturaleza y objeto de la controversia, de esta forma se genera certeza respecto de las fuentes de derecho que han dado lugar a la decisión judicial y se podrá establecer si se trata o no de una sentencia razonable (...). Veamos si este presupuesto se cumple en la sentencia: La sentencia viola de cajón el Art. 76 de la Constitución porque menciona en la parte resolutive al Art. 43 del COIP, como norma para sancionar a la ABOGADA C., como coautora, cuando el indicado Art. 43 del COIP regula la complicidad; hay un error normativo que quiebra la razonabilidad de la sentencia. La coautoría está regulada en el Art. 42 del COIP, eso vuelve de plano nula la sentencia por inmotivada.

B) La procesada ABOGADA C., es condenada como representante legal de la Clínica S.G., y en el proceso existe una medida cautelar que es la clausura temporal de la Clínica



S.G., El inciso segundo del Art. 49 del COIP establece que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales. Entonces, en el momento en que la sentencia le impone a la Gerente General de la Clínica S.G., una pena privativa de libertad está rompiendo la norma prevista en el inciso segundo del Art. 49 del COIP, y desde luego rompe la norma establecida en el Art. 71 del COIP, donde se establecen las penas previstas para las personas jurídicas, en donde no está la privación de libertad del representante legal y con ello se viola también el principio de legalidad consagrado en el numeral 3 del Art. 76 de la Constitución de la República, el que manifiesta, que a nadie se le puede aplicar una pena no prevista en la ley.

C) Se rompe el principio de razonabilidad de la sentencia y la transforma en inmotivada. También es ilógica, es decir, rompe otro de los elementos del test: La lógica es vincular las premisas mayores, que son proporcionadas por las normas aplicables al caso con la premisa menor que son los hechos para extraer una conclusión, que es la decisión judicial. Se quiebra la lógica en la aplicación de la norma y los hechos, porque si quería el Tribunal aplicar el numeral 3 del Art. 42 del COIP, que habla de la coautoría, presupone la existencia de un acto deliberado e intencional atribuible a la ABOGADA C., acto deliberado e intencional que además produzca el resultado. Pero no puede haber este si la señora no estuvo presente el día en que falleció la señorita.

D) La sentencia viola el Art. 455 del COIP, que dice: “el nexo causal entre el presunto responsable y la infracción debe estar constituido por hechos probados y nunca en presunciones.” Lamentablemente, no tenemos una autopsia realizada inmediatamente después del fallecimiento de la víctima, ésta se hizo tres meses después y si se revisa la aclaración de la sentencia dictada por el Tribunal, dice que el perito médico que realizó



la autopsia a los tres meses de los hechos, luego de la exhumación, manifiesta que no se ha determinado la causa del fallecimiento de la PACIENTE, si fue por una mala esterilización de los instrumentos, de la piel de la víctima, o del quirófano de la Clínica S.G., que ocasionó la introducción de la bacteria estreptococo o come carne en el torrente sanguíneo de la víctima; o fue el trombo en la circulación que encontró el médico legista; u otro motivo, por lo tanto no se pudo determinar a ciencia cierta la causa del edema pulmonar que provocó la muerte. Entonces, cómo puede decirse que hay un acto deliberado atribuible a la ABOGADA C., que además vincule los hechos con el resultado para tener una conclusión determinada. Esto en cuanto a la sentencia inmotivada, se incumple dos de los tres ítems del test de motivación de la Corte Constitucional, pero la sentencia recurrida también tiene otras violaciones legales. Viola los numerales 1 y 3 del Art. 146 del COIP, es decir, aquel que sostiene el tipo penal por el cual mi defendida ha sido indebidamente condenada; porque el numeral 1 del Art. 146 del COIP sostiene que la mera producción de resultados no configura infracción, es decir, para poder sancionar a una persona por homicidio culposo por mala práctica profesional la mera producción de resultados no configura infracción, se necesitan otros elementos, entre ellos, el establecido en el numeral 3 que es que el resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas. Si no tenemos la autopsia y la causa efectiva y final del edema pulmonar dicho por la aclaración de la sentencia, no sabemos si éste se produjo por causas conexas, independientes o por acción quirúrgica, incluso si se habría producido por ésta, no hay forma de que uno pueda responsabilizarse por hechos ajenos porque no puede tener control y dominio del hecho y mucho menos en un delito culposo. La sentencia también viola el Art. 34 del COIP, en donde se establece que para que una persona sea culpable de un delito debe existir la antijuridicidad de la conducta y aquí no hay conducta, la señora



no participó en los hechos. Con esos antecedentes solicito que la Sala acepte el recurso de apelación presentado por mi defendida, que revoque la sentencia subida en grado, que ratifique el estado de inocencia de la ABOGADA C., que levante las medidas cautelares de carácter corporativo que están vigentes, es decir, la clausura provisional de la clínica y la prohibición de salida del país que es una medida de carácter personal. Esas dos medidas son las que conllevan además a evidenciar el error conceptual de la sentencia, durante todo el proceso hemos venido reclamando esta ambigüedad de juzgamiento porque no sabemos si se juzgaba a la clínica o a la ABOGADA C., porque para poder defenderse uno tiene que saber precisamente en qué condiciones está siendo acusado y subrayo que el doctor Fuentes, que es quien se apartó del voto de mayoría, hace una reflexión final, y dice: “De todo el acervo probatorio le quedan dudas al Tribunal y esas dudas por disposición expresa del numeral 3 del Art. 5 COIP siempre tienen que favorecer al acusado”.

4.2.- EXPOSICIÓN DE FISCALÍA COMO RECURRENTE La doctora Verónica Magueyito, en representación de Fiscalía de Pichincha, manifiesta: “El recurso de apelación es únicamente respecto de la reparación integral. La reparación integral tal como lo recoge el COIP es de manera global y Fiscalía presentó facturas electrónicas de la Universidad San Francisco de Quito, por \$ 5.632,00 ya que con el testimonio de Valencia Pinargote y de Galo Fernando se demostró que ella era estudiante de esta casa de educación; dos facturas de la clínica “Clínica N.”, la una por \$ 1.217,00 dólares por los servicios del doctor Leonardo Pazmiño y otra de \$ 6.739,99 dólares por los servicios de la clínica. Tres facturas de Jardines del Valle, una de \$ 2.800 dólares por la inhumación del cuerpo de La PACIENTE; la segunda por \$ 47,88 dólares por el mantenimiento y la tercera por \$ 7.370 dólares por la tumba; dando un total únicamente en gastos de \$



23.806,87 dólares. Esas facturas se las ingresó como parte de la prueba de Fiscalía. También se pidió tomar en cuenta el daño psicológico: se presentó tres peritos, la doctora Ana Lucía Arroyo; la psicóloga Johanna Quishpe y la psicóloga Pilar Chiriboga, quienes hicieron la pericia para determinar el daño psicológico producido a sus tres parientes más cercanos, la doctora Ana Lucía Arroyo realizó la pericia a la madre de la hoy occisa; la doctora Johanna Quishpe al señor padre de la hoy occisa y la doctora Pilar Chiriboga a su hermano; se determinó que las tres personas presentan afectación por la muerte de la PACIENTE. Para la proyección de vida se presentó los datos de filiación de la PACIENTE, del cual se desprende que ella nació en el año 1996, que a la fecha de los hechos, cuando murió, ella tenía 20 años, se presentó la certificación del INEC, en el cual establece que la proyección de vida para una mujer en la provincia de Pichincha en el año 2016 es de 80 años y que el costo de la canasta familiar básica a julio de 2016 era de \$ 668,21 dólares. Tomando en cuenta que la PACIENTE tenía 20 años se hizo la proyección por el tiempo restante, es decir, por sesenta años, esto multiplicado por la canasta familiar básica, se determina como proyección de vida la cantidad de \$ 481.913,05 dólares, así fue el alegato de Fiscalía que pidió de esa manera se dicte la reparación integral. El Tribunal determinó que cada sentenciado pague la cantidad de \$ 10.000 dólares, es decir, un total de \$ 30.000 dólares, lo que incumple la normativa del COIP, así como en la legislación internacional y lo determinado en la Corte Internacional de Derechos Humanos. Fiscalía aportó con los documentos para que los señores Jueces puedan tomar la resolución. Se pide que se acoja el pedido de Fiscalía respecto de la reparación integral y de manera única se reforme la sentencia en esta parte.” (Corte Constitucional del Ecuador , 2021).

3.5. Consideraciones y Fundamentos del Tribunal de Sala.



3.5.1. Del recurso de apelación.

El derecho a recurrir está previsto en la Constitución (Art. 76.7, lit. m), los tratados internacionales de derechos humanos (Arts. 8.2, lit. h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y la ley, sin embargo, no todos los recursos son iguales ni pretenden corregir la misma clase de errores, es por ello que le corresponde al legislador determinar el alcance de cada uno, conforme se ha pronunciado la Corte Constitucional, al señalar que “el legislador goza de libertad de configuración en lo referente al establecimiento de los recursos y medios de defensa que puedan intentar los administrados contra los actos que profieren las autoridades. Es la ley, no la Constitución, la que señala si determinado recurso reposición, apelación u otro tiene o no cabida respecto de cierta decisión, y es la ley, por tanto, la encargada de diseñar en todos sus pormenores las reglas dentro de las cuales tal recurso puede ser interpuesto, ante quién, en qué oportunidad, cuándo no es procedente y cuáles son los requisitos -positivos y negativos- que deben darse para su ejercicio (...)”. De conformidad con lo previsto en los artículos 653 numeral 4 del COIP y 208 numeral 1 del COFJ, corresponde a las cortes provinciales conocer los recursos de apelación de las sentencias dictadas por jueces y tribunales de primera instancia, lo que significa que el tribunal de apelación revise la resolución, analice los puntos controvertidos y se pronuncie respecto a ellos. Guillermo Cabanellas (2017) define este recurso del modo siguiente: “Exposición de queja o agravio contra una resolución o medida, a fin de conseguir su revocación o cambio // Por antonomasia en lo jurídico, y específicamente en lo judicial, recurso que una parte, cuando se considera agraviada o perjudicada por la resolución de un juez o tribunal, eleva a una autoridad orgánica superior; para que, por el nuevo conocimiento de la cuestión debatida, revoque, modifique o anule la resolución apelada”. Se trata entonces de un medio de impugnación sustentado en la garantía de la “doble



instancia”, protegido por la Constitución de la República (2008) y los convenios internacionales de derechos humanos, que permite a los litigantes inconformes con la sentencia recurrir ante un tribunal superior a fin de que examine la misma o analice los puntos en desacuerdo, con el objeto de que la modifique o revoque, según sea el caso. El tratadista Luigi Ferrajoli se refiere a la apelación como el “reexamen, a pedido de parte, del primer juicio, lo que constituye una garantía esencial del ciudadano y en particular, en el juicio penal, del imputado (...) Esta doble instancia es al mismo tiempo una garantía de legalidad y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad. Siendo los jueces independientes, aunque sometidos a la ley, la principal garantía contra la arbitrariedad, el abuso o el error es la impugnación del juicio y su reexamen. A falta de doble examen, los principios de imparcialidad y de sujeción de los jueces tan sólo a la ley quedarían privados de garantía, en tanto la arbitrariedad, el abuso o el error no serían censurados y reparados en una segunda instancia de juicio”;

3.6. Marco conceptual y legal respecto a la prueba.

Guillermo Cabanellas (2017) define a la prueba del modo siguiente: “Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho (...). Persuasión o convencimiento que se origina en otro, y especialmente en el juez o en quien haya de resolver sobre lo dudoso o discutido (...)”, para luego ilustrar con un adagio latino, manifestando que es por demás evidente, cuando proclama: “Probatio est demonstrationis veritas”, que significa: “Prueba es la demostración de la verdad”. Podemos entonces concluir que la actividad probatoria es la esencia misma del proceso penal y de la cual nace la certeza o la duda de la existencia del ilícito y de sus responsables, lo que también comporta la obligatoria observancia de normas y principios que no alteren el balance procesal entre las partes;



3.6.1. Homicidio culposo por mala práctica profesional.

El tipo penal por el cual se ha procesado y sancionado al recurrente, es el contenido en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal (2014), que establece: “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 (...)”.

3.7. Análisis de los puntos controvertidos.

De conformidad con el artículo 140 del COFJ, el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, siendo la materialización de lo que en doctrina se conoce como principio “iura novit curia”²; sin embargo, la misma norma pone un límite al establecer que no podrá el juzgador ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

3.7.1. Respetto de la sentenciada recurrente, abogada c.

La recurrente resume su recurso de apelación en lo siguiente: manifiesta que la sentencia viola la obligación constitucional de estar debidamente motivada ya que no cuenta con los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, volviéndola nula ya que no se encuentra conforme lo que establece el Art. 76 de la Constitución, porque el Juez A quo al aplicar el numeral 3 del Art. 42 del COIP, que habla de la coautoría, presupone la existencia de un acto deliberado e intencional que es atribuido a la ABOGADA C., pero

² El juez conoce el derecho



este no existe ya que la procesada no estuvo presente el día en que falleció la víctima, por lo tanto para que una persona sea culpable debe existir la antijuridicidad de la conducta y en este caso, referente a la recurrente no existe, porque ella no participó en los hechos, por lo tanto quiebra la razonabilidad de la sentencia, además manifiesta que a su defendida se le condena como coautora, sin embargo, el Tribunal cita el Art. 43 de la complicidad. También recalca que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales y que cuando la sentencia es impuesta a la Gerente General de la Clínica S.G., con una pena privativa de libertad, está rompiendo la norma donde se establecen las penas previstas para las personas jurídicas, en donde no se encuentra la privación de libertad para el representante legal, por lo tanto, al aplicarse una pena no prevista en la Ley, se viola el principio de legalidad. Añade que con respecto a la aplicación del Art. 43, se evidencia un yerro por parte del Tribunal Penal, ya que este artículo refiere a la conducta de la complicidad; pero los argumentos con los que se fundamenta son conforme el artículo 42, es decir de la coautoría, determinando que los Jueces del Tribunal han cometido un lapsus calami al establecer el artículo, ya que toda la fundamentación en contexto refiere a la participación de la ABOGADA C., como coautora en el presente delito. Referente a que la persona procesada es la persona jurídica o la persona natural, se ha analizado el fallo, la argumentación y razonamiento que hace el Tribunal y con la imposición de la pena, se concluye que la condena no es para la persona jurídica sino para la persona natural, la ABOGADA C., entonces cabe recalcar que la persona jurídica no ha sido procesada ni condenada en la sentencia in examine. Referente a la alegación de la antijuridicidad de la conducta de la ABOGADA C., por no haber estado presente el día y hora de la operación, cabe señalar que se ha podido probar que era ella la representante legal de la Clínica y al serlo estaba dentro de sus competencias la administración de la misma, es decir, ejercer la administración y



control, era la persona quien autorizaba o no la realización de cirugías dentro de la Clínica, quien además tenía la responsabilidad de contar con el personal idóneo y necesario para el funcionamiento de la misma y en particular para la cirugía de la PACIENTE; y tenía conocimiento que según la normativa del Acuerdo Ministerial de 24 de diciembre de 2012, donde se establece que esta casa de salud es de tercer nivel y no puede realizar este tipo de cirugías, por lo que su responsabilidad en calidad de coautora es evidente por ser un hecho incuestionable (Corte Constitucional del Ecuador , 2021).

3.8. Decisión.

Con estos antecedentes, este Tribunal de Alzada, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelve desechar los recursos de apelación interpuestos por los sentenciados: ABOGADA C., MÉDICO A., y MÉDICO B.; y, aceptar los recursos de apelación planteados por Fiscalía y la Acusación Particular y reforma la sentencia en el quantum de la pena impuesta a los médicos MÉDICO A., y MÉDICO B., de 4 años de privación de libertad, a 6 años 8 meses de privación de libertad, pena contenida en el Art. 146 inciso tercero del COIP, pena modificada ya que los referidos médicos han incurrido en reincidencia y es ese el resultado de la pena ya referida; y la multa de conformidad al Art. 70 No. 8 del COIP al pago de 20 salarios básicos unificados. En cuanto a la ABOGADA C., se reforma el quantum de la pena de 1 año de privación de la libertad. A 3 años de privación de libertad, igualmente se modifica la multa impuesta, de 20 SBUTG a 10 SBUTG. b) Se ha realizado un análisis de la reparación integral del Tribunal Penal y se concluye que no se adecúa a los hechos, pues no se ha tomado en cuenta el proyecto de vida de la víctima y los gastos incurridos por



parte de los familiares en cuanto a gastos mortuorios y médicos. Por lo que, con la valoración realizada en la presente sentencia, resuelve imponer la reparación integral de \$ 160.000 dólares prorrateados en partes iguales entre los tres sentenciados. Para cumplir con lo dispuesto en los artículos 82 y 172, inciso segundo, de la Constitución de la República, que garantizan la seguridad jurídica y el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia, se dispone que, a través de Secretaría, se devuelva inmediatamente el expediente a la Unidad Judicial de origen, para los fines legales consiguientes. - Notifíquese y Cúmplase”

3.8.1. Fundamentos principales del fallo

En la sentencia de apelación dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, existe unanimidad en el fallo pudiendo concluir que:

1. Se establece que la pena impuesta por el Tribunal fue en contra de la persona natural y no contra la persona jurídica en virtud de que la persona jurídica nunca estuvo procesada en el caso.
2. Indican que el hecho de que la administradora de la clínica no se encontrara en la clínica el día de la intervención es irrelevante ya que ella al ser la representante legal, estaban dentro de sus funciones autorizar que cirugías se realizaban dentro de esta casa de salud, calificando esto como un hecho evidente e incuestionable.



3.8.2. Comentario del fallo.

En el fallo de apelación se trata de subsanar un error que a mi criterio es sustancial dentro del proceso y que no queda claro, ya que desde la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio se hace referencia a la ABOGADA C., como representante de la Clínica S.G., como si se estuviera procesando a la persona jurídica, determinándose inclusive por la Unidad Judicial Penal de Quito en fojas 18 del expediente, que “La ABOGADA C., en su calidad de gerente y representante legal de la Clínica S.G, lo que tiene que ver con las personas jurídicas hay jurisprudencia en Inglaterra se habla de la presunta responsabilidad y homicidios culposos” cuestión que no es menor ya que en caso de ser procesada la persona jurídica, las responsabilidades son distintas.

Por otro lado, se falla en contra de la procesada en virtud de que no tenía tanto el personal adecuado como el equipamiento para la cirugía realizada, sin embargo, no se tiene en cuenta que, la clínica no estaba autorizada para ese tipo de procedimientos y que no correspondía tener el personal y equipamiento necesario para los mismos.

3.9. Inadmisión del Recurso de Casación por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia.

Una vez que se ha concedido el recurso, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, avoca conocimiento y realiza las consideraciones que siguen:

“RECURSO DE CASACIÓN



3.4 Análisis de la fundamentación de los recursos de casación interpuestos por los procesados ABOGADA C., MÉDICO B., MÉDICO A.:

3.4.1. Individualización de la sentencia recurrida. - Los recurrentes indican el fallo con individualización del proceso, las partes procesales, y los juzgadores que dictaron la resolución impugnada señalando que la sentencia recurrida es la dictada dentro del Juicio signado con el No. 17294-2017-00979, el 21 de junio del 2019, las 11 h 01, debidamente notificada el mismo día y en la misma hora (Corte Constitucional del Ecuador , 2021).

3.4.2. Análisis de la exigencia de fundamentación de los recursos de casación interpuestos.- Al ser el recurso de casación un medio extraordinario que le concede la ley a la parte agraviada, un requisito sine qua non para su procedencia es que el escrito contentivo del recurso se encuentre debidamente fundamentado, esto se traduce en que el recurso interpuesto cuente con las normas de derecho que se estima infringidas, que se individualice el vicio que acusa, y que exista una correlación entre los yerros aducidos y la confrontación que necesariamente la parte impugnante debe realizar con la sentencia; este ejercicio argumentativo en definitiva no es otra cosa que la fundamentación conforme a hecho y a derecho que imperiosamente debe presentar la parte recurrente. De conformidad con lo establecido en el artículo 656 del COIP, en armonía con lo establecido en la resolución No. 10 2015, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, este Tribunal procederá a realizar el análisis del cumplimiento de los requisitos de fundamentación en relación a los recursos de casación interpuestos a continuación:

3.4.2.1. Análisis de la fundamentación presentada por la recurrente ABOGADA C., en su calidad de representante legal de la Clínica S. G.

3.4.2.1.1. Primer cargo casacional aducido. - Errónea interpretación de los artículos 27 y 146 inciso cuarto del COIP. - En relación a la primera violación a la ley alegada al amparo de la causal de errónea interpretación de los artículos 27 y 146 inciso cuarto del COIP.



La recurrente expresó en el acápite 3.1. del memorial contentivo de su recurso, que el error de derecho se encuentra contenido en el numeral 5, acápite 3.1. de la sentencia dictada el 21 de junio del 2019, las 11h01, por el Tribunal de Alzada, en ese orden de ideas refirió que los requisitos previstos en el artículo 27 deben ser concurrentes para que la conducta sea punible, no bastando con la acreditación de uno de ellos, y que por eso no era suficiente la identificación de la imprudencia o violación del deber objetivo de cuidado, sino que es imprescindible que el Tribunal identifique cómo esos hechos produjeron la muerte. En el mismo sentido expresó que: “[...] En el caso concreto tal como lo dice el Tribunal en la sentencia en el Considerando 5, Numeral 5, acápite 3.1, únicamente se limita a enumerar las violaciones al deber objetivo de cuidado, pero no indica de ninguna manera cómo estos hechos produjeron la muerte. Y no lo hace no solo por deficiente motivación de la sentencia (que será objeto de una argumentación de nulidad constitucional más adelante), sino que no lo hace porque no hay certeza de cuál fue la causa de la muerte de la paciente, toda vez que al momento de su fallecimiento el padre desistió de realizarle la autopsia, y no fue sino tres meses después que realizaron una exhumación del cadáver, no existiendo la certeza hasta el día de hoy de cuál fue la causa de la muerte [...]”(sic) “[...] El Tribunal debió decirnos cómo ser el representante legal de la Clínica provocó la muerte de la paciente; cómo ser la persona que supuestamente autorizaba la realización de una cirugía provocó la muerte de la paciente; cómo la falta de registro del Senescyt del título de enfermera e instrumentista, provocó la muerte de la paciente; cómo el hecho de haber realizado la cirugía en un Hospital Básico provocó la muerte de la paciente [...]” (sic) (El énfasis fuera de texto) “[...] El Tribunal al dictar sentencia se limita a la identificación de violaciones al deber objetivo de cuidado, como si uno solo de los requisitos previstos en el Art. 27 y 146 del COIP fueran suficientes para la atribución de responsabilidad penal bajo la modalidad culposa, interpretando



erróneamente la norma al darle un alcance que no se ha previsto en la ley penal, violando incluso el artículo 13 numerales 2 y 3 del COIP al interpretar de manera extensiva la norma [...]” (sic) Frente a lo expuesto se destaca que la impugnante en el caso arguyó la causal de errónea interpretación de los artículos 27 e inciso cuarto del artículo 146 del COIP, por cuanto para la atribución de su responsabilidad la Sala se limitó a la verificación de uno solo de los requisitos, esto es, de la relación de causalidad entre la violación al deber objetivo y el resultado de muerte. En el mismo contexto la impugnante en el acápite 3.1. de sus fundamentos refirió que el error de derecho se encuentra contenido en el numeral 5, acápite 3.1. de la sentencia dictada el 21 de junio del 2019, las 11h01, por el Tribunal de Alzada.

De la exposición antedicha, este Tribunal expresa que en relación al vicio referido la impugnante no ha llegado a desarrollarlo en cuanto a la naturaleza propiamente dicha de este yerro, pues en la especie refiere que existe un error en cuanto al sentido y alcance de las disposiciones citadas ut supra, sin embargo en su fundamentación no llega a desarrollarlo, sino que limita más bien a referir sobre una posible contravención expresa de normas al no haberse tomado en cuenta a su decir todos los requisitos para la atribución de su responsabilidad, además de demostrar su inconformidad en cuanto a los razonamientos del Ad quem pues tal como se transcribe en el párrafo segundo ut supra, se presentan una serie de cuestionamientos en relación a la valoración sobre lo que provocó la muerte a criterio del Tribunal de instancia empero, en ningún escenario se expresan las razones jurídicas que la asistían para considerar que las referidas normas no se subsumían al caso, sino que de manera por demás reiterativa se refiere a la aplicación incompleta de la norma por cuanto no se tomaron en cuenta todos los requisitos para declarar su responsabilidad, lo cual es un ejercicio argumentativo que debió haber sido



desarrollado en función a otro yerro y que torna al cargo de errónea interpretación en inadmisibile.

3.4.2.1.2. Segundo cargo casacional aducido.- Errónea interpretación del artículo 42 numeral 3 del COIP.- En el caso ejusdem en relación a la causal de errónea interpretación del artículo 42 numeral 3 del COIP, la recurrente, ABOGADA C., en su calidad representante legal de la Clínica S. G., refirió que el Tribunal Ad quem seleccionó bien la norma, pero la interpretó mal dándole un alcance que el legislador no ha previsto, existiendo el yerro del Tribunal en la sentencia por la atribución de responsabilidad penal en calidad de coautora de un delito culposo. Sobre este cargo en concreto una vez realizado el análisis correspondiente, este Tribunal evidencia que más que una fundamentación por errónea interpretación en strictu sensu, la impugnante lo ha hecho en el sentido de presentar sus desarrollos para presentar una argumentación sobre la existencia de una indebida aplicación de la norma referida artículo 42 numeral 3 del COIP - al expresamente señalar ABOGADA C., que en el Ecuador no existe la coautoría imprudente, porque los aspectos objetivos de este grado de responsabilidad son contrarios con los elementos de la culpa, y que en suma “[...] la coautoría sólo es aplicable a los delitos dolosos [...]” (sic) (El énfasis fuera de texto).

Esta forma en la que fue presentada el recurso y que además ha sido destacada y subrayada por estos Jueces, evidencia a todas luces la falencia técnica en cuanto a la fundamentación de la causal, pues la misma recurrente advierte en su escrito que lo preceptuado en la norma no era lo aplicable a su caso, evidenciándose la ausencia de fundamentación en relación a la errónea interpretación del artículo 42 del COIP, y a más de expresar como ya se ha venido repitiendo reiteradamente que no existe ese grado de participación, la impugnante no ha referido en qué parte concreta del numeral 3 del artículo 42 ibídem se produce el error de derecho, esto es, que no ha señalado cuál es el sentido y alcance errado



que le ha dado la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha, y cuál es el otorgado por el legislador, así como tampoco se ha demostrado la trascendencia del vicio en la resolución de la causa, motivos por los que se inadmite este yerro.

3.4.2.1.3. Tercer cargo casacional aducido.- Indebida aplicación del artículo 146 del COIP.- En cuanto a la enunciación y desarrollo de su tercer cargo casacional, la recurrente expresó que existe una indebida aplicación del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, argumentando que en el caso el Tribunal realiza una selección errónea de la norma a utilizar, pues se trata de un error de subsunción, por cuanto no cualquier persona puede ser sujeto activo del delito sino solo aquella que produce la muerte por culpa en el ejercicio de su profesión. “[...] Por ello es importante que nos refiramos a la tipicidad objetiva, la cual es la descripción abstracta y genérica de la conducta prohibida, la que debe ser redactada en la ley de tal modo que todos los ciudadanos hacia quienes está dirigida la norma puedan comprender, sin lugar a dudas, cuál es el hecho punible [...]” (sic). Frente a lo esbozado ut supra, resulta relevante referir que esta argumentación ya fue presentada por la recurrente, y a la vez ya fue analizada por este Tribunal tal como se desprende en el acápite 3.4.2.1.1 de la presente resolución, esto es, por la causal de errónea interpretación del artículo 146.3 del COIP. Con lo expuesto, se colige en el caso que la impugnante ha argüido en la especie de manera simultánea la concurrencia de dos causales de casación infringidas para el mismo precepto normativo, esto es, que existe errónea interpretación del inciso cuarto del artículo 146 e indebida aplicación de toda la referida disposición. Esta forma en la que ha sido presentado el recurso deviene en contrario a la técnica casacional, pues ha fundamentado de manera simultánea una misma norma al amparo de dos causales de casación diferentes y excluyentes entre sí, pues si bien en cuanto al primer caso manifestó que la errónea interpretación se encuentra en cuanto a un inciso específico tercero no obstante, en el desarrollo de su tercer motivo de



casación expresa una indebida aplicación del artículo 146 ibídem en términos amplios y generales lo cual torna al yerro en inadmisibles, pues deviene en contrario a la lógica alegar que se le ha dado un sentido y alcance errado a una disposición que en principio no debía ser aplicada.

3.4.2.1.4. Sobre la nulidad constitucional por falta de motivación de la sentencia.

En la especie la recurrente comenzó su exposición citando los artículos 76 numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador (2008), 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial (2015) y 621 del Código Orgánico Integral Penal (2014); de la misma manera citó jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional dentro de la sentencia 063-14-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0522-12-EP, resolución 1629-2015, dictada dentro del caso 0787-2015-JCC. Sobre este punto es importante relatar que tal como lo ha mencionado la recurrente, tres son los requisitos establecidos por la Corte Nacional de Justicia y por la Corte Constitucional para la debida motivación. En el caso, la ciudadana ABOGADA C., no ha llegado a desarrollar ninguno de ellos, pues se limitó a cuestionar la decisión adoptada por el Ad quem, volviendo una vez más sobre la fundamentación anteriormente presentada y que ha sido su sustento jurídico argumentativo para las tres causales anteriormente estudiadas, esto es que ha expresado que no cabe el grado de participación de coautoría en los delitos culposos, lo cual vulnera lo establecido en los artículos 455 del COIP, numerales 1 y 3 del artículo 146 ibídem ya que la Corte Provincial no ha llegado a determinar el nexo causal. Con lo dicho, y tal como se aprecia de los párrafos que anteceden, la impugnante una vez más no ha llegado a desarrollar sus asertos, pues a lo largo del extenso libelo contentivo de su recurso presentó los mismos sustentos de las otras causales para apoyar la supuesta falta de motivación, sin embargo no ha determinado el por qué la sentencia es ilógica, irrazonable o incomprensible. Motivos por los cuales se desechan estos cargos.



3.4.2.1.5. Sobre las nulidades procesales alegadas.- Sobre las violaciones a trámite alegadas, es de anotar que la nulidad como institución procesal del derecho, ha sido definida por la doctrina como un defecto de forma en el ejercicio o desarrollo del acto procesal Salas (2004); como una sanción al acto irregular Viterbo (1998) como el incumplimiento de algún requisito que la ley prescribe para la validez del acto Pottstock Padilla (1997); como una consecuencia lógica del incumplimiento de aquellas formas a las cuales la ley atribuye determinados efectos, es decir, como una sanción de ineficacia con que la ley castiga los actos de procedimiento cuando se ha faltado a trámites esenciales o para cuyo defecto las leyes dispongan expresamente la nulidad. Sobre la base de los conceptos esgrimidos, se desprende que las nulidades procesales buscan la invalidación del proceso por errores en cuanto a su tramitación, por tanto se deben regir por los principios de tipicidad y trascendencia, lo cual significa que los motivos deben estar expresamente consagrados en la ley como tal motivo, y que deben incidir de tal forma en la decisión de la causa, pues si el vicio no tiene relieve en la resolución no es posible nulificarlo. En la especie, la impugnante refirió como causal motivo de nulidad que no se le practicó la autopsia a la occisa PACIENTE de conformidad con lo establecido en el artículo 461.3 del COIP, existiendo una violación de trámite por cuanto no se lo hizo en el momento mismo de su deceso, sino en la exhumación del cadáver luego de tres meses de su fallecimiento, por lo que la falta de esta ritualidad judicial influyó en la decisión de la causa porque afectó la construcción de la verdad procesal ya que hasta la actualidad no se conoce con certeza la causa de la muerte de la paciente. En el caso ejusdem, la violación de trámite no es una omisión como en el caso se la está planteando, sino que es una actividad procesal de acción equivocada, distinta de la pertinente, pues de la fundamentación esbozada se reitera que la recurrente vuelve a incurrir en el defecto argumentativo que ha sido evidenciado como una actuación constante en esta causa, esto



es, señalar un cargo casacional y desarrollarlo bajo el paraguas de otro, de tal forma que de la lectura de esta fundamentación en concreto se evidencia que bajo lo argüido fue otro error de derecho que debió desarrollar, como en el caso, en el cual paradójicamente la recurrente destaca la no utilización del artículo 461 del COIP, contraviene el principio in dubio pro reo, para en caso de duda fallar a favor del procesado, tanto más que en relación a las nulidades procesales en casación esta Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia en reiteradas resoluciones ha indicado que los errores in iudicando son los que son objeto de conocimiento de estos juzgadores, mientras que los errores in procedendo o como la doctrina comúnmente los ha denominado “defectos de actividad” y en concreto estos aspectos sobre nulidades de trámite debieron haber sido discutidos en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio o incluso en la apelación, pues esta alta Corte de casación se ocupa de los vicios de derecho. Esta es la finalidad del recurso de casación, mantener la exacta observación de la ley y "cumple esta función revisando el juicio de derecho contenido en las sentencias de los jueces, o sea, el juicio sobre la existencia o inexistencia de una norma abstracta de ley y sobre si es o no aplicable al caso concreto” (Zavala, 1994). Por lo expuesto, no siendo las alegaciones referidas por el recurrente, fundamentación que tenga que ver con la naturaleza del recurso de casación, se las desecha por improcedentes.

CUARTA RESOLUCIÓN Por lo expuesto, en virtud de los motivos expresados en los considerandos que anteceden, se **INADMITEN**, los recursos de casación interpuestos por **ABOGADA C., MÉDICO B., MÉDICO A.**, por no cumplir con los requisitos contemplados en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal. - Notifíquese y devuélvase”



3.9.1. Fundamentos principales de la inadmisión de Casación.

De la inadmisión del Recurso de Casación por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, podemos concluir que:

1. Frente al cargo casacional de errónea interpretación de los artículos 27 y 146 inciso cuarto del COIP al no establecerse todos los requisitos determinados en el tipo, el Tribunal establece que no se desarrolla la naturaleza del yerro en virtud de que la recurrente se limita a indicar que existe una contravención expresa de normas al no tomarse en cuenta todos los requisitos necesarios en el tipo para fijar la responsabilidad.
2. Frente al cargo casacional de errónea interpretación del artículo 42 numeral 3 del COIP indican que existe una falencia técnica en cuanto a la fundamentación de la causal debido a que solamente se expresa que no existe ese grado de participación en la legislación sin referir cual es el sentido y alcance errado por los jueces de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha.
3. Frente al cargo casacional de indebida aplicación del artículo 146 del COIP, denotan que la defensa técnica vuelve a concluir la concurrencia de dos causales de casación diferentes y excluyentes entre si con la diferencia que en la primera los hace frente al inciso tercero del 146 del COIP y el segundo del artículo 146 en sentido amplio.



4. En cuanto a la nulidad constitucional por falta de motivación de sentencia, indican que la recurrente solo indica que la sentencia no cumple con los parámetros de motivación que exige la corte constitucional, sin embargo, no se desarrolla de ninguna forma como la sentencia incumple con estos parámetros utilizando nuevamente los mismos argumentos utilizados para los cargos casaciones anteriores.

5. Sobre nulidades procesales alegadas denotan que la procesada indica que la falta de autopsia es una violación del trámite, más sin embargo establecen que esta no es tal sino mas bien una actividad procesal equivocada distinta de la que corresponde, por lo que no es una causal de nulidad.

3.9.2. Comentario del fallo

Si bien la casación siempre representa un ejercicio de altísima técnica jurídica, considero que este fallo, pone en evidencia las falencias de las sentencias de las instancias previas, dejando la interrogante de si en la Sala, debe solamente remitirse a los cargos casacionales emitidos por las partes, o mas bien realizar un análisis integral de las sentencias a fin de no dejar lo que quizá resulta una aplicación errónea de la norma vigente del sistema normativo ecuatoriano

Si bien quizá para un estudiante de grado que apenas inicia en el mundo del derecho resulta complejo comentar un fallo de un tan alto nivel argumentativo, esta inadmisión



me deja con la duda de que si en el sistema procesal ecuatoriano, se pueden llevar a sacrificar garantías constitucionales como la de la motivación, en virtud de no cumplir con lo que a mi criterio representan meras formalidades.

4. Desarrollo metodológico

Los métodos a aplicar dentro del presente análisis de caso, están contenidos en tres métodos, el método investigativo cualitativo a fin de aplicar entrevistas a fin de tabularlas y conjuntamente con la bibliografía recopilada llegar a conclusiones respecto de los criterios vertidos en cada una de las sentencias emitidas en el caso de estudio; otro es el método deductivo a fin de partir de conceptos e ideas generales dentro del caso para llegar a aspectos puntuales de la aplicación de la norma y en última instancia a la aplicación de estos conceptos en el caso de responsabilidad por coautoría en el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional y por último un método inductivo que parte de aspectos simples o particulares de la norma hacia la generalidad de su aplicación.

4.1. Entrevistas

Entrevista Dr. William Sangolquí

Juez de la Unidad Judicial de Tránsito De Cuenca

1. ¿Considera usted que este delito se encuentra desarrollado parcialmente?

Bueno es muy complicado el tipo penal de la mala práctica profesional, se requieren tres presupuestos para que se cumpla con aquello; entonces hablar de que existe un deber



objetivo de cuidado que se violó, de que la actuación era ilegítima, es decir que no estaban autorizados los protocolos para realizarlos, lo que resulta muy complejo y lo único que le queda a fiscalía para conseguir el complemento de estas tres circunstancias que establece el tipo penal sería la pericia médica nada más. Si una pericia médica establece que aquí se ha cometido un delito y que es una falta grave profesional por parte de los médicos, podría en ese caso fiscalía plantear una petición de formulación de cargos y lo que continúa ya procesalmente hablando, pero es un tipo penal en extremo complejo; no considero que es un tipo penal abierto ni en blanco porque están bien determinadas en el tipo las tres circunstancias que deben cumplirse, en un tipo penal en blanco se incluirían palabras tales como “podría o cualquiera” es decir que pueden haber interpretaciones por lo que considero que este tipo penal no es ninguno de los dos, pero reitero que si es muy complejo que fiscalía pueda demostrar las tres circunstancias que exige el tipo penal.

2. Dentro de la estructura del tipo penal, ¿considera usted que el sujeto activo debe tener una cualificación especial?

Respecto a esto necesariamente debe ser un profesional de la salud siendo por ejemplo el anesthesiólogo, el cirujano, o la persona que está encargado de algún punto específico del tema de la operación, sin embargo esto está dirigido a los profesionales, ya que si no tiene esta calidad el sujeto activo, ya estamos hablando de otro tipo penal.

3. ¿Cree usted que cabe la coautoría en un delito culposo en la legislación penal ecuatoriana?



La doctrina nos dice que sí, entonces puede ser que en conjunción de actos un grupo de personas dos o más, violen el deber objetivo de cuidado, entonces por supuesto que existiría la coautoría, caso muy distinto por ejemplo en materia de tránsito, donde no existe coautoría, es imposible porque en esta materia al que se le sanciona es al conductor y es imposible que haya dos conductores, pero en el tema penal en sentido estricto si puede haber coautoría en la culpa.

4. ¿Considera que dentro de este delito debe existir certeza absoluta de la causa de muerte para atribuir responsabilidad?

Básicamente yo considero que debe existir certeza en el tema de la negligencia, porque un médico que no se preocupe cuando se va a someter a un paciente a una intervención quirúrgica, de si este es alérgico a la anestesia, o que no haga un estudio al respecto; esto sería una terrible negligencia por parte del médico, es un tema culposo de negligencia, no sería un tema doloso al no realizarlo con intención porque nuevamente cambiaría la figura, pero básicamente aquí es el actuar negligente y es la situación que debe demostrar la fiscalía.

5. En el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, ¿cuál debe ser el nexo causal a probarse a fin de atribuir responsabilidad?



Siempre debe ser que la infracción al deber objetivo haya sido lo que causó la muerte de la víctima.

6. ¿Es posible que una exhumación supla a la autopsia como prueba dentro del proceso penal?

Bueno siempre va a depender muchísimo del caso concreto, pero por ejemplo cuando yo ejercí como fiscal, en dos casos muy puntuales, ocurrió en el primero que con complicidad de ciertos policías se estableció que la muerte se había dado por un suicidio y cuando realizamos la exhumación, verificamos que en efecto no era suicidio ya que el cadáver tenía una herida profunda en el cráneo y esa era la causa de muerte y para maquillar el asunto el cadáver fue colgado en una viga. En otro caso se estableció como un derrame cerebral de la víctima y al realizarse la exhumación descubrimos que había sido un disparo en la cabeza, entonces depende muchísimo del caso concreto en la caso de la negligencia médica, salvo que sea de inmediato para realizar exámenes toxicológicos y otras pericias que lleven a la certeza, podrían pero en otras circunstancias, dependería del tiempo y de la situación, sin embargo tiene validez siempre y cuando lleve a la certeza de la causa de muerte.

7. ¿Cabe la responsabilidad de una persona jurídica en un delito de mala práctica profesional en el área médica?



Bueno ya para un análisis más estricto deberíamos revisar a detalle el caso, sin embargo, el hospital la clínica o el centro de salud no tendría ninguna responsabilidad para el caso per se, por ejemplo si una persona fallece por la falta de atención por una orden superior, o que en una clínica se establezca que si no hay quien pague por la atención el paciente no ingresa dada por el gerente, propietario o administrador, ahí podría haber algún tipo de responsabilidad de la persona jurídica, pero en este caso en concreto no veo en donde podría haber responsabilidad.

8. ¿Cree usted que el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional representa una persecución a la a la profesión de médico?

No, jamás la justicia como tal nunca es persecutoria, lo que persigue es el delito, no a un grupo exclusivo de profesionales, eso es una situación totalmente errada.

9. ¿Cuál es el hecho circunstancial a ser probado en el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional

Lo que primero debe ser demostrado es la materialidad de la infracción, una vez dada esta se debe demostrar la responsabilidad, revisando obviamente que no exista causa de exclusión de la antijuridicidad, las circunstancias que deben ser bien analizadas por parte de los operadores de justicia en este caso fiscalía o el juez al que le toque conocer esta situación, pero reitero que es un tema muy complejo y debería haber una reforma para este tipo penal para aclarar mejor el tema de la negligencia ya que las tres circunstancias son en extremo difíciles de demostrar o que llegan inclusive al subjetivismo siendo un



tipo penal complejo y eso lo sufre fiscalía y los jueces especialmente cuando no tienen experiencia debida y se dejan manejar por lo que se dice por medio de redes sociales, el juez debe ser absolutamente imparcial y no debe influir el criterio de la gente que desconoce de temas jurídicos.

Entrevista Dr. Esteban Coronel

Fiscal de Cuenca

1. ¿Considera usted que este delito se encuentra desarrollado parcialmente?

De la revisión del tipo penal considero que el ámbito de la vulneración al deber objetivo de cuidado está taxativamente normado al establecerse los 4 elementos que deben concurrir, sin embargo lo que desde mi punto de vista está parcialmente desarrollado es el tema de la profesión, todo esto en virtud de que el termino puede ser ambiguo ya que en la norma no se determina cuando una persona cumple con la calidad de profesional, porque según el ámbito podríamos estar frente a un profesional sin que haya cursado una preparación académica para ser considerado como tal y estar en la capacidad de fungir como experto, como por ejemplo los artesanos que son profesionales, sin embargo no tienen una preparación académica per se, lo que podría dejar fuera del tipo a sujetos activos que podrían o deberían estar inmiscuidos dentro de este tipo de delitos, por lo que para mí no es una norma que requiere mayor especificidad en ese punto.



2. Dentro de la estructura del tipo penal, ¿considera usted que el sujeto activo debe tener una cualificación especial?

Dentro del tipo penal esto está relacionado directamente con el tema anterior, al existir obscuridad en el tema de la profesionalidad, va a ser complicado para fiscalía demostrar en ciertos casos cuando una persona va a ser sujeto activo de este delito, sin embargo resulta necesario que se demuestre que este delito se lleva a cabo por un profesional, sino degeneraría en otro tipo penal.

3. ¿Cree usted que cabe la coautoría en un delito culposo en la legislación penal ecuatoriana?

En análisis del Código Orgánico Integral Penal a primera vista se puede decir que no porque el homicidio culposo tiene características propias en el ámbito del elemento subjetivo ya que no empata en el en el tema de la culpa por parte del delito y el dolo que aparentemente requiere la coautoría tal y como está desarrollada en el COIP, a mi criterio en al caso concreto existe coautoría de los médicos, sin embargo no entre los médicos y la administradora ya que no existe un acción deliberada por parte de esta última.

4. ¿Considera que dentro de este delito debe existir certeza absoluta de la causa de muerte para atribuir responsabilidad?



Indudablemente, dentro de todos los delitos en donde la bien jurídica vida se encuentra protegido se debe tener certeza absoluta de la causa de muerte para poder atribuir responsabilidad.

5. En el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, ¿cuál debe ser el nexo causal a probarse a fin de atribuir responsabilidad?

Debe probarse cómo la vulneración la deber objetivo de cuidado ha causado la muerte del sujeto pasivo; en este caso me llama la atención como no se investigan los hechos ocurridos en la segunda clínica, no se determina ahí cual es la infección que sufría la paciente, por lo que desde mi punto de vista lleva a la duda de que ocurrió en esa segunda serie de eventos.

6. ¿Es posible que una exhumación supla a la autopsia como prueba dentro del proceso penal?

La exhumación es una técnica de investigación regulada dentro del Código Orgánico Integral Penal que permite en gran medida auxiliar a la administración de justicia para determinar la causa de muerte; no considero que en este caso en sí porque no resulta concluyente en el caso, la exhumación siempre y cuando conlleve a la certeza de la causa de muerte es perfectamente aplicable dentro de la legislación ya que no en todo delito se tendrá la posibilidad de realizar la autopsia como corresponde, sin embargo no constituye la prueba autónoma dentro de un delito de homicidio.



7. ¿Cabe la responsabilidad de una persona jurídica en un delito de mala práctica profesional en el área médica?

Desde mi punto de vista viene ligada a la responsabilidad de la administradora, ya que si bien el uso de instalaciones son consentidas, más no son consentidas para el cometimiento de un delito, sin embargo de lo que se establece en el tipo no se encuentra por ningún lado que se puede atribuir responsabilidad de las personas jurídicas en este tipo de casos, cuestión que es necesaria y está determinada así en el Código Orgánico Integral Penal.

8. ¿Cree usted que el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional representa una persecución a la a la profesión de médico?

Si bien la profesión médica es una profesión muy difícil y dura, se ha visto que no en todos los casos existe no existe esa diligencia con la que se deben llevar los procedimientos, desembocando en la pérdida de vidas en base a la inobservancia de ciertos aspectos ineludibles, hay que tener en cuenta que esto no es un ataque porque en la mayoría de las legislaciones del mundo se establece una responsabilidad por mala práctica profesional médica, que en sí que es una responsabilidad que incide en la actividad de los médicos, sin embargo todos los profesionales dentro de sus campos de acción están sujetos a responsabilidades.



9. ¿Cuál es el hecho circunstancial a ser probado en el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional?

Aquí se requieren de dos hechos, esencialmente la causa de muerte y como ésta se encuentra ligada a la vulneración del deber objetivo de cuidado.

Entrevista Dr. Andrés Clavijo

Abogado Penalista en Libre Ejercicio Profesional

1. ¿Considera usted que este delito se encuentra desarrollado parcialmente?

Evidentemente el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional sí se enmarca dentro de los tipos penales conocidos como abiertos ya que no establece con claridad la calidad del injusto penal entendiendo materialidad de la presunta responsabilidad que se debe establecer; es decir los requisitos que el actor debe cumplir para incurrir en el acto antijurídico como tal, más aún cuando estamos frente a un delito de carácter culposo en donde hay que analizar el deber objetivo de cuidado, siendo el juez quien tiene que ir cubriendo ciertas características que el tipo que no se establecen dentro del mismo delito, por ejemplo: se le dice que debe analizarse el incremento del deber objetivo de cuidado, en que se incumple, o en qué acto se da el incumplimiento, es ahí en donde resulta un ejercicio del juez bastante subjetivo al tener que analizar. En conclusión yo creo que en el tipo penal del 146 se enmarca en esta categorización de tipos de carácter abierto en donde se le delega el juez una responsabilidad mayor para poder acreditar responsabilidad. Hay doctrinarios que se pronuncian al respecto y hablan sobre la



categorización de delitos formulando cuál fuese el éxito que se debe señalar. Welzel, por ejemplo, es muy pragmático y dice que: en materia de derecho penal no podemos estar frente a delitos de carácter abierto, sino más bien a delitos de carácter cerrado, es decir ante un tipo penal bien definido y que la conducta del presunto infractor esté plenamente determinada, para así evitar la discrecionalidad o la subjetividad del juzgador, resultando en que la sentencia del juzgador A, sea la misma que la del B y que el C, cuestión más necesaria en delitos de carácter culposo. Sin embargo, también existen doctrinarios como Roxin que indica que caeríamos en un perfeccionamiento matemático del tipo penal para establecer el tipo penal cerrado, todo esto sin descartar en que los delitos puedan ser abiertos, esto porque estamos en derecho penal de acto más no de actor; esto quiere decir que se tiene que analizar el proceso tal como está regulado en el Código Orgánico Integral Penal, lo que a mi criterio queda muy abierto sobre el tema de cómo establecer los elementos objetivos y subjetivos del tipo para poder atribuir responsabilidad.

2. Dentro de la estructura del tipo penal, ¿considera usted que el sujeto activo debe tener una cualificación especial?

Dentro del tipo abierto se genera esa ambigüedad, pero dentro del homicidio culposo por mala práctica profesional el sujeto activo debería tener inicialmente una calificación por doctrina o teoría que se podría determinar, pero esto conlleva al riesgo de caer en un positivismo exagerado que fija un principio de legalidad marcado para encerrar al tipo, entonces estaríamos sesgando a un grupo de personas a criterio de Roxin a fin determinar el tipo cerrado, pero desde mi perspectiva no debería haber una precalificación o una cualidad que deba cumplir el sujeto activo porque la omisión propia o impropia del delito



culposo lo pueda cometer cualquier persona que está en la calidad de poderlo ejecutar, ya que de lo contrario deberíamos establecer tipos penales por cada profesión que existe y eso resultaría en una exageración.

3. ¿Cree usted que cabe la coautoría en un delito culposo en la legislación penal ecuatoriana?

Para desarrollar esa pregunta es necesario tener clarísimo los conceptos en relación al tipo y al caso que se está estudiando, la coautoría conforme está establecida como grado de participación en el Código Orgánico Integral Penal determina que es la persona que coadyuve al resultado dañoso pero de manera deliberada, es decir que haya la intención de generar ese daño como tal; ahora trasladando eso al delito culposo porque el concepto de coautoría establece el elemento subjetivo de la tipicidad que es el dolo, es decir el coautor pretende coadyuvar porque desea causar daño colaborando en la consecución del delito; trasladando eso al homicidio culposo por mala práctica profesional, está determinado en el tercer inciso los elementos a ser considerados para que se dé la inobservancia del deber objetivo de cuidado, pero es en el punto dos hace un análisis y dice la inobservancia de leyes, reglamentos, lex artis y demás cuestiones que analizando desde ese punto de vista y con la coautoría como culposo de manera dogmática conceptual estricta basada en la doctrina, si podría haber grado de coautoría para poder establecer una responsabilidad en el homicidio culposo por mala práctica profesional, todo esto reitero en concepto, pero recordemos que el derecho penal del Código Orgánico Integral Penal es de tracto finalista, esto quiere decir que en palabras de Welzel es el fin del fin de causar daño así sea culposo como tal, entonces el aumento de la inobservancia al deber



objetivo de cuidado sea con una finalidad. Ahora, en el caso concreto una coautoría establecida por la muerte cuya causa está determinada por una exhumación de tres meses posteriores a la muerte, misma que como posible causa de muerte es un acto que se genera en un quirófano, no encuentro en donde se encuentra el acto deliberado de la administradora en cumplimiento del numeral segundo del tercer inciso del artículo 146, cuál es el incremento del deber objetivo de cuidado, la inobservancia de reglamentos, leyes, lex artis que influyó en la muerte de la paciente, estamos convirtiendo al Código Orgánico Integral Penal finalista en el Código Orgánico Integral Penal causalista; sería como decir que la culpa va ser del enfermero que llevó la camilla para que se realice la operación en el quirófano. Es una cadena causal encontrar una respuesta y estamos cayendo en el derecho penal de sujeto y no acto.

4. ¿Considera que dentro de este delito debe existir certeza absoluta de la causa de muerte para atribuir responsabilidad?

No solo en este delito, a criterio muy personal todo delito que tenga que ver el derecho a la vida o que se haya vulnerado el bien jurídico vida como tal, se debe tener certeza total de la causa de muerte para poder establecer una responsabilidad, porque si no estaríamos frente a la subjetividad del tipo penal abierto y en peligro del derecho y el principio de legalidad también, porque recordemos que a la larga el homicidio culposo por mala práctica profesional es un delito de resultado y es necesario establecer el nexo causal que degenera en el resultado; el nexo causal en delitos culposos viene analizado por la imputación objetiva para precisamente analizar ese incremento del deber objetivo de cuidado, romper principio de confianza, prohibición de regreso y demás elementos de la



imputación objetiva según las teorías del mismo Roxin y Jakobs para poder señalar per se materialidad y responsabilidad, pero cuando el bien jurídico protegido vida ha sido vulnerado debe haber certeza absoluta de la causa de muerte.

5. En el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, ¿cuál debe ser el nexo causal a probarse a fin de atribuir responsabilidad?

Las escuelas de la imputación objetiva de Claus Roxin y Gunter Jakobs que básicamente fijan una teoría a la que hoy en día la nueva doctrina penal se suma, esta es que la imputación objetiva puede también ser analizada en los delitos de carácter doloso, el nexo causal como es un delito de resultado y que evidentemente puede ser establecido mediante una línea del iter criminis en un acto, se empieza con el acto antijurídico para poder establecer responsabilidad que sería el injusto penal y el nexo causal está entre las pruebas que puedan constituir la atribución del acto determinado a fin de establecer responsabilidad, pero en un delito culposo hay inobservancia, omisión y un montón de cuestiones que hacen que haya el resultado, entonces el nexo causal desde este acto hasta el resultado como tal, tiene que ser analizado como el punto de vista del deber objetivo de cuidado, de la inobservancia al riesgo permitido y en este caso sobre todo el numeral dos del tipo que es la inobservancia al reglamento lex artis y demás cuestiones para determinar lo que genera Jakobs en su obra de la imputación objetiva y que las denomina como presunciones hipotéticas, que es el ejercicio de ir eliminado del iter criminis los actos que determinaron ese resultado para ver si efectivamente se desarrolla o no el hecho, es así que si le quitamos a la administradora del eje, el delito se consuma, entonces no incrementó el riesgo permitido o rompió el principio de confianza o inobservó su deber;



no tenía posición de garante frente a la paciente, más aún cuando no se encontraba en la cuidad al momento de la cirugía, entonces el nexo causal va a estar determinado en ese deber objetivo de cuidado y las presunciones hipotéticas, caso que es distinto es si eliminamos a uno de los médicos del escenario, ahí desde mi perspectiva el delito ya no se consuma.

6. ¿Es posible que una exhumación supla a la autopsia como prueba dentro del proceso penal?

Depende de cada caso y depende de cuál fue la causa real de muerte que se generó porque hay algunas circunstancias que no se van a poder ser determinadas, por ejemplo las livideces cadavéricas que no van a ser las mismas del momento de la muerte que las que se podrían encontrar en una exhumación, ya que las livideces van a establecer algunas circunstancias que se deba que señalar para la causa de muerte, por ejemplo en agresiones de carácter sexual o lesiones como tal los lechos ungueales por ejemplo después de cierto tiempo ya no proporcionarán información necesaria. La exhumación es un acercamiento para perfeccionar dudas o no que se pudieron generar durante la autopsia, para ratificarlas o cambiarlas de alguna forma, pero la exhumación para establecer causa de muerte como tal es errado, porque por ejemplo en un delito de lesiones en donde se pretende establecer una lesión de una rotura de nariz luego de una intervención quirúrgica, en donde tal vez a esa fecha ya haya maduración del hueso nasal no permitirá determinar los hechos que pudieron pasar ese momento entonces, no es posible desde mi punto de vista es complicado que solo una exhumación genere certeza en el caso.



7. ¿Cabe la responsabilidad de una persona jurídica en un delito de mala práctica profesional en el área médica?

Esa es una discusión dividida de algunas escuelas, la nueva teoría del derecho penal ya establece la responsabilidad penal de la persona jurídica como tal y el Código Orgánico Integral Penal es concordante con esto, pero esta responsabilidad va vinculada a empresas que ejercen actividades de carácter económico, que son creadas precisamente para evasión de tributos y distintos ilícitos en donde puede haber el comiso penal, incautación y varias cuestiones que efectivamente van a llevar a parar esa actividad ilícita. Acá estamos frente a una casa de salud de atención, de servicio de primera línea como tal en donde una responsabilidad de la persona jurídica tendría cabida si estuviera permitiéndose a través de esta persona jurídica ilícitos de otro tipo conductual, pero una responsabilidad en el caso concreto no le encuentro, más aún por el bien jurídico que ha sido lesionado que es la vida como tal, no estamos frente a una categoría de delito de carácter económico en donde se analiza si efectivamente la casa de salud está sirviendo para el objetivo como tal, en derecho comparado más puntualmente en el derecho alemán y español establecen la responsabilidad de las personas jurídicas concretamente con delitos de carácter económico.

8. ¿Cree usted que el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional representa una persecución a la a la profesión de médico?



En concepto y como está regulado, parecería que sí, porque requiere el resultado en el daño al bien jurídico vida, y esta profesión siempre está trabajando en este ámbito tan complejo que en otras profesiones no están tan cercanos a esta línea, pero enunciarlo como una persecución no lo creo, más bien lo que el legislador buscó es que se procure hacer buen un trabajo y se cuide todos los aspectos para que la vida del paciente se salve, pero hay doctrinas divididas en donde se señala la exigencia del cumplimiento de la profesión en donde el médico debe cumplir con los protocolos de la actividad y si el paciente fallece, no hay responsabilidad, entonces desde ese punto de vista, no fuese una persecución. Siempre van a existir opiniones divididas y esto ya recaerá en el abogado que defienda la causa; si soy el abogado del médico es persecución, pero si soy la víctima esta persecución no existiría porque es que sucedió en el evento. Personalmente no le veo una persecución al médico, sino le veo como una regulación destinada al ejercicio profesional de la medicina, pero no debe entenderse como una persecución. Ahora que el tipo penal debe ser mejorado tanto en fondo como redacción e incluir a una profesión como tal, si lo considero.

9. ¿Cuál es el hecho circunstancial a ser probado en el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional?

En primera instancia, la causa de muerte debidamente determinada, porque esta va a establecer si efectivamente esta se genera por la inobservancia del deber objetivo de cuidado, incremento del riesgo permitido del médico que opera. Otro punto circunstancial es los protocolos *lex artis*, pruebas pre operatorias, posibles riesgos que podían existir y



demás que aplican al caso y que deberían ser respetados por los médicos, todos estos para analizarlos dentro de la prueba y saber quién incrementó el riesgo permitido.

4.2. Conclusiones

Llegados a este punto debemos extraer las principales conclusiones a las que nos lleva a presente investigación, teniendo en cuenta la aplicación de la doctrina en concordancia con la normativa vigente:

1. Como hemos evidenciado al inicio de este trabajo, desde el punto de vista de la doctrina es completamente factible la coautoría dentro de los homicidios culposos tanto como en el Código Orgánico Integral Penal, sin embargo para el caso concreto no resulta aplicable en virtud de que la figura de la coautoría exige una participación voluntaria en el hecho, pero aquí se desconoce que ese hecho es un ilícito, para atribuir responsabilidad se debería tener una suerte de conocimiento del delito por parte del coautor desfigurando el elemento subjetivo del tipo unificando desde mi perspectiva el dolo con la culpa.
2. En el caso de estudio, se encuentra un yerro en la aplicación de la coautoría en virtud de que la ABOGADA C. no se encontraba en funciones el día de la autorización de la cirugía, llegando a ser poco comprensible como su participación llega a estar ligada con la muerte de la paciente, todo esto teniendo en cuenta que dentro del caso, no existe certeza de que causó la muerte ya que si bien se determina que fue un edema agudo de pulmón, no se constituye con total



certidumbre si el coágulo encontrado en los pulmones fue el desencadenante del edema y de ser así de donde y porque este coágulo llegó ahí, o en caso de ser causado por el shock séptico, que es lo que causó esta sepsis, en donde se generó, o cual fue el acto negligente que ocasiono el desarrollo de la infección, para así encontrar, en caso de existir, el nexo causal con la participación de la abogada dentro del delito. Todo esto sumado a que ella no autorizó la cirugía y que no tenía conocimiento del tipo de cirugía que esta era, sin dejar de lado que el personal contratado por ella era el necesario para el nivel de clínica que ella administraba.

3. Dentro del tipo de homicidio culposo por mala práctica profesional es totalmente válido que existan responsabilidades de distintos tipos de profesiones, siempre y cuando sus acciones se vean ligadas directamente al acto negligente que causa la muerte del sujeto pasivo, ya que mientras exista el nexo causal entre la causa de muerte y el acto impudente habrá responsabilidad de las personas que llevan a cabo el acto.

4. En virtud de la supletoriedad de la exhumación a la autopsia, en el derecho penal ecuatoriano no existe una prelación de pruebas que otorguen mayor validez a unas que otras, simplemente es necesario que estas ayuden a evidenciar los hechos para los que son realizadas, en el caso en concreto la exhumación no es absolutamente concluyente en determinar la causa de muerte, pero como se ha revisado en el desarrollo del trabajo hay ejemplos perfectamente aplicables en los que esta pericia puede suplir a una autopsia.



5. En cuanto a las responsabilidades de la persona jurídica dentro de este tipo de delitos, el Código Orgánico Integral Penal es totalmente claro al establecer que para que existan este tipo de responsabilidades deben ser necesariamente casos preestablecidos en el código, cuestión que no se encuentra desarrollada en el tipo de homicidio culposo por mala práctica profesional.

4.3. Recomendaciones

1. Aunque el tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional es un tipo penal que goza de una buena redacción, a mi criterio se encuentra incompleto, ya que es preciso en ayudar al juzgador a determinar la infracción al deber objetivo de cuidado, este debería establecer qué tipo de profesionales pueden ser abarcados dentro del mismo, ya que como los estableció el Dr. Esteban Coronel Fiscal del Azuay, se puede estar incluyendo o excluyendo a distintos tipos de profesionales al no existir una determinación exacta de quien va a gozar de esta calidad ante la normativa ecuatoriana.
2. La redacción por parte del órgano legislativo es un acto de extrema sensibilidad y no puede ser tomado a la ligera por sus miembros, ya que si esto no se hace correctamente la seguridad jurídica de un país estará comprometida, este deber debería necesariamente venir acompañado de análisis extensos de derecho comparado y de revisión de los efectos de las normas en esos sistemas, para adecuarlos de mejor manera en nuestra legislación.



5. Referencias

- Padilla, P. (1997). Proceso Civil y Proceso Penal. Chile. Obtenido de <https://www.revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/1002>
- Aguilar Caivinagua, J. J. (2016). El Deber Objetivo de Cuidado como elemento de imputación en los delitos de tránsito con resultado de muerte. Universidad del Azuay.
- Aguirre, K. (2008). EL JUICIO DE REPROCHE. UNIVERSIDAD DEL AZUAY.
- Ananías Zaror, I. (2010). PROHIBICIÓN DE REGRESO. Revista de Estudios de la Justicia.
- Benavides, F. (2016). Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en el derecho penal internacional. Revista Academia & Derecho, 237-264.
- Castro , A. (2008). Programa de Formación Inicial de la Defenza Pública "Teoría el Delito". Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27646.pdf>
- Cerezo Mir, J. (1980). Culpabilidad y pena. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 347-366.
- Código Orgánico de la Función Judicial. (2015). Quito-Ecuador. Obtenido de https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/normativa/codigo_organico_fj.pdf
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). Ecuador: República del Ecuador. Obtenido de https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/EQU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Asamblea Nacional del Ecuador. Obtenido de https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/03/COIP_feb2018.pdf



Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito-Ecuador. Obtenido de https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

Constitución de la Republica del Ecuador. (2008). Asamblea Constituyente. Obtenido de <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec030es.pdf>

Contreras Chaimovich, L. C. (2019). EL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO CRITERIO DELIMITADOR DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MÉDICOS. *Acta Bioethica*, 35-43.

(1977). Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos. Obtenido de <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/456/1/Convenci%C3%B3n%20Interamericana%20sobre%20Derechos%20Humanos.pdf>

Corte Constitucional del Ecuador , 1708-20-EP (4 de Marzo de 2021).

Corte Nacional de Justicia. (2017). Diálogos Judiciales. Quito-Ecuador. Obtenido de https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/dialogos%20judiciales/dialogos%205.pdf

Dal Donoso, D. A. (2011). TEORIA DE LA IMPUTACION OBJETIVA. Universidad de Sevilla.

(1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/declaraci%C3%B3n_americana_de_los_derechos_y_deberes_del_hombre_1948.pdf

(1948). Declaración Universal de Derechos Humano. Obtenido de https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf

Díaz y García, M. (2008). AUTORIA Y PARTICIPACION. *Revista de Estudios de la Justici*.

Domínguez , H. (2004). Homicio Culposo. Obtenido de <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/hechoculposo.htm>



- Donna, E. (2012). El delito imprudente. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Donna, J. (2012). Homicidio Culposo. Obtenido de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37778.pdf>
- Espín, W. (2016). La responsabilidad penal en la mala práctica médica en el Ecuador. Un enfoque desde la actuación probatoria. Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador.
- Ferrajoli, L. (1997). Derecho y razón. Teoría del garantismopenal. Madrid. Obtenido de <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/DelitoYSociedad/article/download/5828/8624/>
- Figuroa Hurtado, C. C. (2018). LA TENTATIVA, DELITOS CULPOSOS Y EL DEBIDO PROCESO. UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES.
- Gavilanes Játiva, C. G. (2011). Responsabilidad penal en casos de mala práctica médica. UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO.
- Gómez de la Torre, I. (2003). Derecho Civil. Obtenido de <https://personal.uca.es/wp-content/uploads/2018/02/19744.pdf>
- Granizo Chavez, J. D. (2015). MALA PRACTICA MEDICA COMO DELITO. UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR.
- Guzmán, L. (2018). Breve análisis sobre la teoría de participación de las personas en el delito de peculado. Autores y cómplices. UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO.
- Hartmut, H. (2000). INJUSTO Y CULPABILIDAD EN DERECHO PENAL. REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, 253-271.



- Jiménez, C. (2015). DOMINIO DEL HECHO Y AUTORÍA MEDIATA EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER. UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA.
- Larenz, K. (1928). Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung.
- Llobet, J. (1956). Francesco Carrara y el Programa de Derecho Criminal. Obtenido de https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5055/FrancescoCarrara_elProgramadeDerechoCriminal.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Maraver Gómez, M. (2007). EL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN DERECHO PENAL . UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MADRID .
- Matías, K. (2017). El riesgo jurídicamente desaprobado en el COIP. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- (1976). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- Parma, C. (2006). LA PROHIBICIÓN DE REGRESO EN EL PENSAMIENTO DE JAKOBS” .
- Portero Lazcano, G. (2001). Responsabilidad penal culposa del médico: fundamentos para el establecimiento de la negligencia o impericia. Rev. Latinoam. Der. Méd. Medic. Leg , 89-96.
- Quintero, G. (2018). Autoría, coautoría y dominio del hecho, ventajas y medias verdades. Anuario de derecho penal y ciencias penales.
- Rodríguez, L., & Polanco, D. (2015). Autoría y participación en el delito de producción de material pornográfico infanto-juvenil. Revista de derecho (Valparaíso), 131-150.



- Rosales, D. (2012). LA COAUTORÍA EN EL DERECHO PENAL: ¿ES EL CÓMPLICE PRIMARIO UN COAUTOR? PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ.
- Salas , J. (2004). Los incidentes, y en especial el de Nulidad en el proceso civil, penal y laboral. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Santamaría Navarrete, A. M. (2014). EL HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL SU TIPIFICACIÓN Y LA VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS TRABAJADORES DE LA SALUD. UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES.
- Solari Peralta, T., & Rodríguez Collao, L. (2010). Encubrimiento y delito culposo. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- Terragni, M. (2008). Delito culposo Criterios para la imputación del resultado. Buenos Aires. Obtenido de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37778.pdf>
- Torio López, Á. (1974). El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 25-60.
- Vega , F. (2020). La falta de aplicación del principio de lesividad en el delito de peculado en Ecuador. Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7569/1/T3282-MDPE-Vega-La%20falta.pdf>
- Viterbo , M. (1998). Manual de Derecho Procesal. Universidad de Chile. Obtenido de https://www.academia.edu/35415465/MANUAL_DE_DERECHO_PROCESAL_Derecho_Procesal_Civil_Tomo_IV_Sexta



Zaffaroni , E. (1981). Tratado de Derecho Penal. Obtenido de https://www.salapenaltribunalmedellin.com/images/doctrina/libros01/Tratado_De_Derecho_Penal_-_Parte_General-III.pdf

Zaffaroni , E., Alagia , A., & Slokar, A. (2011). Manual de Derecho Penal. Buenos Aires. Retrieved from [https://www.zonalegal.net/uploads/documento/Zaffaroni-Manual%20de%20Derecho%20Penal%20Parte%20General%20\(Ed%202%202006\)%20\(1\).pdf](https://www.zonalegal.net/uploads/documento/Zaffaroni-Manual%20de%20Derecho%20Penal%20Parte%20General%20(Ed%202%202006)%20(1).pdf)

Zaffaroni, E. (1986). Manual de derecho Penal, Parte General,. Ediciones Jurídicas.

Zavala, J. (1994). La ley de casación: principales postulados en La casación: Estudios sobre la Ley No. 27. Quito-Ecuador: Corporación Editora Nacional.