



UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE

FACULTAD DE CIENCIAS ADMINISTRATIVAS Y ECONÓMICAS

CARRERA DE DERECHO

TRABAJO DE GRADO

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

TEMA:

**LA DOSIMETRÍA PENAL EN EL DELITO DE MALA PRÁCTICA PROFESIONAL EN
EL ÁREA DE LA MEDICINA EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA.**

AUTORA: DEISY MARILYN BÁEZ LÓPEZ

IBARRA-2022

PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO



UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

AUTORIZACIÓN DE USO Y PUBLICACIÓN A FAVOR DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE

1. IDENTIFICACIÓN DE LA OBRA

En cumplimiento del Art. 144 de la Ley de Educación Superior, hago la entrega del presente trabajo a la Universidad Técnica del Norte para que sea publicado en el Repositorio Digital Institucional, para lo cual pongo a disposición la siguiente información:

DATOS DE CONTACTO			
CÉDULA DE IDENTIDAD:	100409003-9		
APELLIDOS Y NOMBRES:	Báez López Deisy Marilyn		
DIRECCIÓN:	Barrio Santo Domingo, entre Geranios y Girasoles		
EMAIL:	dmbaezl@utn.edu.ec		
TELÉFONO FIJO:	2908098	TELÉFONO MÓVIL:	0983610014

DATOS DE LA OBRA	
TÍTULO:	"LA DOSIMETRÍA PENAL EN EL DELITO DE MALA PRÁCTICA PROFESIONAL EN EL ÁREA DE LA MEDICINA EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA"
AUTOR (ES):	Báez López Deisy Marilyn
FECHA: DD/MM/AAAA	02 de Agosto del 2022
SOLO PARA TRABAJOS DE GRADO	
PROGRAMA:	<input checked="" type="checkbox"/> PREGRADO <input type="checkbox"/> POSGRADO
TITULO POR EL QUE OPTA:	Abogado De La República
ASESOR /DIRECTOR:	Hugo Fabricio Navarro Villacís

2. CONSTANCIAS

El autor manifiesta que la obra objeto de la presente autorización es original y se la desarrolló, sin violar derechos de autor de terceros, por lo tanto la obra es original y que es el titular de los derechos patrimoniales, por lo que asume la responsabilidad sobre el contenido de la misma y saldrá en defensa de la Universidad en caso de reclamación por parte de terceros.

Ibarra, a los 10 días del mes de octubre de 2022

EL AUTOR:

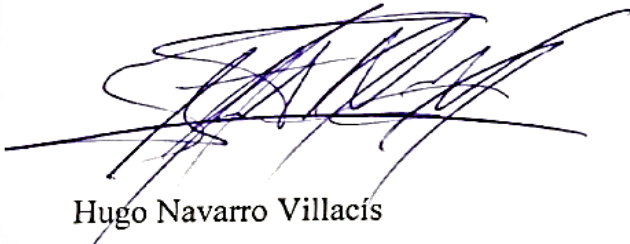
(Firma).....

Nombre: Deisy Marilyn Báez López

CERTIFICACIÓN DEL ASESOR

En mi calidad de tutor de trabajo de titulación presentado por la estudiante DEISY MARILYN BÁEZ LÓPEZ, para optar por el título de ABOGADA DE LA REPÚBLICA, cuyo título es **“LA DOSIMETRÍA PENAL EN EL DELITO DE MALA PRÁCTICA PROFESIONAL EN EL ÁREA DE LA MEDICINA EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA”**, doy fe de que, de acuerdo al análisis del sistema Urkund, dicho trabajo reúne los requisitos para ser sometidos a presentación y evaluación por parte del tribunal examinador que se designe.

Ibarra, 2 de agosto del 2022



Hugo Navarro Villacís

TUTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, les agradezco a mis padres y a mis pequeños hermanitos quienes son mi motor, mi guía, mi soporte y mi fuerza para alcanzar todas las metas que me proponga en la vida.

A mis abuelitos quienes jamás me dejaron sola y me enseñaron el valor del esfuerzo y la dedicación.

A mi familia y amigos por su apoyo incondicional y paciencia.

A la Universidad Técnica del Norte y sus docentes quienes me permitieron crecer en mis conocimientos y capacidades.

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación se lo dedico a mi madre Norma López, a mi padre Jorge Báez y a mis hermanitos Matías y Amy quienes estuvieron presentes aconsejándome y motivándome a lo largo de toda mi carrera universitaria.

A mis abuelitos por su amor, su cariño y preocupación a lo largo de todo mi proceso de aprendizaje.

TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTO	4
DEDICATORIA	5
RESUMEN	8
ABSTRACT.....	9
Introducción	10
Antecedentes.....	10
Tema	12
Problema de la investigación	12
Justificación y Pertinencia	13
Objetivos de la investigación	15
Objetivo general	15
Objetivos específicos.....	15
CAPÍTULO I: Marco Teórico	16
1. Fundamentación jurídica y doctrinaria del Derecho Penal	16
1.1 Teorías del derecho penal.....	19
1.1.1 Teoría causalista	20
1.1.2 Teoría finalista.....	20
1.2 Teorías de la pena.....	21
1.2.1 Teoría de la prevención	22
2. Concepciones referentes a la mala práctica profesional en el área de la medicina.....	23
2.1 Delitos culposos.....	26
2.2 Concepciones generales y características del delito de mala práctica profesional	
30	
2.2.1 Negligencia.....	33
2.2.2 Incumplimiento de la Lex artis.....	34

2.2.3	Imprudencia.....	35
2.2.4	Impericia.....	36
2.2.5	Iatrogenia.....	37
2.3	Accionar del legislador frente al tipo penal de mala práctica profesional....	39
2.4	Mala práctica profesional en el área de la medicina en el Ecuador.....	40
3.	Concepciones referentes a la dosimetría penal	43
4.	La dosimetría penal en el delito de mala práctica profesional en el área de la medicina. .	44
CAPÍTULO II: Metodología de la Investigación		47
1.	Tipo de estudio.....	47
2.	Enfoque de la investigación.....	47
3.	Fuentes y técnicas para la obtención, análisis y verificación de los datos de la investigación.....	47
3.1.	Documentación jurídica.....	47
3.1.1	Casos que son objeto de investigación.....	48
3.2.	Entrevista	50
3.2.1.	Modelo de entrevista	50
CAPITULO III: Discusión.....		66
1.	Principales resultados obtenidos de la investigación	66
2.	Logro de los objetivos planteados.....	69
3.	Dar respuesta a la pregunta de investigación.....	73
4.	Delimitación de la investigación.....	73
CAPITULO IV: Conclusiones y Recomendaciones.....		75
BIBLIOGRAFÍA		78
ANEXOS		80

RESUMEN

En la investigación se analizan las implicaciones correspondientes a la dosimetría en el delito de homicidio culposo en lo penal, como causal de afecciones contrarias a la buena praxis profesional en el campo de la salud, mediante una investigación en el ámbito jurídico ya que estudiaremos la legislación penal ecuatoriana, la proporcionalidad en la creación de la pena, las sanciones correspondientes a los daños cometidos, y el tratamiento de las penas en el delito objeto de análisis.

Analítica porque emprenderemos con la evaluación de varios casos existentes, la magnitud de la sanción planteada a las personas sentenciadas por este delito, y los grados de responsabilidad penal. Además de poseer un enfoque cualitativo, en el que se desarrollará entrevistas con la finalidad de obtener la información que nos permita desarrollar de manera adecuada esta investigación.

El trabajo investigativo se enfoca en realizar un juicio a la parte sustantiva del Código Orgánico Integral Penal (COIP), de manera que en lo referente a este delito esta sea coherente, adecuada y obedezca al principio de proporcional, que es la base fundamental tanto teórica como técnica de los tipos penales, considerándose de manera exhaustiva la aplicación y estudio de la dosimetría penal, al momento de crear la norma, incluyendo las implicaciones, parámetros, concepciones y demás indicadores de la misma.

En febrero del año 2014, es publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 el COIP, el cual expresa en el articulado 146, el prototipo penal de homicidio culposo por mala práctica de la profesión, sin embargo, dentro del presente estudio nos focalizamos en lo que respecta al área de la medicina y el accionar del galeno en el ejercicio de su actividad profesional.

Palabras clave: dosimetría penal, médico, delito, mala praxis, legislador, norma, homicidio culposo.

ABSTRACT

In this research, the implications corresponding to the dosimetry for the crime of criminal manslaughter are analyzed, as a cause of conditions contrary to good professional practice in the health sciences, through an investigation in the legal field, the Ecuadorian criminal legislation is studied, the proportionality in the creation of the penalty, the penalties corresponding to the damages committed, and the treatment of the penalties in the crime under analysis.

Analytical because we will undertake with the evaluation of several existing cases, the magnitude of the sanction proposed to the people sentenced for this crime, and the degrees of criminal responsibility. In addition to having a qualitative approach, in which interviews will be developed in order to obtain the information that allows us to adequately develop this research.

The investigative work focuses on carrying out a trial of the substantive part of the Comprehensive Organic Criminal Code so that it in relation to this crime is coherent, adequate and obeys the principle of proportionality, which is the fundamental theoretical and technical basis of the criminal types, considering exhaustively the application and study of criminal dosimetry at the time of creating the standard, including its implications, parameters, conceptions and other indicators.

In February 2014, the Organic Comprehensive Criminal Code (COIP) was published in the Official Registry Supplement 180, which expresses in the article 146, the criminal type of manslaughter due to professional malpractice, however, in this research we focus in regard to the medical area and the actions of doctors in the exercise of his professional activity.

Keywords: criminal dosimetry, medical, crime, malpractice, legislator, norm, manslaughter

Introducción

Antecedentes

El derecho penal tiene aparentemente dos funciones opuestas dirigidas hacia los derechos de las personas, en primer lugar, resguarda los derechos y, por otro lado, los limita, siendo esto señalado por el Código Orgánico Integral Penal (COIP), donde se exponen los motivos por los que la Asamblea Nacional lo aprueba y como en él se considerará la constitucionalización del derecho penal, argumento que en la práctica es muy complicado de dilucidar.

De acuerdo a lo que menciona Ramiro Ávila Santamaría: “en el Ecuador se detectan una infinidad de falencias, en lo que respecta a la legislación penal ecuatoriana y estas falencias soslayan los derechos de las personas” (Santamaría, 2015, págs. 21-36). Es allí que surge la problemática jurídica en la que se basa esta investigación, la dosimetría penal en el hecho delictual de negligencia profesional médica mediante el estudio de la ley y el derecho penal ecuatoriano.

Si nos referimos a la dosimetría penal, observamos que se encuentra estrechamente vinculada con la proporcionalidad, al momento de tipificar los tipos penales, es decir la imposición de la pena y su magnitud dependerán del legislativo, ya que es el ente creador de la norma en este caso del tipo penal objeto de estudio, con base en el grado con el que se ha transgredido o amenazado el bien jurídico que se pretende tutelar.

Este proyecto de investigación se fundamenta en la teoría del finalismo penal de Hans Welzel, misma que fue desarrollada a principios de los años treinta, sin embargo, el término “finalidad” para calificar una actuación sucede en 1935, en ella se analiza a la persona desde la culpa frente a la acción, para así sancionar el resultado, vinculando sus acciones y omisiones, en este caso se evaluará aquello referente a la culpabilidad en el delito objeto de estudio.

Esta investigación plantea un análisis al COIP, en lo que refiere a la gradualidad de la pena de reclusión, en cómo las penas resultan mínimas en relación a los daños generados a la víctima y la manera en cómo están tipificadas en el COIP, además de vincular las mismas con el bien jurídico protegido.

Ahora bien, el principal problema radica al momento en que el legislador no justifica mediante el análisis pertinente, el porqué de las sanciones establecidas, ni tampoco las razones de que en algunos casos tienen penas similares, los tipos penales que poseen objetos de protección con diferentes implicancias, o las penas son distintas cuando el bien jurídico protegido es el mismo y se tratan de tipos penales similares, es decir, no existió un previo análisis dosimétrico de los tipos penales correspondientes al delito objeto de estudio.

Desde agosto 10, del 2014, con la tipificación del delito objeto de estudio, se obligó a los médicos a blindarse de posibles demandas, motivo que dio lugar a la medicina defensiva, los médicos contratan pólizas, y se respaldan en el denominado consentimiento informado.

Además, si consideramos porcentajes en los años 2014 al 2015, fiscalía registro 248 denuncias de este delito, y como resultado se obtiene que el 96 por ciento de estos casos se quedaron en investigación, el resto se mantiene en instrucción del interventor público, se conservó o se llegó a un dictamen absolutorio para el médico (Ortega, 2016). Considero adecuado realizar el presente estudio, porque existen razones suficientes para cuestionarnos el porqué de dichos fallos, además se deberá sopesar si la compensación económica resarce los agravios ocasionados por el cometimiento de este hecho delictivo, mediante el análisis de los distintos casos existentes.

Tema

La dosimetría penal en el delito de mala práctica profesional en el área de la medicina en la legislación penal ecuatoriana.

Problema de la investigación

- ¿Qué implicaciones tiene la dosimetría penal en el delito de mala práctica profesional en el área de la medicina, en la legislación penal ecuatoriana?

Justificación y Pertinencia

De acuerdo a lo reconocido por la norma constitucional numeral 6 del artículo 76 donde se estipula que en toda acción judicial que verse sobre derechos y de la misma forma obligaciones de cualquier índole, prevalecerá el derecho al debido proceso, y la proporcionalidad entre el hecho punible perpetrado y la penalización a imponerse ya sea esta de carácter administrativo, penal u otro (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Motivo por el cual como menciona el articulado, la ley y el derecho penal ecuatoriano, deberían basarse en la proporcionalidad, pero mediante el análisis de la normativa nos daremos cuenta que el legislador al crear la norma, no la plantea velando por una dosimetría penal, en ámbito penal se debe ser más cautelosos en este aspecto por las consecuencias y secuelas que se podría obtener si se plantea una sanción inadecuada, para la víctima y el delincuente.

El tema propuesto es una evidente muestra de la problemática existente en nuestra legislación penal ecuatoriana, y consiste en la desproporcionalidad que existe en las sanciones por el delito de mala praxis profesional por parte de algunos galenos. Por tanto, se presupone que tiene que existir la ponderación de bienes jurídicos constitucionales y de esta presunción se asume que al considerarse un delito culposo que transgrede la integridad y la vida de una persona, el legislador al plantear la sanción del tipo penal en este caso no debería ser más garante con el infractor, que con la víctima.

En nuestro país no existía penalización por prácticas fallidas por parte de los profesionales hasta la entrada en vigor del COIP en el año 2014, donde se tuvo como antecedente apremiante el proceso de Albán Cornejo Vs. Ecuador, que abriría paso a la implementación del articulado 146 en el cual se señala lo siguiente; que toda persona que infrinja una obligación objetiva de cuidar, en el quehacer o habilidad de su profesión, le ocasione la muerte a otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años y de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. Aunado a ello se determinará la infracción por las siguientes características punitivas:

- 1.- La pura creación del resultado no configura una infracción a la obligación objetiva de cuidado;

2.- La contravención de leyes, estatutos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis que se aplican a la carrera;

3.- La consecuencia dañosa debe proceder llanamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de distintas situaciones autónomas o conexas;

4.- Será analizada en cada asunto la diligencia, el nivel de instrucción profesional, las circunstancias objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del caso (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Hasta el actual momento existen tesis y libros que mencionan la dosimetría penal, además del tipo penal objeto de mi investigación, pero de manera separada y enfocándose en la proporcionalidad de las penas al momento de emitir una sanción.

Este es un estudio novedoso pues vincula la dosimetría penal con el delito objeto de estudio, al realizar un análisis de casos, y un estudio de la creación de la norma y la sanción de este tipo penal.

Esta problemática vincula intereses tanto jurídicos, como sociales. Con respecto al primero conoceremos sobre todos los aspectos que aborda la dosimetría penal en la creación de las penas, en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano y el análisis de la pena que se aplica a este tipo penal. Ahora bien, el tema se relacionaría con el ámbito de lo social ya que es de interés público al existir diversos casos sin sentencia, y otros fallos con penas que resultan mínimas con respecto a todos los daños que se hubieren causado.

Objetivos de la investigación

Objetivo general

- Analizar la dosimetría penal en el delito de mala práctica profesional en el área de la medicina, en la legislación penal ecuatoriana, con el objetivo de identificar el tratamiento que se le otorga a este tipo penal en lo que respecta a los posibles daños cometidos, mediante el estudio de la legislación penal ecuatoriana, y los casos existentes.

Objetivos específicos

- a) Identificar el tratamiento que se le otorga al delito de mala práctica profesional en el área de la medicina en la legislación penal ecuatoriana.
- b) Fundamentar jurídica y doctrinariamente la dosimetría penal, en el delito de mala práctica profesional en el área de la medicina, en la legislación penal ecuatoriana
- c) Indagar sobre las sanciones penales, en relación a los daños generados en los distintos casos de mala práctica profesional en el área de la medicina existentes.

CAPÍTULO I: Marco Teórico

1. Fundamentación jurídica y doctrinaria del Derecho Penal

El derecho comprende una agrupación de reglas que atribuyen deberes y sanciones además de conferir facultades, que determinan el basamento de armonía social y cuyo propósito es conceder a la totalidad de integrantes de la sociedad de una mínima seguridad, certidumbre, equidad, autonomía y justicia (Péreznieto & Ledesma, 1992).

El derecho puede ser apreciado desde distintas perspectivas:

Derecho como ordenamiento. – Se le define como un agregado de cánones que regulan la conducta o el accionar de los seres humanos por medio de codificaciones, connivencias y restricciones (Rangel, 2021).

Derecho como hecho social. – “La sistematización jurídica surge con el fin de regular la conducta entre los hombres, mientras estos convivan en una colectividad” (Rangel, 2021).

Derecho como valor. – Es el agregado de disposiciones que consiguen categoría imperativa y se hallan a favor de valores del colectivo, así como disponer un fin axiológicamente imponente (Rangel, 2021).

Derecho en la argumentación. – Es la suma de reglas cristalizadas mediante el lenguaje, pues el mismo es mecanismo esencial del legislador, las palabras trazan las normas legales (Rangel, 2021).

El derecho comprende la cadena de medidas y normas determinadas debidamente mediante jurisprudencia de cada país o Estado fragmentados en: derecho subjetivo u objetivo, derecho positivo o iusnaturalista, derecho civilista y penal, este último es aquel utilizado por el Estado para sancionar a quienes hayan cometido un delito, se debe considerar que el derecho penal al ser una disciplina mixta, se conforma, por el Estado que establece que hay delitos y contravenciones; y por el otro, hallamos a los jueces el momento de aplicar la norma.

El derecho penal para Albán (2011), desde su visión jurídica debe ser comprendido y estudiado desde dos puntos de vista, siendo el primero el ámbito subjetivo correspondiente a la

facultad moral de cada hombre y mujer de dar, hacer y no hacer y el segundo aspecto se encuentra relacionado con el ámbito objetivo siendo el derecho la norma mediante la cual se regula y restringe dicha facultad personal. Es así que los dos ámbitos resultan correlativos, uno se concreta a través de otro.

Siendo el derecho penal el encargado de sancionar a los miembros de la sociedad mediante una pena para aquellos que cometen delitos, tiene la potestad de manera exclusiva el Estado mediante el poder punitivo. Por lo tanto, el individuo deberá cumplir con la obligatoriedad de lo impuesto en la norma para una mejor convivencia en sociedad, de ahí que es necesaria la existencia del acto punitivo como parte del ordenamiento jurídico.

En tal sentido, el acto punitivo tiene aparentemente dos funciones opuestas dirigidas hacia los derechos de las personas, en primer lugar, resguarda los derechos y, por otro lado, los limita, es así como lo señala el COIP, al exponer los motivos por los que la Asamblea Nacional lo aprueba y como en él se considerará la constitucionalización del acto jurídico penal.

La constitucionalización de la ciencia jurídica es la figura a través de la cual la normativa de un país, desarrolla y fija sus preceptos de acuerdo al texto constitucional, por lo tanto, el derecho mismo a de sujetarse plenamente a la Constitución (Rodríguez L. , 2000).

Al referirnos a constitucionalización de la facultad penal, significa que estableceremos un vínculo entre las pautas y principios constitucionales con el acto jurídico-penal para que así la aplicación y elaboración de normas de carácter punitivo sean correctas, debiendo este vislumbrar y determinar de los límites para no caer en la impunidad.

De acuerdo a lo que menciona Ramiro Ávila Santamaría: “en el Ecuador se detectan una infinidad de falencias, en lo que respecta a la legislación penal ecuatoriana y estas falencias soslayan los derechos de las personas” (Santamaría, 2015). Es allí que surge la problemática jurídica en la que se basa esta investigación, la dosimetría penal en el delito objeto de esta investigación.

En el apartado 76, (3) del texto constitucional emana la proposición fundamental de legalidad o tipología de la pena, apuntándose en lo primordial que ninguna persona podrá sancionarse por un hecho u omisión que carezca de tipificación en la norma penal (Constitución

de la República del Ecuador, 2008). De esta manera, entendemos que para que a una persona sea sujeto de sanción punitiva, el correctivo debe encontrarse específicamente prescrita en el COIP, con el objetivo principal de que no se cometa algún tipo de injusticia, por parte de los jueces y los poderes del Estado que pretendan de forma ilegal sancionar a una persona y no consideren el resarcimiento de los perjuicios a las víctimas.

El órgano estatal plasma aquellas conductas prohibidas y establece sus pertinentes penalizaciones y en dicha tarea histórica alberga y renuncia diversas y continuadas filosofías sancionatorias, pudiendo ser más o menos enérgicas, como el mismo legislador lo reflexione políticamente ineludible y beneficioso (Sentencia C-013 de 1997, 2021). Motivo por el cual considero necesario realizar un análisis profundo del accionar del legislador al momento de establecer una pena o sanción en la tipificación de un delito.

En referencia a la dosimetría penal, observamos que esta se encuentra estrechamente vinculada con la proporcionalidad al momento de tipificar los tipos penales, es decir la imposición de la pena y su magnitud dependerán del legislativo, ya que es el ente creador de la norma en este caso del prototipo penal de falla debido a mala pericia en la profesión, con base en la magnitud con la que se ha transgredido o amenazados los bienes jurídicos que se intente proteger.

El derecho penal es aquel que precisa conductas como infracciones o delitos, estableciendo para aquel comportamiento una pena congruente, persiguiendo así la prevención general (Código Orgánico Integral Penal, 2014), con justa retribución, la prevención especial, la reinserción en sociedad, y el resguardo del sentenciado, acatando a los preceptos de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. Esta afirmación no solo se enfoca en el procesado, sino también en la víctima, en lo pertinente al discernimiento de la exactitud sobre los actos sucedidos, la senda a la probidad y a conseguir un resarcimiento íntegro, mediante aquiescencia con la carta suprema y con aquellos instrumentos internacionales que forman porción del dispositivo de constitucionalidad.

Por lo tanto, la investigación se focaliza en la necesidad de conocer el trasfondo existente en la dosimetría penal específicamente en el delito objeto de estudio, planteando un debate de gran alcance internacional para la facultad punitiva, como es la mensuración de las penas de reclusión.

Como bien es cierto el acto punitivo es una providencia de ámbito político, ya que es el legislador quien deberá establecer que se considera como un comportamiento prohibido, y si al mismo se le impondrá o no una sanción punitiva, y que clase de privativa de libertad requiere para cumplir con lo establecido en el texto constitucional y en la norma; tal resolución intima de elevada sustancia técnica, conocimientos de todo aquello que verse sobre nuestra legislación penal ecuatoriana con el objetivo de que esta resulte análoga y observe el precepto de proporcionalidad, considerándose aquel daño o perjuicios que ocasione el accionar del delincuente en la víctima.

Es por ello que se considera necesario identificar las teorías del derecho penal que nos permitan fundamentar y que se conviertan en la base sobre la cual se origina la presente investigación ya que las mismas son herramientas esenciales que proporcionan aspectos y elementos que son considerados como punto de partida en nuestro trabajo investigativo.

1.1 Teorías del derecho penal

Las teorías del delito o del Derecho Penal para Bacigalupo (1999), se entienden como un instrumento jurídico, científico usado para precisar la existencia de la infracción penal a través del comportamiento de un sujeto. Mediante el estudio de los distintos niveles con la finalidad de desechar gradualmente los motivos que obstaculicen la aplicación de la pena y corroborar la presencia de las condiciones necesarias para su empleo (p. 59).

Los expertos juristas, consideran a la teoría del derecho delictivo como mecanismo necesario para atribuir responsabilidad punitiva a una persona en este caso por el prototipo penal de praxis fallida en la profesión médica, por cometer u omitir un hecho clasificado como delictual, con el objetivo de obtener una resolución justa por parte del juzgador, otorgándole salvaguardia al sujeto a quien se le atribuye el cometer un delito.

La evolución teórica del dogma punitivo contribuyó con un sistema de proposición del delito dictaminando diferenciadamente sus variados aspectos. Al presente, cohabitan ambos sistemas elementales, tanto finalista como causalista.

1.1.1 Teoría causalista

La teoría del causalismo es una de las herramientas fundamentales, al igual que el finalismo, en el desarrollo de las teorías del derecho penal. Los vanguardistas primordiales fueron Franz R. Von Liszt y Von Beling Ernst.

El régimen causalista según Liszt (1881), se origina del accionar de los seres humanos, mismo que desencadena en una consecuencia. Por tal motivo, podemos afirmar que el proceder del hombre se considerara tipificado y antijurídico siempre y cuando el mismo y por ende su resultado se encuentren establecidos en un tipo punitivo. En el presente caso nos referiremos a la acción de matar que deriva del prototipo penal de homicidio culposo y cuya consecuencia es la muerte, dicho resultado atenta contra el bien legal salvaguardado que es la existencia de todo hombre y mujer, además de considerarse un acto tipificado y antijurídico porque se encuentra regulado penalmente en nuestra legislación. Es así que, en el dogma causalista la responsabilidad del procesado no se evidencia al llegar a la categoría indubitable de la culpabilidad en la que se analiza si este procedió con dolo o culpa, si se encontraba en pleno uso de sus capacidades psíquicas o si este era consciente o no de la ilicitud de su conducta (Liszt, 1881).

Este sistema se fundamenta en la acción humana, contrario a lo que ocurre en el finalismo que se concentra en el resultado, como señala el autor la teoría considera también todos los aspectos correspondientes a un delito, como que dicha conducta resulte ser categorizada, anti normativa y culpable, en el causalismo se ahonda en conocer si el sujeto sabía y quería cometer un delito, además se nos ejemplifica con el tipo penal de homicidio en el que se vulnera el bien protegido en este caso la vida pero para sancionar al sujeto activo será necesario determinar todos los elementos pertenecientes a la culpabilidad en el hecho.

1.1.2 Teoría finalista

Este proyecto de investigación se fundamenta en la teoría del finalismo penal de Hans Welzel, misma que fue desarrollada a principios de los años treinta, sin embargo, el término “finalidad” para calificar una actuación sucede en 1935.

La concepción con la que se inició sufrió de numerosas reformas en tanto era sometida a revisiones. El mencionado literato señala que: toda contravención al margen de la ley posee los

mismos aspectos que el causalismo: tipicidad, acción, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad; no obstante, transformó la organización pues el dolo constituye pieza subjetiva del injusto, intrínsecamente respecto a la tipicidad (Welzel, 2003).

Para Welzel (2003), toda la acción es un propósito estipulado de actuación consciente en función de algún resultado cualificado libremente; el actuar y el omitir son parte de un comportamiento típico, uno y otro capaces de ser dirigidos por la disposición última. Por su parte, la desatención no se le imputa por ocasionar la consecuencia típica sino debido a no haberlo impedido, es decir para esta teoría del derecho penal la culpabilidad tiene el papel más importante en un delito.

La culpabilidad es el requisito fundamental para que la conducta de una persona sea punible, en esta teoría se analiza a la persona desde la culpa frente a la acción, para así sancionar el resultado, vinculando sus acciones y omisiones. Welzel manifiesta que el accionar, contiene como peculiaridad primordial: “el adelanto de la finalidad en el pensar” (Welzel, 2003, págs. 47-86). Presumiendo así, por consiguiente, una voluntad específica dirigida a un objetivo y una manifestación final de dicha voluntad. A juicio del pensamiento welzeliano sobre la acción, gobierna el principio esencial no de cualquier acción del ser humano, sino el de una actuar final humano.

Esto se interpreta de la siguiente manera, todas las personas conocen la finalidad de su acción en este caso el médico tiene conocimiento del fin de su acción, ya que como expresa esta teoría el requisito fundamental para establecer la culpabilidad del sujeto se concentra en la finalidad de su acción sin considerar si este quería o sabía lo que obtendría con ella, motivo por el cual es necesario realizar un análisis de las teorías de la pena e identificar las concepciones jurídicas fundamentales, existentes en la codificación punitiva ecuatoriana.

1.2 Teorías de la pena

En el Ecuador la pena, se encuentra estipulada en el COIP (2014), estableciendo en su articulado 51 y 52, la pena como una limitación a la libertad y las facultades humanas, como resultado jurídico de sus actuaciones u omisiones castigables. Tiene su base en un dispositivo legal e impuesto por un fallo condenatorio ejecutoriado.

El primordial medio con el que dispone nuestra nación como reacción frente al cometimiento de un delito es la pena en el sentido de "limitación de derechos del responsable", con respecto a esta afirmación el COIP (2014), señala que el propósito de la pena en el país es la aprensión ordinaria de hechos delictuales, el adelanto paulatino de derechos y capacidad del sujeto con condena, aunado al resarcimiento de los daños a la víctima. Por lo tanto, en el país no se considera que el sujeto penado deba ser aislado o exista la neutralización de estos individuos en tanto entes sociales.

Por consiguiente se afirma que la norma no busca de ninguna forma castigar al procesado o que mediante la pena se logre obtener una venganza de la víctima hacia el sentenciado, ya que su fin primordial es la prevención general para evitar el cometimiento de futuros delitos y que con ello se garantice y resguarde los derechos del imputado, sin embargo, es pertinente considerar que debe existir un proporcional resarcimiento y reparación del derecho que se le vulnera a la víctima al momento en que se perpetra el delito.

De acuerdo a lo que estipula el articulado anterior, se considera que en el régimen penal nacional la teoría sobre la pena que se utiliza es la teoría de la prevención cuyo exponente principal es César Beccaria, quién asume que en una sociedad justa la pena debe cumplir las funciones de prevención frecuente, gratificación justa, prevención específica, reinserción en sociedad y resguardo del condenado. La prevención especial y la reinserción en sociedad se aplican en el instante de ejecutar la condena de cárcel (Sotomayor, 2007).

1.2.1 Teoría de la prevención

La obra de Beccaria ha sido considerada elemental para los revolucionarios, el pensamiento retribucionista de conceptualizar la pena como un mal que habría de provocarle a quien había ocasionado otro mal ha sido aventajada, dando como resultado el contemplarlo como el máximo exponente de los aspectos teóricos sobre la prevención como finalidad de la pena (Beccaria, 1993).

Al respecto, expresaba, que resulta más conveniente impedir los delitos que castigarlos. Allí se encuentra el propósito fundamental de una adecuada legislación, siendo la habilidad de llevar a la gente al grado más elevado de felicidad o al mínimo de infelicidad viable, para conversar

en relación a la totalidad de cálculos de bienes y malestares de la existencia (...) El miedo de la legislación resulta saludable (Beccaria, 1993, págs. 81-83).

Desde el punto de vista de Beccaria (1993), el cual señala que la pena no debe ser empleada con el fin de devolverle el orden jurídico a la sociedad. Las infracciones atentan contra la sociedad y los individuos que la conforman, quienes acordaron dar cumplimiento a reglas, normas, leyes y principios para que la convivencia entre ellos sea amena. Sin embargo, si hacemos referencia al infractor este resultaría ser peligroso para la misma. De allí que la obra de Beccaria sustentaría la conocida teoría del estado peligroso. El autor consideraba que dar muerte a un criminal no era la vía más eficaz para evitar y frenar el cometimiento de futuros delitos, sino más bien el encarcelarlo mediante la atención de un correctivo o castigo que lo prive de su libertad que genere en él una terrible y extendida pena, logrando de esa manera indemnizar a la sociedad injuriada (Beccaria, 1993, págs. 56-62).

En lo concerniente a las penas, Beccaria mantenía que éstas tenían un carácter preventivo como se conceptualizo con anterioridad en dos apreciaciones muy concretas: en sentido general y en sentido especial.

La primera está dirigida hacia la sociedad conjuntamente, es una advertencia para los ciudadanos, una manera para expresar que si se vulneran los derechos de una manera determinada tiene unas consecuencias concretas, en este caso la llamada pena.

En lo que refiere a la prevención especial esta se centra en el delincuente, que luego de una previa investigación y sentencia deberá ser aislado de la colectividad y recluido en prisión para cumplir con el castigo como señala Beccaria, sin embargo, como se manifestó en el Ecuador el termino castigo no es utilizado ya que el objeto de la pena no es más que permitirle al sentenciado el desarrollo de sus derechos y la reinserción en la sociedad.

2. Concepciones referentes a la mala práctica profesional en el área de la medicina

La mal praxis o mala práctica, son juicios con los que se le conoce a la acción de un profesional en este asunto nos referiremos al personal especializado de la salud, que ejecute una diligencia establecida como actividad de su vida cotidiana, con ciertas reglas técnicas y científicas, y este profesional se desapega de las mismas.

Recientemente dicho acto punible, se enfoca directamente al personal médico, obviando el resto de profesionales, que carguen con juicios planteados por conductas de mala praxis, es posible que sea porque es una de las ramas de la humanidad que recurre a la justicia para resolver asuntos que no son de carácter judicial (Lárraga, 2017).

Ahora bien, nuestro texto constitucional establece lo siguiente de manera general de la mala práctica profesional, respecto de todas las profesiones ya que no se puede enmarcar a un solo gremio que sería el de los médicos en este caso, señalando que:

Art. 54: Las personas u organizaciones que faciliten servicios públicos o que generen o comercien bienes para consumir, tendrán responsabilidad civil y penal por el defectuoso ofrecimiento del servicio, por calidad imperfecta de lo que se produce, o cuando sus formas no se hallen en concordancia con la publicidad realizada o con la representación incorporada. Las personas tendrán responsabilidad por la mala práctica en al ejercer de su carrera, arte o labor, especialmente aquella que sitúe en inseguridad la integridad o la vida de la gente (2008).

La falta de praxis se ha convertido en un acto de estudio trascendental, puesto que la vida de varios seres humanos se ha perdido por el maniobrar de ciertos médicos, que violentan el deber objetivo de cuidado, tanto así que el compromiso recae también hasta en quienes se encuentran subordinados, es decir esta conducta se enmarca en la definición que nos otorga la Constitución ya que se sitúa en peligro tanto la plenitud física como elemento fundamental de derecho perteneciente a las personas.

En 2014 Ecuador tipificó por primera vez el delito que es objeto de este análisis, la mala práctica profesional, siendo ahí que el país emprende la sustitución de la anterior normativa, vigente desde 1930, en este caso el Código Penal Ecuatoriano mismo que contenía varios artículos correspondientes a: art. 156, sanciona la paralización de servicios públicos; art. 284, prohíbe revelar el secreto profesional; art. 293, habla de multas por no notificar un delito; art. 346, por certificar falsamente la existencia de enfermedades; art. 359, por utilizar peritos o testigos falsos; art. 434, imprudencia o negligencia profesional; art. 459, falta de precaución; art. 460, muerte inintencional, y los artículos 12 y 13 sobre el amparo del paciente.

Además de los artículos: 434, 435, 436, 446, 456, 457, 459 (Código Penal Ecuatoriano, Derogado, 1930), que imponen reclusión de 3, 6, 12 y 16 años, para aquellos médicos en las indistintas ramas de la medicina, como por ejemplo obstetras, farmacéuticos, boticarios, cirujanos, hasta practicantes de medicina, se veían inmiscuidos en varios delitos tipificados en el anterior Código.

Sin embargo, una dilatada disputa tiene lugar en el país, promovido por los gremios médicos, quienes aseguran que sus labores estarían condicionadas y criminalizadas, esencialmente por los conflictos que conlleva su profesión. La normativa busca condenar la negligencia, impericia, imprudencia, inobservancia de la *lex artis* o mala conducta profesional, entre otras, proveniente de una fallida praxis para la totalidad de practicantes, sin diferenciación, que causen perjuicios a la salud de las personas o la defunción, algo que no en todas las legislaciones de los países latinoamericanos se contempla.

La mala práctica profesional se presenta en la legislación punitiva de otros países entre los cuales podemos encontrar: Chile, Perú, Argentina y España. En Chile no se penaliza taxativamente a la mala práctica profesional, sin embargo, encontramos la figura de la negligencia médica. Según el articulado penal número 491 de Chile se establece que el médico practicante o licenciado en farmacia o matrona que produjere perjuicio a la gente por negligencia culpable al desempeñarse profesionalmente merecerá el castigo de reclusión (Código Penal Chileno, 1874).

Hecho inverso acontece en Argentina, pues su reglamentación jurídica consagra que: será castigado con prisión de 6 meses a 5 años y prohibición especial por 5 a 10 años quien, por imprudente, negligente o por impericia en su labor o profesión originare a otro su fenecimiento (Código Penal de la Nación Argentina, 1984).

Sin tipificación del delito, el apartado 142 de la codificación penal peruana acuerda: Aquel que por imprudencia grave ocasionare la defunción de otro, se le castigará por homicidio con imprudencia, con la condena de prisión de 1 a 4 años. Cuando la muerte fuere cometida por imprudencia en la profesión se imputará también la sanción de inhabilitación de sus labores (Código Penal Peruano, 1991).

En jurisdicción española, el articulado 142 de su codificación penal determina que los profesionales que debido a imprudencia grave produjeran la muerte de otro serán sancionados con pena de prisión de 1 a 4 años (Código Penal Español, 1995). En el numeral tres, también se establece que el asesinato que se cometa por imprudencia profesional se imputará la sanción de inhabilitación especial para ejercer la profesión, labor o cargo.

La problemática surge en la tipificación de este delito por parte del legislador que no realiza un análisis de dosimetría penal dentro del planteamiento de la sanción y el del tipo penal en general y que la indebida práctica de profesionales del área médica conste dentro de el mismo tipo, ya que se depone aspectos de rédito como la salud del paciente y como el médico puede soslayar este derecho e incumplir con el compromiso objetivo de cuidado.

Al ser el delito objeto de análisis catalogado como delito culposo es de suma importancia analizarlo desde esa perspectiva, además de identificar los elementos que conforman el mismo. Entre los delitos culposos podemos encontrar el delito que es la base del trabajo investigativo.

2.1 Delitos culposos

La negligencia médica cometida por algunos galenos en el ejercicio de su labor profesional, ha producido pérdidas irreparables en la salud de los pacientes y en casos extremos el precio que se ha tenido que pagar por una mala intervención quirúrgica o un tratamiento deficiente del galeno ha sido la vida.

La responsabilidad que recae en los profesionales del servicio sanitario, es muy similar a la responsabilidad general que corresponde a todos los sujetos practiquen o no determinada profesión; la discrepancia radica si ejerciendo de su actividad profesional emana algún dispositivo ecuánime en este caso el daño que puede ocasionar el medico a su paciente, y que este tenga correlación inmediata con dicho accionar, y se localice enmarcado en los designados hechos delictuales culposos en los que es inexistente intención alguna de inducir un daño; este acontece debido a: la imprudencia, impericia, actuar negligente o inobservancia de deberes relativos al cargo.

Es de vital importancia estipular la definición de los elementos que conforman un delito, puesto que se le considera como un acto humano, tipificable, anti-normativo y culpable, la misma que da lugar al ilícito:

Si nos referimos a conducta penalmente relevante se define de la siguiente manera en el ordenamiento punitivo del Ecuador, COIP:

Artículo 22.- Conductas relevantes desde el punto de vista penal. – tienen relevancia penal aquellas acciones u omisiones que hacen peligrar u originan resultados lesivos, susceptibles de descripción y demostración. No es sancionable una persona por aspectos de identidad, peligrosidad o peculiaridades personales (2014).

Se considerará como acto humano penalmente relevante aquellas acciones u omisiones que produzcan resultados lesivos, en este caso el médico si produce un resultado lesivo, además de que resulta descriptible y demostrable, y finalmente con su actuar pone en ventura la vitalidad y salud de sus pacientes. Conjuntamente, deben considerarse las modalidades de dicha conducta tipificadas en el siguiente articulado 23 del COIP (2014), expresando las particularidades conductuales punibles en el actuar y omitir. Esclareciendo los actos entre el no imposibilitar un acaecimiento y su accionar, ya que, al tener el deber jurídico de impedirlo, semeja a producirlo.

De acuerdo al articulado podemos afirmar que si un médico incurre ya sea en acción u omisión, siendo que en la primera con su accionar lesione o violente derechos y en la segunda omita la aplicación de algún reglamento o protocolo médico o que no impida un hecho teniendo la obligación de hacerlo, se le considerará como un acto humano penalmente relevante

Con respecto a la tipicidad de este delito podemos definirla gracias al COIP (2014), de la siguiente manera en el apartado 25, sobre la tipología penal hace referencia a los aspectos conductuales penalmente relevantes.

En tal caso existe un tipo penal específico, mismo que es la finalidad de la disertación presente, la indebida destreza en la profesión médica.

Ahora bien, la categoría dogmática de la tipicidad se encuentra conformada por los componentes objetivos y de subjetividad, por un lado, la tipicidad objetiva que se constituye por:

la persona activa, sujeto pasivo, verbo rector, dispositivo reglamentario y valorador y el bien jurídico quebrantado, y con proporción a la categorización subjetiva que se conforma de culpa y dolo.

Tipicidad objetiva: se refiere a la descripción de características de cada infracción, es decir de los tipos penales, y consta de los siguientes elementos:

Sujeto activo: es aquel sujeto que incurre en lo llamado tipo penal o delito y ejecuta la conducta activa u omisiva.

Sujeto pasivo: se trata del titular o quien porta el interés cuyo ultraje compone lo esencial del delito (Puig, 2003, pág. 198).

Verbo Rector: Jiménez Asúa señala lo siguiente:

Es el fragmento más significativo conductualmente típico, pues la conducta que se halla explicada en la tipología penal, se substancia en una oración lingüística, y por la jerarquía que tiene se lo designa como núcleo superior del tipo (Asúa, 1970, pág. 312).

Por esta razón, el verbo rector posee una enorme trascendencia ya que de él depende el que se administre justicia, además de que permite la intrepidez por parte de los jueces de si se realizó o no dicha conducta.

Aspecto normativo y valorativo: la tipicidad penal es la representación conductual o de acción contenida en la norma, el valorativo y reglamentario contribuye a conformar el tipo penal.

Bien jurídico quebrantado: se trata de valores de interacción social, que permiten desarrollar a la sociedad y se vinculan intrínsecamente con los DDHH registrados por convenios y demás instrumentos internacionales.

Tipicidad subjetiva: hace referencia al análisis interno del sujeto activo con la finalidad de establecer si la conducta realizada recae ya sea en el dolo o en la culpa.

Dolo: se trata del propósito de ocasionar perjuicio que asume el sujeto activo y según la doctrina se clasifica en distintos tipos como son: directo, indirecto y eventual. El COIP (2014) señala lo siguiente:

Art. 26.- Dolo. - Obra dolosamente la persona que, en conocimiento de los componentes objetivos del prototipo penal, realiza libremente la conducta. Responde por delito preterintencional el sujeto que efectúa una acción u omisión mediante la que se origina una consecuencia más peligrosa que aquella que pretendió producir, y será castigado con dos tercios de la pena.

Culpa: asumiendo la palabra desde el delito culposo se hace uso de la conceptualización del COIP, definida como... Artículo 27.- Culpa. - Actúa con culpa el individuo que quebranta el deber objetivo de cuidado, que como persona le atañe, ocasionando una consecuencia dañosa. Dicha conducta es castigable cuando está clasificada como infracción en el código.

La culpa constituye base fundamental dentro del planteamiento del proyecto de investigación ya que el delito objeto de análisis se enfoca en la culpa que posee el imputado con respecto al hecho conductual que lesiona el compromiso objetivo de cuidado en cuanto lo establece el mencionado artículo.

Además de que encontramos tipificado el tipo penal, como la mala habilidad o pericia de un profesional en el área de la medicina, motivo por el cual, el médico que actúe bajo el accionar manifestado en el artículo deberá ser sancionado, pero no se toman en cuenta aspectos indispensables, siendo así que obtenemos un resultado inadecuado al momento de establecer una pena para el imputado que nace desde la creación de la norma y termina en la aplicación de la misma.

Ahora bien, es necesario definir la culpabilidad, ya que esta es una categoría dogmática que tiene lugar luego de que se ha configurado el injusto penal, observando las posibilidades jurídicas para atribuirle en este punto al experto en la salud la responsabilidad en el delito de mala práctica profesional. Por lo tanto, la culpabilidad, en el articulado 34 del COIP (2014), señala que todo sujeto que sea calificado responsable punitivamente convendrá ser susceptible de imputación y proceder con discernimiento respecto de la antijuridicidad conductual.

La imputación personal es el juicio que vincula el inícuo a su autor y en ese sentido aplicar en tanto la base fundamental que, en base a una hipótesis del delito, regula la dimensión de capacidad punitiva que puede practicarse respecto al mismo.

Entre los delitos culposos podemos encontrar los siguientes: los delitos culposos de tránsito, homicidio culposo, y homicidio culposo por afecciones contrarias a la buena práctica de la profesión.

Mala práctica profesional se denomina a la acción del médico que se realizó con negligencia, imprudencia, impericia, iatrogenia, inobservancia de la *lex artis*, sean estos estipulados como por accionar u omitir, por consiguiente, los mismos deben sancionarse.

En el entramado normativo ecuatoriano que ocupan la temática, se encuentra el texto constitucional de la República en su apartado 54, además lo contemplaba el ex Código Penal en sus artículos 459, 14 y 460. El reciente COIP en el apartado 146 incorpora la conducta en tanto homicidio culposo por mala praxis en la profesión se instituye que es la infracción a un deber objetivo de cuidado, mientras se ejerce o practica la profesión, por consiguiente, la norma la designa como un delito (Rodríguez B. , 2015). No obstante, debe tenerse elementos ineludibles para poder establecerlo como la negligencia, ausencia de prudencia, falta de pericia, iatrogenia y mala conducta profesional, ha de ser estimado un hecho delictivo que conlleva sanciones o penas.

2.2 Concepciones generales y características del delito de mala práctica profesional

La mala praxis en la profesión del área de la salud no es considerada un asunto actual, pues las primeras clasificaciones en relación a este delito proceden de civilizaciones antiguas, muestra de ello se encuentra en el “Código de Hammurabi”, donde se establecía una diferencia entre lo que plantea el ámbito jurídico como compromiso civil y penal.

Se consideraban los detrimentos que se alcanzan a provocar sin el propósito de originar un perjuicio y que no sean peligrosos, se sancionarían con multas pecuniarias dando lugar al adeudo civil, en tanto que en la situación de que se alcance a provocar un grave daño en la vida del humano concurrían diversas formas de sanciones penales.

El Código Hammurabi manifestaba abiertamente una sanción punitiva, expresando que todo galeno trata a un sujeto sin enfermedad con el estilete de bronce, y lo aniquila, y si con el estilete bronceado aparta la catarata y le extrae un ojo, se le amputarán las manos (Dyneley, 1904).

En la actualidad la carta magna ecuatoriana (2008), en su título II, capítulo segundo, numerado 32 expresa que: la salud es un derecho garantizado por el ente estatal. El Estado honrará este derecho mediante políticas financieras, sociales culturales, y la accesibilidad perenne oportuna sin exclusiones. El otorgamiento de los servicios sanitarios estará regido por preceptos de universalidad, interculturalidad, solidaridad, equidad, eficacia, eficiencia, calidad, precaución.

Esgrimiendo esto como un principio primordial con paradigma de género e intergeneracional.

De igual manera la norma suprema establece responsabilidad por fallido ejercicio profesional, destreza u oficio especialmente aquel que sitúe en inseguridad la integridad o existencia personal, acto reconocido por el ejercicio de la medicina como riesgo del quehacer; que la puede provocar lesión a bienes jurídicos legalmente salvaguardados.

Para incurrir en fallida pericia de la profesión en el sector médico es fundamental se valore distintos aspectos que se establecen en el artículo 146 del COIP (2014):

Artículo 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional. – El individuo que, al quebrantar un compromiso objetivo de cuidado, al ejercer o practicar su profesión, cause la muerte de alguna persona, se sancionará con pena supresora de libertad de 1 a 3 años. La causa de habilitación para retornar al ejercicio profesional, después de cumplirse la pena, se determinará por la Ley. Se sancionará con penalidad supresora de libertad de 1 a 5 años si la muerte se provoca por operaciones no necesarias, riesgosas e ilegítimas. Para determinar la infracción al compromiso objetivo de cuidado tendrá que ocurrir lo subsiguiente: 1. La mera realización del resultado no conforma infracción al deber de cuidado. 2. La inobservancia de dispositivos legales. 3. La consecuencia dañosa debe proceder rectamente de la contravención al deber objetivo de cuidado y no distintas situaciones independientes o ligadas. 4. Se examinará en cada situación la prontitud, el nivel de formación académica, las circunstancias objetivas, la previsión y evitabilidad del suceso.

Se definirá lo correspondiente a negligencia, imprudencia e impericia, acciones que conforman este delito.

Evaluaremos cada numeral del artículo antes mencionado que son los siguientes:

A. La sola generación de la consecuencia no conforma contravención al compromiso objetivo de cuidado:

“La defunción del paciente no representa que precisamente el médico haya quebrantado al compromiso objetivo del cuidado. Se examinará el progreso de los acontecimientos que consumaron en la expiración del paciente y no únicamente la consecuencia” (Ministerio de Salud Pública, 2021). En esta apreciación se debería valorar el resultado que se obtuvo por el accionar del médico, además sería necesario el indagar y analizar los hechos que llevo a cabo el galeno con respecto a los daños que generó.

B. La contravención de leyes, manuales, aspectos reglamentarios, ordenanzas, normas técnicas o lex artis ajustables a la carrera.

La inobservancia por parte del practicante de las reglas ordinarias de su carrera, esto es, el desapego a patrones profesionales elementales, es uno de los escenarios que debe ocurrir junto a las demás para que se establezca la contravención de la obligación objetiva de cuidado, pero no la únicamente (Ministerio de Salud Pública, 2021).

Este numeral debería ser analizado a profundidad, ya que muchas son las denuncias con respecto a este delito que se vinculan directamente con este numeral, dejando con dichos fallos la violación de los derechos en la impunidad.

El análisis que realiza el legislador al momento de tipificar este tipo penal no es adecuado, ni responde a la necesidad de las víctimas de sancionar a un galeno que haya atentado contra su salud que es una facultad reconocida en la carta suprema y demás convenios y tratados internacionales.

C. La consecuencia dañosa debe proceder claramente de la infracción al compromiso de cuidado objetivo y no de distintas situaciones autónomas o conexas:

Si el paciente muere por ausencia de materiales o fármacos, espacio físico inadecuado, aspectos propios de la patología o por peculiaridades propias de su condición, no es responsable el médico que le asiste (Ministerio de Salud Pública, 2021). Si analizamos la explicación otorgada por el Ministerio de Salud Pública nos daremos cuenta que evitan a toda costa que se responsabilice al médico por sus acciones, un médico debe estar consciente de la falta de insumos o medicamentos, de si la infraestructura en la que labora no es adecuada y finalmente si una persona muere por causas propias de su enfermedad el galeno debió de considerarlo ya que posterior a cualquier operación o tratamiento se debió hacer diagnosticar al paciente con dicha enfermedad a través ya sea de estudio, exámenes o análisis.

D. Se razonará en cada asunto la diligencia, el nivel de formación académica, las circunstancias objetivamente, la previsión y evitabilidad del acontecimiento:

“El estudio pericial de cada caso envuelve un proceso que requiere que concurren expertos calificados en función del carácter del caso (Ministerio de Salud Pública, 2021). Esta afirmación es correcta, sin embargo, el perito debe tener conocimiento amplio de la materia, porque de nada sirve un perito que desconozca y plantea una solución rápida de manera que el médico imputado resulte absuelto, a pesar de haber lacerado un bien jurídico protegido, y violentando así de esta manera el compromiso objetivo de cuidado.

Ahora bien, si tratamos la temática de la mala práctica profesional, debemos considerar aspectos clave en los que se debe incurrir para conceptuar la conducta dentro de este tipo penal y son los siguientes:

2.2.1 Negligencia

Se define como la inobservancia de las reglas y principios técnicos y científicos de la profesión, en este caso aquellos principios que refieren a la medicina. De acuerdo con Vera (2013), es el descuido o falla de esmero o diligencia, al ejecutar algún acto médico. Se trata de la escasez de vigilancia en el transcurso de la práctica médica, puede conformar un desperfecto u omitir o no hacer suficiente, renunciar a hacer o realizar lo que es indebido, es no revolver una situación peligrosa concurriendo el deber de hacerlo.

Para una mejor comprensión de aquello que versa sobre la negligencia en área de la medicina procedo a realizar varios ejemplos de ello:

Ejemplos:

- El paciente se medica con lo innecesario.
- El paciente no es internado a pesar de que existan riesgos para su salud.
- Se omite la solicitud de los estudios pertinentes.
- No se lleva a aplicar el procedimiento de sujetar al paciente a la camilla o a la mesa de operación.
- No se le otorga un tratamiento adecuado al paciente antes de una operación.
- No se le informa al paciente, ni a su familia sobre el diagnóstico del mismo.
- Descuidar al paciente.
- No ordenar una biopsia si se sospechase la existencia de cáncer.
- Si se trata de una emergencia, darle una negativa al paciente.
- No aguardar por el relevo de otro médico, si se tratase de casos graves.
- Omitir información crucial para el paciente.
- Historia clínica defectuosa (Vera, 2013).

2.2.2 Incumplimiento de la Lex artis

Nuestra problemática se vincula estrechamente con la *lex artis* que relacionada con la indicación médica se considera que dicha técnica terapéutica radica, esencialmente, en una labor de valorar, de ponderar de las ventajas e inseguridades objetivamente predecibles para la integridad del paciente, que podría ameritar la realización de una u otra acción de tratamiento; en tanto que *lex artis* consiste en, una vez expresado ese reflexión, aplicar conveniente y comedidamente por parte del practicante la receta oportuna. La indicación tiene que ver con el sí de la prescripción, si necesita ser aplicada esta u otra alternativa; en tanto que la *lex artis* hace referencia al cómo del método, al procedimiento o tratamiento a realizar. La elaboración de una mediación se concordará a la técnica correctamente acorde, por ente, con la *lex artis* cuando no haya contradicción con la técnica señalada ni a la vigilancia debida (Casabona, 2011, págs. 31-54).

La lex artis no es más que las reglas técnicas que deben perseguir los acreditados en la actuación de su carrera, en este caso nos referimos a los galenos, quienes pudieran tener una consecuencia no deseada, no pudiendo imputar responsabilidad alguna, pero si se incurre en inconvenientes o se lesiona bienes jurídicos protegidos la sanción por actuar sin prever las reglas técnicas debería regirse por la dosimetría penal, esta temática a ocupado un ámbito tan importante y trascendental, podría decirse que nace para poner fin a la arbitrariedad del poder, en vista que este ha sido el emblema de guerras, tiranías, masacres humanas entre otras, las cuales siempre o en su mayoría de veces terminaban transgrediendo o lesionando los derechos humanos.

2.2.3 Imprudencia

Al referirnos a la imprudencia, se puede afirmar que esta se encuentra presente en todas las profesiones, aunque en la mayoría de ellas actuar con imprudencia no conlleva a lesionar derechos y mucho menos atenta contra la vida de las personas, lo contrario sucede si nos referimos al actuar con imprudencia en el área de la medicina, misma que se define de la siguiente manera en la revista de medicina online:

Es efectuar una actuación a la ligera, careciendo de convenientes precauciones; esto es, la falta de templanza o mesura. Adicionalmente, el comportamiento contrario al aconsejado por el sentido común, cometer actos insólitos fuera de lo normal, realizar más de lo conveniente; envuelve una conducta riesgosa. Es acometer un peligro innecesariamente. El individuo actúa con precipitación, sin pronosticar las secuelas en las que pudiera confluir el obrar inconsciente. El menoscabo ocasionado se originó porque el accionar médico se cumplió sin las correspondidas moderaciones ni mensurar consecuencias (Vera, 2013).

Para ahondar en el tema de la imprudencia en el área de la medicina, planteare varios ejemplos de aquello que podría considerarse como tal basándome en lo planteado por la revista antes mencionada:

Ejemplos:

- Transfundir sangre a un paciente sin determinar el grupo hematológico, VIH, VDRL, hepatitis, entre otros.
- Olvidar instrumentales dentro de la cavidad abdominal de un paciente.

- Realizar un acto innecesario como por ejemplo una histerectomía abdominal con apendicetomía profiláctica.
- Pericia de enfermera que lastima el nervio ciático de un infante por inobservar las cautelas debidas.
- Desidia en la guardia o la emergencia (Vera, 2013).

2.2.4 Impericia

La impericia se vincula estrechamente con los conocimientos del médico, motivo por el cual consideraría necesario una reformulación de nuestra norma en este caso el COIP en lo referente al tipo penal objeto de análisis, ya que posiblemente el legislador no tenga la capacidad de plantear este tipo penal y la sanción, puesto que no posee el conocimiento necesario en el área de la medicina, para desarrollarlo adecuadamente.

La revista de medicina online define a la impericia de la siguiente manera:

Es la ausencia total o parcial, de saberes técnicos, experticia o destreza para ejercer la medicina. Esta puede clasificarse en: a) De origen: Al no haber aprendido jamás, b) De olvido: hubo aprendizaje, fue aplicado, pero cayó en el olvido y c) De practica: ocurre al solo manejar aspectos teóricos. En recapitulación, la impericia es: ser incompetente, inepto, sin habilidad, carente de experiencia, falto de sabiduría y experticia (Vera, 2013).

Además, existen distintos tipos de impericias, que traeré a colación ya que las considero de suma importancia para una mejor comprensión de la temática y nos ayudaran a diferenciar unas de las otras:

Impericia y Tratamientos peligrosos: el uso de terapias riesgosas para ciertas patologías, demanda preparación académica. Impericia y Cirugía: la defunción del paciente o la presencia de secuelas de varios tipos son principio de responsabilidad en el ámbito médico. En Impericia y Cirugía, son aspectos a valorar: el peligro operatorio y la conformidad de ejecución, calificación preoperatoria, técnica empleada, sin menoscabo del carácter particular de acuerdo con la experticia propia del especialista en cirugía, las previsiones a la operación: ingreso hospitalario, pruebas preoperatorias, preexistencia de otras patologías, contingencia de anomalías anatómicas, trastornos alérgicos, asepsia, entre otros (Vera, 2013).

Para una mejor apreciación del tema se procede a plantear varios ejemplos de lo que se consideraría como impericia en el área de la medicina:

Ejemplos:

Fallas en el diagnóstico motivado por el desconocimiento, errores toscos de evaluación, examen escaso del enfermo, deslices injustificables, traspies administrando de un producto, dosificación o vías indebidas, no considerar el riesgo operatorio, un mal diagnóstico preoperatorio, brindar de manera inadecuada los cuidados postoperatorios (Vera, 2013).

2.2.5 Iatrogenia

Finalmente se hace alusión al elemento para configurar el delito que posee un carácter fundamental, ya que en la legislación penal ecuatoriana no da la importancia debida. En el COIP (2014), cómo se manifestó con anterioridad se hace referencia a la mala práctica profesional en todas las profesiones que puedan transgredir la integridad y la vida, sin embargo, el tipo penal originario es el delito culposo por fallidas prácticas de los expertos en la salud.

Es decir, el resultado de la mala praxis ocasiono la muerte, pero no se considera las afectaciones a la salud, es decir la iatrogenia al momento de realizar su accionar, motivo por el cual es pertinente que el legislador al tipificar el delito lo realice con un análisis de dosimetría penal, además de que es necesario que se tipifique este delito de manera individual tomando en cuenta incisos que contemplen afectaciones a la salud y proyectos de vida.

De acuerdo con Vera (2013), en los actos donde se presenta la iatrogenia el paciente sufre una alteración de su condición de salud por el médico. Siendo esta, la consecuencia nociva que no deviene de la voluntad o culpabilidad del galeno para fabricación del perjuicio, sino que es consecuencia de un hecho no deliberado sin previsión que escapa a cualquier opción de evitarse por los mecanismos normales de cuidado personal o grupal. Es el deterioro en el físico o en el bienestar del paciente, originado por el practicante mediante sus acciones, hechos conductuales o vías diagnósticas, de terapia, quirúrgicas, psicoterapéuticos. Por lo tanto, la iatrogenia que conlleva a un tipo de detrimento para el enfermo es habitual y lastimosamente ineludible

Para comprender de mejor manera lo correspondiente a la iatrogenia es necesario formular los siguientes ejemplos, con el fin de ampliar la información obtenida:

Ejemplos:

Perjuicio por un fármaco estimado inofensivo, úlcera aguda en el duodeno formada por el suministro de dosificación elevada de corticoides, al ser el tratamiento establecido, incompetencia cervical del útero en los temas de conización, consecuencia de biopsias, que establecen abortos a repetición en féminas jóvenes, conformación de queloides (Vera, 2013).

Ahora bien, existen distintos tipos de iatrogenia que debemos considerar, para estar claros al momento de determinar si el medico actuó o no conforme a la conducta que manifiestan los diversos elementos que conforman esta terminología, y que el legislador debió de tomar en cuenta y tomar como base para el tipo penal en cuestión:

2.2.5.1 Tipos de iatrogenia

- Iatrogenia aleatoria: se refiere a fallas tecnológicas como por ejemplo en los equipos. Ejemplo: Pile flebitis posterior a suprimir apéndice gangrenado.
- Iatrogenia predecible: El peligro del acto médico es advertido, puede tener lugar en algún instante. El bien conseguido prevalece al mal relacionado. Consecuencias de quimioterapia en oncología.
- Iatrogenia medicamentosa: reacción no deseada o imprevista ha determinado fármaco. Esta se presenta en tres aspectos: primero en enfermería por desidia en la consecución de las prescripciones, segundo en farmacia por error en la dispensa y finalmente en encomienda en el pregrado resulta necesaria una adecuada instrucción en farmacología clínica (Vera, 2013).

La mayoría de estas conductas se consideran previsibles, razón por la cual el médico debe tener conocimiento de todas ellas, además de que debemos recalcar que el desconocimiento no exime de culpa.

Todos los elementos que acabamos de analizar son indispensables de valorar al momento en el que el legislador plantea o tipifica el tipo de pena de poca o ninguna pericia profesional en el área de la medicina, sin embargo el tipo penal conglomerada todas las profesiones, motivo por el

cual el legislador no considera los apartados analizados en este tema, ya que no son de interés ante el tipo penal, razón que da lugar a que las penas no estén acorde a los daños que el medico genera en la salud y la vida de sus pacientes, es necesario que las penas sean más rígidas con respecto a la vulneración del bien jurídico protegido, además de que una solución aún más eficaz seria individualizar el tipo penal objeto de este análisis.

Es así que, para lograr establecer la existencia de responsabilidad penal por mala práctica profesional, se deberán analizar todos los aspectos antes mencionados y para ello es necesario se realice lo correspondiente a una auditoria medica pericial, ya que mediante el empleo de la pericia se podrá corroborar la presencia tanto de los numerales del articulo 146 como de los aspectos en los que un médico debe incurrir en el cometimiento del delito.

El estudio pericial es imprescindible al momento de evaluar los casos de responsabilidad profesional médica porque este nos permitirá valorar el acto médico, la calidad con la que ejerce su profesión, conocimientos, corrección de errores, optimización de costos, y medición de participación. Para que una persona desempeñe su función como perito en una auditoria medica deberá ser un profesional especializado en la materia y avalado por el Consejo de la Judicatura, de no contar con la persona idónea, el fiscal procederá a emitir un terceto de profesionistas del organismo con experticia en el caso.

2.3 Accionar del legislador frente al tipo penal de mala práctica profesional

En el Ecuador, existe un enorme conflicto respecto al fallido ejercicio en la disciplina médica, motivada por la falta de conocimiento de derechos y el considerar exagerado hacía el galeno como sagrado o intocable, no consentían aplicar sanciones a aquellos, que, ejerciendo su carrera, realizaban acciones de mala práctica médica.

Actualmente, motivados por el incremento de casos fallidos en el ejercicio de la profesión en el campo de la salud, resulta indispensable la reflexión y análisis correspondiente al accionar del legislador en el tema, además de que consideraremos los fallos y sentencias emitidas por parte de los juzgadores que aplicaron la sanción tipificada en el COIP desde el año 2014.

Ahora bien, el principal problema radica al momento en que el legislador no justifica mediante el análisis pertinente el porqué de las sanciones establecidas, ni tampoco las razones de

que en algunos casos tienen penas similares, los tipos penales que poseen objetos de protección con diferentes implicancias, o las penas son distintas cuando el bien jurídico protegido es el mismo y se tratan de tipos penales similares, es decir, no existió análisis sobre dosimetría penal, en este caso de los tipos penales en los que se encuentra desarrollado el delito de mala práctica profesional en el campo de la salud.

La problemática de la categorización del homicidio con culpa por el inadecuado ejercicio en la profesión, por parte del legislador, puede ser el sujeto activo delictual, pues coloca un tipo penal abierto a todas las profesiones sin embargo al no establecer a qué tipo de profesionales se refiere se estimará que son todos los que realizan esta acción; pero en el inciso segundo especifican que son graduados de la salud y la inhabilitación como castigo, pero no especifica a qué clase de profesionales se emplea esta tipicidad penal, sin regular en los hechos de si únicamente concurrían lesiones, es decir se deja en la impunidad conductas que se considerarían como penalmente relevantes.

El objetivo que debería tener el legislador sería entonces el de evitar afectar al galeno, pero comprobar hasta qué punto tiene o no responsabilidad, motivo por el cual es adecuado que los legisladores ahonden en la temática de dosimetría penal en el tipo penal objeto de estudio, que se plantee un tipo penal con una sanción adecuada que vele por los derechos fundamentales de la víctima y que se evalúen criterios referentes a la salud y proyectos de vida al momento de tipificar el delito, la solución más veras a esta problemática es la reformulación de la norma o una tipificación individual del hecho delictivo de inadecuada práctica en la profesión médica.

2.4 Mala práctica profesional en el área de la medicina en el Ecuador

Es de suma importancia establecer que aquel que incurre en este tipo penal violenta derechos fundamentales del ser humano como son las capacidades fundamentales de la vida digna y las garantías a la salud. Siendo la vida un derecho fundamental que prevé la Declaración Universal de DDHH (1948), artículo 3, se consagra de esta manera: todo ser humano posee derecho a la vida, la libertad y la seguridad personal. Elemento que se encuentra tipificado en ordenamiento jurídico nacional, expresado en la Carta Suprema del Ecuador en su artículo 66 numeral 1: “se reconoce y garantiza a las personas: El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La protección de esta facultad, está presente en las legislaciones alrededor del mundo, al ser la base del ejercicio de diversos derechos primordiales, por lo que la transgresión del derecho a la vida no envuelve el asunto de la muerte en sí, sino también las acciones y omisiones, encaminadas a destruirla, tal y como se ha manifestado con anterioridad a lo largo de nuestra investigación, el médico atenta contra la vida de su paciente ya sea a través de acciones u omisiones, incurriendo en el tipo penal objeto de análisis.

El derecho no puede desvincularse de la salud, ya que el mismo es inmanente al hombre, constituyéndose en el bien máspreciado para la humanidad. Por lo tanto, la salud en tanto derecho del hombre esencialmente, se estableció como DDHH en la Declaración Universal (1948), de la siguiente manera:

Artículo 25: 1. Cualquier persona posee derecho a una calidad de vida adecuada que le certifique, así como al núcleo familiar, salud y bienestar, especialmente alimentación, vestimenta, la morada, atención médica y los servicios socialmente indispensables; tiene además derecho a la seguridad por pérdida del empleo, afecciones, invalidez, vejez, viudez, entre otros.

La finalidad de su regulación en los ordenamientos jurídicos del mundo, es la de crear un sistema integrado de salud cuyo fin primordial, sea proveer servicios médicos, además de la creación de hospitales y centros de salud públicos. En tal sentido, la carta magna ecuatoriana (2008), tiene una sección que corresponde a salud en la cual se define este derecho de la siguiente manera:

Art. 32.- La salud es una facultad garantizada por el ente estatal, vinculándose su consecución al ejercicio de facultades conexas, entre estas, el derecho al agua, alimentarse, educarse, la cultura física, trabajar, tener seguridad social, habitar en ecosistemas sanos y otros que hacen sustentable el buen vivir.

Por ello, surge la necesidad de que el ordenamiento jurídico, controle, y regule de manera adecuada este arquetipo penal en el área de la medicina, con el fin de garantizar estos derechos humanos otorgados a ellos por el simple hecho de serlo, ya sea endureciendo las penas del mismo, luego de un minucioso análisis del accionar del galeno con respecto al resultado o creando un tipo penal individual, puesto que se ampara elementalmente dos bienes legales, la vida y la salud.

Desde que el profesional de la salud, admite la entrada de un enfermo a un centro público o privado o bien desde que emprende en el cuidado de un paciente, se origina una contratación de cumplimiento imperativo y con la mencionada contratación surgen los derechos y obligaciones de los actores. El derecho que posee el usuario a disfrutar las prestaciones de servicios y nace el compromiso de los profesionales de la salud a otorgarlos.

En la actualidad no existen cánones y normativas que reglamenten el ejercicio de la profesión de la totalidad de los miembros del equipo de salud, siendo los mismos: médicos, cirujanos dentales, licenciados en enfermería, entre otros. Al cambiar las normativas y la propia sociedad ha subsistido un limbo en la temática respecto la tipificación de un hecho delictivo respecto a la inadecuada práctica en medicina, y que, actualmente, ninguno duda, que resulta indispensable una normativa legal relativa a la responsabilidad procedente de la provocación de consecuencias lesivas no deseadas afines con el ejercicio de acciones médicas (Albán, 2011, pág. 55).

La fundamentación punitiva penal, con vigencia a partir de agosto del 2014 contiene en su apartado 146 el homicidio culposo por indebida práctica en la profesión, basado en la transgresión del deber objetivo de cuidado, señalando lo siguiente:

Artículo 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional. – El individuo que, al vulnerar un deber objetivo de cuidado establecido, ejerciendo o practicando su profesión, produzca la muerte de alguien, se le sancionará con pena supresora de libertad de 1 a 3 años. El proceso de habilitación para ejercer de nuevo profesionalmente, después de purgada la pena, se determinará legalmente. Se sancionará con pena supresora de libertad de 3 a 5 años si el fallecimiento se origina por actos redundantes, peligrosos e ilegítimos. Para determinar la contravención a la obligación objetiva de cuidado concurrirá lo que sigue: 1. La simple generación de la consecuencia no conforma infracción al deber de cuidado. 2. Inobservar normativa legal aplicable a la profesión. 3. La consecuencia dañosa debe proceder de manera directa de la contravención al deber cuidado objetivo y no de circunstancias distintas, autónomas o conexas. 4. Se examinará en cada caso la diligencia, el nivel de preparación en la profesión, las circunstancias objetivas, previsibilidad y posibilidad de evitar el hecho.

Con respecto a la fallida destreza profesional en el área de la medicina, nos podemos dar cuenta que se vincula con la responsabilidad, siendo esta aquella obligación que se origina para garantizar que los actos realizados en el ejercicio de su actividad profesional. El ser humano en función del derecho de libertad que forma parte de cada uno de los derechos, haciéndolo autónomo de realizar sus actos como el desee, pero puede darse el caso de que al hacerlo vulnere los derechos de otra persona.

Es así que si una persona al momento de actuar dentro de su profesión, no lo hace respetando la *lex artis*, deberá responderle a la víctima por los daños cometidos y que al momento de interponer una pena esta resarza todos los daños realizados por el profesional en el caso de esta investigación, los médicos.

3. Concepciones referentes a la dosimetría penal

El COIP en su disposición sustantiva alberga considerables fallas que patentizan la ausencia de criterios jurídicos, para asignar los rangos penales entre delitos. Persisten conductas mínimas con punición muy elevada, delitos de un bien jurídico de escasa trascendencia con la misma o más elevada pena que hechos delictivos de mayor gravedad que sobresaltan bienes jurídicos esenciales; delitos de riesgo con semejante o más elevada pena que hechos delictivos de consecuencias dentro del mismo capítulo; tipos penales calificados con pena menor que aquellos tipos penales base, de aquí emerge la dosificación de penas en lo que concierne al delito de inadecuada práctica en la profesión médica y el tratamiento que se le otorga al mismo.

Según Pedro Bermeo en su tesis: *Dosimetría Penal*, la arbitrariedad normativa y práctica cabe destacar que:

Las reglas penales deben observar el principio de proporcionalidad, no solamente en relación a atender la pena ante la desvaloración del hecho, sino a la obediencia de su extensión constitucional, en la medida que se aprecie que esa desproporcionalidad implica un sacrificio descomunal a los derechos resguardados por la Constitución (Bermeo, 2019, pág. 16).

O esta resulte desproporcional con respecto a cómo se provocó un resultado lesivo mayor a la sanción ya sea pecuniaria o pena privativa de libertad ante el daño causado al bien jurídico protegido.

Por lo tanto, no se pueden sacrificar derechos si la ganancia no es mayor con respecto a la dimensión axiológica del ejercicio ajustado de los derechos y tampoco otorgar una pena menor al perjuicio cometido.

El autor de la tesis antes mencionada utiliza el método de investigación jurídico dogmático, puesto que irreparablemente tuvo que analizar la normativa jurídica en cuanto a preceptos y postulados irrefutables, pero sobre todo en cuanto a la dosificación penal determinada en el contenido sustantivo del COIP, a fin de visibilizar y establecer los errores en la creación de la norma por parte del legislador.

4. La dosimetría penal en el delito de mala práctica profesional en el área de la medicina.

Si nos referimos a la práctica profesional médica luego de le análisis de sus elementos podemos decir que es el conjunto de actos y servicios que se proporcionan a un individuo, en este caso un paciente por profesionales de la salud, como médicos generales, odontólogos, cirujanos plásticos, etc., diestros en una rama específica de la medicina y respaldados por una infraestructura de acuerdo al nivel de que se trate, orientados a proteger promover y restaurar la salud en donde cada uno de los miembros tienen responsabilidades determinadas para ofrecer el mejor resultado en su accionar.

Ahora bien, cuando se hace mención a la dosimetría penal, se habla de la aplicación del principio de proporcionalidad que debería estar presente tanto por parte del legislador al imponer una sanción determinada a una conducta tipificada como delito, como por parte de los jueces y tribunales al decidir casos en específico, en esta investigación se analizará los fallos correspondientes al delito inadecuada práctica profesional en el área de la medicina.

No es adecuado decir que existe proporcionalidad en las penas, si consideramos el delito de mala praxis, es así que con el objetivo de demostrar dicha afirmación podemos recurrir al estudio y análisis de los distintos fallos en los casos de mala práctica profesional en el área de la medicina en el Ecuador, muchas de estas sentencias son absurdas y las penas que se le otorgan a los médicos no se fundamentan en que tan grave fue la lesión y el daño al bien jurídico protegido y al deber objetivo de cuidado.

Existen sentencias que deben ser analizadas y son la base fundamental de la que surge este estudio jurídico e investigación, traeré a colación los siguientes: Caso Albán Cornejo vs Ecuador, Caso Jenny P. del Hospital pediátrico Baca Ortiz, Caso Mishelle C. del Hospital Básico del Norte de Quito, y el Caso Nicole Montesdeoca de la clínica de Portoviejo, varias de ellas se encuentran publicadas en los boletines de la Fiscalía, siendo el primero fallo de los antes enunciados aquel que generó precedentes para que en el Ecuador se sancionen las afecciones contrarias a la buena praxis profesional en el área de la medicina, me permitiré también indagar en las penas de dichos fallos y consideraremos si estas son o no adecuadas de acuerdo al daño generado.

En el proceso Albán Cornejo vs Ecuador, el Estado Ecuatoriano destacó estar conforme con la Sentencia de Fondo otorgada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que reitera la voluntad de elaborar un proyecto de Ley enfocada a la práctica médica que conlleve afecciones a terceros, además propone incorporar al Derecho Penal ecuatoriano un tipo penal específico sobre la materia, que tome en consideración las peculiaridades que presenta el ejercicio incorrecto de la medicina y que establezca penas proporcionales a las conductas delictuosas, cosa que como mostraré en mi investigación no ha llegado a un correcto resultado ya que solo se tipificó dicho delito de manera general y las penas que se pueden alcanzar que se impongan a un profesional que debido a su falta de cuidado generó un grave daño al paciente, son mínimas ya que debemos recalcar que el bien jurídico que se encuentra en protección es la vida y la integridad física de las personas.

Caso Jenny P. del Hospital pediátrico Baca Ortiz, Caso Mishelle C. del Hospital Básico del Norte de Quito, y el Caso Nicole Montesdeoca de la clínica de Portoviejo, son una muestra de la precaria situación existente en nuestra legislación penal, por ejemplo, en el primer fallo se sanciona con 15 meses de pena restrictiva de libertad a un médico que no actuó respetando la *lex artis*, los reglamentos y protocolos médicos provocando que una niña de dos años que fue llevada al hospital por problemas dentales, quede en estado vegetativo.

En el segundo fallo se sanciona con una mínima pena por matar a una mujer que acudió al establecimiento a realizarse una liposucción, operación en la que no se siguió los protocolos debidos, los médicos no eran especializados, además de que a la joven no se le realizó un estudio previo de su estado de salud, motivo por el cual adquiere una infección y muere, en el último fallo

se condena con una pena privativa de libertad de 18 meses para un médico que no supo practicar de manera adecuada una cesárea dando muerte a la Sra. Nicole Montesdeoca y dejando a una menor en la indefensión.

Casos como estos nos hacen pensar en si en verdad protegemos los bienes jurídicos, estas son las sanciones adecuadas para un profesional que actúa sin respetar reglamentos y protocolos en los quirófanos, la pena que se les ha otorgado resarce los daños, la sanción es proporcional a los perjuicios que cometen en sus pacientes.

Considero que las sanciones deberían ser endurecidas, para que así los médicos actúen con ética, conciencia, apego a los pacientes y su profesión, ya que muchos de ellos se blindan de posibles demandas, contratan pólizas, y se respaldan en el denominado consentimiento informado, es así que hasta las sanciones pecuniarias son saldadas por seguros y la pena termina sin resarcir nada en las víctimas.

CAPÍTULO II: Metodología de la Investigación

1. Tipo de estudio

Se llevará a cabo un estudio investigativo de carácter jurídico y analítico, considerando que se usarán métodos y técnicas que se vinculan con el derecho, indagando en lo que plantea el ordenamiento jurídico, con respecto a la dosimetría penal en el delito por mala praxis de los trabajadores en el sector de la salud.

Analítico porque corresponde a la desmembración del todo, en este caso se considerará como un todo al objeto de esta investigación, desagregándolo en sus elementos para prestar atención a los orígenes, peculiaridades y los efectos como, por ejemplo, proporcionalidad en la creación de la pena, las sanciones correspondientes a los daños cometidos, el análisis de casos y el tratamiento de las penas.

2. Enfoque de la investigación

La presente actividad investigativa posee orientación jurídica al focalizarse en una temática que ahonda en la legislación penal ecuatoriana, el análisis de fallos y sus implicaciones en la sociedad, se analizará la dosimetría penal al momento de crear las sanciones para los tipos penales, además de ser cualitativo, puesto que se aplica en el estudio de casos relevantes en el país, los grados de pena impuestos a las diversas personas condenadas por delito de mala praxis dentro del área médica, en distintos grados de responsabilidad penal, así mismo se realizará varias entrevistas con la finalidad de obtener la información que nos permita desarrollar de manera adecuada nuestro segundo capítulo.

3. Fuentes y técnicas para la obtención, análisis y verificación de los datos de la investigación

3.1. Documentación jurídica

Se emprenderá con la investigación e interpretación de textos jurídicos con respecto a la dosimetría penal en los delitos de mal desempeño profesional en la medicina, intentando así lograr concretar el propósito investigativo, que consiste en la identificación del tratamiento que se les otorga a los tipos penales como los delitos culposos en lo que respecta a los posibles daños cometidos, mediante el estudio de la legislación penal ecuatoriana, y los casos existentes.

3.1.1 Casos que son objeto de investigación

Existen sentencias que deben ser analizadas y son la base fundamental de la que surge esta investigación, traeré a colación los siguientes:

Caso Albán Cornejo vs Ecuador: generó precedentes para que en el Ecuador sea sancionado el mal ejercicio profesional en el área médica.

Los hechos que dieron lugar al mencionado caso comenzaron el 13 de diciembre del año 1987 cuando Laura S. Albán C., accedió al centro hospitalario Metropolitano de Quito. Fue hospitalizada padeciendo un cuadro médico de meningitis bacteriológica. Siendo que el 17 de diciembre del mencionado año, Laura A. Cornejo padeció una gran dolencia por lo que el galeno residente prescribió que se inyectaran diez miligramos de morfina, dando como resultado que, al día subsiguiente, encontrándose bajo receta médica, Laura A. Cornejo falleciera. Sus progenitores comenzaron una acción judicial encaminada a la determinación de la responsabilidad por el deceso de Laura Albán. Uno de los dos practicantes sindicados de negligencia gozó de sobreseimiento, en tanto que el escenario jurídico del restante médico se hallaba en fase de resolución judicial.

En sentencia la Corte Interamericana de DDHH dicta los siguientes aspectos resolutivos:

Admite reconocer de manera parcial la responsabilidad internacional realizada por el Estado debido al quebrantamiento de las garantías legales y al resguardo legal, reconocido en los numerados 8.1 y 25.1 del convenio de América relativo a DDHH, con respecto al apartado 1.1 de la mencionada, el ente estatal vulneró la garantía de integridad individual estipulado en el artículo 5.1 de la Convención mencionada, relativo al artículo 1.1 de esta, en detrimento de acto Albán y Bismarck., el órgano estatal trasgredió las facultades de protección legal incorporados en el articulado 8.1 y 25.1 de la convención de DDHH de América, relacionado con los apartados 4, 5.1 y 1.1 de esta, en menoscabo de Carmen C. de Albán y de Bismarck Albán S. (Rodríguez B. , 2015, pág. 82).

Caso Jenny P. del Hospital pediátrico Baca Ortiz: En la audiencia de juzgamiento, efectuada el 22 de abril del 2019, el fiscal Darwin Jaramillo exhibió elementos probatorios obtenidos por la Fiscalía con el fin de acusar a la ciudadana Jenny P., por ocasionar a la víctima una discapacidad perenne, induciendo que una niña de dos años que fue llevada al hospital por

problemas dentales, quede en estado vegetativo y quebrantar la obligación objetiva de cuidado durante la práctica profesional. Entre los elementos probatorios expuestos por el Fiscal constan: prueba testimonial de los progenitores de la víctima; los testimonios de la cirujana dental, de los galenos que asistieron a la pequeña y de la especialista en anestesiología; la prueba médico legal que determinó que la niña quedó en condición vegetativa; el acta de reconocimiento del sitio de los eventos practicados en el quirófano número 7; el historial clínico de la paciente, entre otros.

Alrededor de 5 años luego del acontecimiento y después de tres jornadas de audiencia, el Tribunal de Garantías Penales, compuesto por los jueces Mabel T., a quien correspondió la ponencia, G. Rumiguano y J. Méndez, de manera unánime declararon la culpabilidad de la ciudadana Jenny P. condenándola a 15 meses de pena privativa de libertad en tanto perpetradora del hecho punible de lesiones, comprendido el desembolso de 376.000 dólares estadounidenses como resarcimiento integral a los progenitores de la perjudicada, una multa de tres salarios básicos unificados y la institución hospitalaria Pediátrico Baca Ortiz debió divulgar la sentencia en su sitio electrónico y el órgano ministerial de Salud Pública ordenó la publicidad en la totalidad de la sistema hospitalario nacional.

Caso Mishelle C. del Hospital Básico del Norte de Quito: se sanciona con una mínima pena por matar a una mujer que acudió al establecimiento a realizarse una liposucción, operación en la que no se siguió los protocolos debidos, los médicos no eran especializados, además de que a la joven no se le realizó un estudio previo de su estado de salud, motivo por el cual adquiere una infección y muere.

La fiscal investigadora del caso, mediante elementos probatorios y la argumentación legal, demostró la existencia del hecho delictivo tipificado en la disposición 146 del COIP, que dictamina entre 1 y 3 años de prisión. Además, se tuvo en consideración el artículo 57 del mismo texto normativo como lo es reincidencia, pues ambos médicos, que laboraron en Steticus Clínica Estética, ya poseen un fallo condenatorio preliminar por un hecho semejante, por lo que la condena fue incrementada en una tercera parte, debido a lo cual el Tribunal Penal impuso pena a los galenos y a la ciudadana.

Caso Nicole Montesdeoca de la clínica de Portoviejo: la Corte Nacional de Justicia por unanimidad declaró culpable al Dr. Francisco Abril Ojeda, responsable de la muerte de Nicole

Montesdeoca, rechazando el recurso de casación por el hecho ocurrido en uno de los establecimientos sanitarios privados de la urbe de Portoviejo en el 2016, mediante condena privativa de libertad de 18 meses para el médico que no supo practicar de manera adecuada una cesárea dando muerte a la Sra. Nicole Montesdeoca y dejando a una menor en la indefensión. .

Nicole Montesdeoca Aragundi falleció cerca del mediodía del 27 de diciembre del 2016 en un consultorio privado, situado en la Av. Bolivariana de Portoviejo, posterior al nacimiento de su hijo por cesárea.

La situación de salud de la dama comenzó a deteriorarse luego de ingresar al área de recuperación, incluso avisando sus parientes a los médicos, el cuidado no fue el adecuado para su mejoría, según informó la familia en esa época. Nicole fue trasladada de nuevo a la sala de cirugía, de donde no regresó viva.

El médico y la cuidadora de salud que estuvieron en la operación por cesárea desaparecieron, mientras los familiares hallaron a Nicole fallecida en el quirófano

Estos casos mencionados se encuentran en el SATJE además de que fiscalía ha publicado las resoluciones, sentencias, y el respectivo proceso realizado en cada uno de los casos en boletines de la misma entidad: Boletín 299 de la fiscalía general del Estado Ecuatoriano, Boletín 189 de la fiscalía general del Estado Ecuatoriano.

3.2. Entrevista

Para la presente investigación realizaremos una entrevista la cual es un dialogo entre por lo menos dos personas, la persona que realizara las interrogantes se denominará entrevistador y aquel que emita su opinión respecto de las mismas con una temática establecida será el entrevistado. Para lo descrito anteriormente se realizará entrevistas a:

- Uno de los legisladores que aprobó el COIP y la tipificación del delito de mal praxis de la profesión, con la finalidad de adquirir información fundamental para dilucidar aspectos referentes a la dosimetría penal en el delito objeto de análisis.
- Dos magistrados del ente judicial punitivo con extenso conocimiento de hechos delictivos de atentado culposo por mala praxis profesional en la provincia de Imbabura.

- Dos profesionales del derecho que emitirán su respectiva opinión de acuerdo a su experiencia en el libre ejercicio y la rama del derecho en la que se especializan.

3.2.1. Modelo de entrevista

El presente modelo de entrevista consta de varias preguntas mismas que se realizaron con el propósito de conseguir hechos informativos necesarios con respecto a mi tema de investigación mismo que se titula: la dosimetría penal en el delito por afecciones contrarias a la buena práctica profesional en el campo de la salud, en la legislación penal ecuatoriana, siendo las personas a ser entrevistadas aquellas que me otorgarán la información necesaria para el desarrollo de mi tema.

ENTREVISTA I:

DATOS INFORMÁTICOS:

Nombre: Richard Oswaldo

Apellidos: Calderón Saltos

Cargo: Exlegislador

Lugar: Atuntaqui, junto al parque central

Teléfono: 0980249995

Fecha: 28 de julio del 2021

Hora inicio: 11: 05h

1. ¿Conoce usted el término dosimetría penal, podría definirlo?

La dosimetría penal son las escalas en cuanto a las sanciones que se generan a partir de los diferentes delitos.

2. ¿Cuáles son los parámetros de análisis que se aplicaron al momento de instituir una sanción en el prototipo penal de mala práctica profesional?

Bueno, primero el COIP vigente en esa época, tenía muchos años ya de vigencia y el mismo se encontraba desactualizado, no estaba consolidado, no estaba debidamente organizado y se planteó en el caso de la salud que más bien, se pueda tener una norma aplicable, porque la anterior incluso era todavía mucho más sancionadora que la actual y se estableció varias condiciones para que en efecto se verifique que nos encontramos frente a un mal ejercicio profesional.

3. ¿Piensa que el homicidio culposo por mala praxis profesional es el sustento normativo para sancionar a los profesionistas de la salud que produzcan la muerte de un ser humano?

No, porque el homicidio tiene otras connotaciones, el homicidio posee como un tipo de antecedente de delito como tal, una mala práctica se consideraría más bien un descuido que si bien genera daños y debe ser sancionado, más sin embargo esto no posee las connotaciones de un homicidio culposo, necesita de varias condiciones deliberadas para que este se genere.

4. ¿Piensa usted que la tipificación actual de la mala praxis profesional es satisfactoria?

Bueno, pues se ha buscado más bien es definir con mayor precisión una mala práctica, es entonces que deben existir ciertas condiciones que no tengan que ver con cosas ajenas a la mala práctica médica, por ejemplo, si un médico no tiene los equipos necesarios, no está en las condiciones que amerita o una infraestructura un equipamiento. Obviamente esto no significaría que es culpa del médico, pero se tiene que tener varias condiciones para que en efecto se considere como una mala práctica.

5. ¿Usted considera que el COIP dictamina una pena proporcional para los trabajadores de salud en relación con el homicidio culposo por fallidas prácticas en el ejercicio de la profesión?

Antes de existir el COIP, con una mala receta se podía señalar que existía una mala práctica médica, no conozco los últimos datos, pero en efecto en el COIP, se tipificaron menos sanciones que las que anteriormente existían. En un principio la nueva tipificación de este tipo penal generó un descontento en los médicos y trabajadores del sector salud. Respecto a la pregunta, siempre se buscó eso, que la sanción este apegada al delito, entonces se deberá verificar el cumplimiento de las condiciones yo considero que es una aplicación adecuada, es por ello que necesariamente se debe incurrir en los cuatro numerales de la tipología penal establecidos en la disposición 146 para aplicarse la debida sanción.

6. ¿Usted considera que, al tipificar los tipos penales, se realiza un detenido análisis dosimétrico?

Claro, porque el COIP fue asesorado por varios penalistas del país, de la región, de Latinoamérica, los recibimos en la comisión de justicia y se generó un fuerte debate precedido por el Sr Mauro Andino en cuanto a la dosimetría, entonces es ahí en donde la Asamblea aprueba, además de que

se contaba con un excelente respaldo profesional ya que como señalo era de carácter urgente la actualización del COIP que data de hace mucho tiempo y en varias de sus partes ya no podría considerársele como aplicable.

ENTREVISTA II:

DATOS INFORMÁTICOS:

Nombre: Dora Benildde

Apellidos: Mosquera

Cargo: Jueza de la Unidad Judicial Penal de Otavalo

Lugar: Unidad Judicial Penal

Teléfono: 062999800 ext. 62670

Fecha: 22 de julio del 2018

Hora inicio: 15:45h

1. ¿Conoce usted el término dosimetría penal, podría definirlo?

Claro, la dosimetría la maneja el legislador, básicamente el momento en el que impone o establece la sanción en el prototipo punitivo, establece un techo por decirle de la prisión preventiva o la condena privativa de libertad, entonces esa es la que conocemos como dosimetría penal, es decir la pena establecida en cada tipo penal con su piso y con su techo.

2. ¿Usted considera que el COIP dictamina una pena proporcional para los trabajadores de salud en relación con el homicidio culposo por prácticas fallidas en la profesión?

Son delitos culposos, y como son delitos culposos obviamente la pena es proporcional al tipo penal, porque no es lo mismo cometer un delito culposo que un delito doloso, considero que si es acorde la sanción señalada en el tipo penal objeto de su pregunta.

3. ¿En su criterio jurídico piensa que condenar penalmente con correctivos privativos de libertad a los profesionales de la salud contribuirá con la prevención de la mala praxis médica?

Haber ninguna pena privativa de libertad ayuda para erradicar, ni para prevenir el cometimiento de delitos, se ha visto en la práctica que por más que le agraven la pena o le bajen o le atenúen la pena, no es que se deje de cometer las infracciones, eso es independiente, la fallida práctica médica como el repito es un delito culposo, los galenos como cualquier otro profesional, de cualquier otra rama deben de responder por un mal quehacer en su profesión, es como por ejemplo, nosotros los jueces, los abogados, los arquitectos todos están obligados a responder por una mala práctica profesional, en la situación de los médicos por el mal ejercicio médico, entonces sería justo que también respondan ya que la totalidad de profesionales nos encontramos obligados a observar leyes, estatutos, protocolos, toda la normativa reglamentaria que se ha establecido para la práctica profesional de cada una de las ramas profesionales.

4. ¿Cómo piensa que deberían ser penalizados los profesionales de la medicina que incurren en el tipo penal de mala praxis profesional del área médica?

Como está tipificado en el COIP, ósea obviamente la misma deberá ser una condena que prive de la libertad porque de esa manera se establece en todos los tipos penales, aún más cuando hablamos de delitos contra la vida, además de ser culposos, son lesiones o puede ser muerte, estos son culposos y la penalidad que se halla considerada en la codificación penal es proporcional al delito culposo, entonces es por ello que no creo que por médicos que sean no deban pagar con una pena privativa de libertad, nadie está exento porque las leyes para todos son iguales, entonces decir que los médicos pobrecitos porque han cometido un delito no pueden pagar mediante condena que prive la libertad, entonces estaríamos frente a una discriminación en relación a otros profesionales, todos somos iguales, todos somos responsables. La Constitución en el artículo 83 establece las obligaciones de cada ciudadano y entre ellos también establece las obligaciones de todos los profesionales, es decir el ejercicio de la profesión con ética y responsabilidad, entonces todos estamos en la obligación de responder por nuestros actos

5. ¿Cree que la lex artis puede aplicarse en la totalidad de casos médicos?

Por supuesto, la lex artis consiste en la aplicación de protocolos, reglamentos, de normas que rigen la práctica del galeno o el ejercicio de sus funciones, tenemos normativa para el paciente, tenemos normativa para todo, entonces todo ese conjunto de normas son la lex artis, tienen que cumplir todos, todos tenemos que cumplir como profesionales, no solo los médicos y por tanto como le

digo nadie está exento de la responsabilidad, la pena que ha establecido el COIP es proporcional para el tipo penal de la mala práctica médica.

ENTREVISTA III:

DATOS INFORMÁTICOS:

Nombre: Alcívar

Apellidos: Tulcanazo

Cargo: Juez de la Unidad Judicial Penal de Otavalo

Lugar: Unidad Judicial Penal

Teléfono: 062999800 ext. 62670

Fecha: 22 de julio del 2018

Hora inicio: 15:00h

1. ¿Conoce usted el término dosimetría penal, podría definirlo?

Lo que me concierne indicar en cuanto a esta pregunta podría señalar que la dosimetría penal es el quantum punitivo que el juzgador luego de un análisis de las pruebas y de la subsunción de los hechos en cuanto a la hipótesis jurídica puede plantearlo de manera definitiva en la sentencia. Considero que al ponerle al tipo penal un rango de mínimo y máximo se realiza lo conocido como dosimetría penal. La dosimetría penal es aquella en la que el legislador la plantea en la hipótesis jurídica que se encuentra en el COIP, en mínimo y máximo, luego es el juzgador con el análisis de la prueba y la subsunción de los acontecimientos al prototipo penal, es la que le corresponde ya como una pena en concreto.

2. ¿Usted considera que el COIP dictamina una pena proporcional para los trabajadores de salud en relación con el homicidio culposo por prácticas fallidas en la profesión?

Como he indicado el apartado 146 hace mención nos plantea ya un mínimo y un máximo en dos escenarios dependiendo como se generó el homicidio en un inicio tenemos entre 1 y 3 años de supresión de la libertad y en otro luego de verificarse las circunstancias de los numerales del

respectivo artículo determina condena desde 3 a 5 años de prisión es decir existe un rango que nos permite hablar de proporcionalidad y desde luego al juez le va a corresponder luego del respectivo análisis de los hechos cual es la pena que le corresponde.

3. ¿En su criterio jurídico piensa que condenar penalmente con correctivos privativos de libertad a los profesionales de la salud contribuirá con la prevención de la mala praxis médica?

Si partimos desde la teoría de la pena y que también se contempla dentro del COIP, tenemos la prevención positiva y la prevención negativa, la prevención positiva es en el momento en el cual el individuo ya se encuentra despojado de la libertad y la misma persona por los mecanismos que se den dentro del centro y luego de un proceso de rehabilitación pueda ser reinsertado a la sociedad, estamos hablando de una prevención positiva, es decir, esto le va a impedir que este ciudadano que no vuelva a incurrir en este tipo de contravención del compromiso objetivo de cuidar y la prevención negativa en el mismo sentido pero en efecto hacia otras personas de que por quebrantamiento de la obligación objetiva de cuidar sean privados de libertad.

De una u otra forma existe esta prevención para que los profesionales de la salud den una debida diligencia en sus actividades es decir deberán tener un cumplimiento estricto de la obligación objetiva de cuidado en las operaciones que ellos realicen.

4. ¿Cómo piensa que deberían ser penalizados los profesionales de la medicina que incurren en el tipo penal de mala praxis profesional del área médica?

Este cuestionamiento correspondería dirigirse a los legisladores, yo al ser un juez penal únicamente debo de aplicar lo que me indica el artículo 13 del COIP, aplicar la penalidades de manera taxativa, si en el tipo penal se contempla un castigo de pena supresora de libertad así deberé realizarlo, si además considero que se le puede imponer otras medidas u otra sanción que no prive de libertad según el apartado 60 también lo puedo hacer, pero el cómo creo yo que deben ser sancionados los médicos es un tema que debe ser investigado tanto en la academia de médicos como al interior de la Asamblea Nacional, ya que ellos son los encargados de verificar tanto las sanciones administrativas como las de carácter penal en cuanto a las actividades irregulares de los médicos.

En lo que me corresponde únicamente debo ceñirme a la estricta aplicación de la penalidad prevista en el tipo. La medida restrictiva de libertad debe aplicarse si, pero eso no se convierte en un incentivo para que la víctima se sienta reparada.

5. ¿Cree que la lex artis puede aplicarse en la totalidad de casos médicos?

La lex artis el arte de la ley o la ley y el arte, en pocas palabras son los diversos protocolos o los diversos reglamentos o instructivos que debe tomar en cuenta un profesional de la salud al realizar sus actividades cuando tenga que intervenir a una persona, esto siempre tiene que ser observado, debe ser siempre aplicado por los médicos.

En lo que he observado en las actividades comunes no como juzgador sino más bien como un ciudadano común al acudir al hospital o a una clínica he podido apreciar que se observa la lex artis , ya que no he presenciado que un profesional de la salud haya actuado con la inobservancia de la lex artis previo a intervenir a una persona y si así lo hiciera lo que corresponde a la persona afectada es recurrir ante las autoridades ya sean administrativas o jurisdiccionales para que se otorgue la respectiva sanción de esta forma nuevamente regresamos al tema de lo que es la prevención, los médicos observando tanto lo que es la sanción administrativa como la judicial en contra del sanitario que no observe el compromiso objetivo de cuidado prevenga no incurrir en estas inobservancias.

Es así que si la lex artis no se cumple los casos llegan a manos de los juzgadores y es ahí donde se procede con la sanción al galeno o profesional de la salud. Tomando en cuenta que dichas en contravenciones de carácter culposo el mero hecho de haber inobservado el juramento objetivo de cuidado no le conlleva inmediatamente a una pena, ya que se debe evaluar para la tipicidad la configuración del nexo productor entre el tipo punitivo y el resultado.

En efecto, el acto punitivo no deber ser analizado solo desde un punto de vista jurisdiccional sino también desde el ojo crítico legislativo y académico sanitario para que las sanciones en esos ámbitos basten solo con la inobservancia de la lex artis, pero en dichos escenarios al hablar del ámbito penal necesariamente deberá existir el nexo antes mencionado.

ENTREVISTA IV:

DATOS INFORMÁTICOS:

Nombre: Marcelo

Apellidos: Calderón

Cargo: Profesional del derecho y docente de la PUCE sede Ibarra

Lugar: Atuntaqui

Teléfono: 0991049372

Fecha: 19 de julio del 2021

Hora inicio: 9:30h

1. ¿Conoce usted el término dosimetría penal, podría definirlo?

Esto se encuentra en manos del legislador mismo que deberá de una manera minuciosa y adecuada tomar en cuenta al momento de tipificar los tipos penales con su respectiva sanción proporcional.

2. ¿Usted considera que el COIP dictamina una pena proporcional para los trabajadores de salud en relación con el homicidio culposo por fallidas prácticas en el ejercicio de la profesión?

Reflexiono que dependerá de la gravedad de la contravención que se comete, obviamente el COIP tipifica la infracción. Sin embargo, en el caso específico, personalmente considero que no responde a la gravedad de la infracción cuando el galeno en el ejecutar de sus funciones a cometido un error ya sea por negligencia, acción u omisión, la pena es demasíadamente reducida no responde a la pretensión, en este caso del afectado o sus familiares esperarían de la justicia.

3. ¿En su criterio jurídico piensa que condenar penalmente con correctivos privativos de libertad a los profesionales de la salud contribuirá con la prevención de la mala praxis médica?

Siendo la prisión preventiva una medida de última instancia no se considera exclusivamente a los expertos de la salud, esta es una medida que se le debe imponer a todas las personas, sin embargo, en este caso yo considero que por temor los profesionales de la medicina a que se vea cuartada su libertad tomarían en cuenta y harían los modos posibles para prevenir de que no se comete ninguna falla en la práctica del galeno en el ejercicio de su actividad.

4. ¿Piensa que el homicidio culposo por mala praxis profesional es el sustento normativo para sancionar a los profesionistas de la salud que produzcan la muerte de un ser humano?

Habría que realizarse una aclaración extensiva estableciéndose los casos realmente ya que no se puede con la misma vara se puede medir a todas las infracciones que se cometan en este sentido, yo considero que culposo sería cuando no existe la mala intención, considero que ningún profesional médico estaría o consideraría que esa mala intención estaría siempre de sus acciones pues sin embargo yo creo que debería hacerse por lo menos una tipificación más minuciosa sobre los casos en los que se debe establecer como homicidio por culpa.

5. ¿Piensa usted que la tipificación actual de la mala praxis profesional es satisfactoria?

No, como manifesté con anterioridad, respetando los criterios de varios juristas, a mi concepto se debería establecer de forma más puntual cuales son los casos que por ejemplo, por acción por omisión o talvez por una que no debió de haber ostentado o realizado la práctica de ese tipo médico, pero definitivamente el Ecuador al estar inmiscuido en un ordenamiento jurídico pues lo que le corresponde es ajustarse a lo que el establece el derecho positivo, es decir a lo que está escrito y si en el futuro existiese la posibilidad de que en la asamblea, cambie o tipifique de mejor manera estaríamos hablando de otra cosa, sin embargo ahora debemos sujetarnos a lo escrito hoy por hoy en las normas.

ENTREVISTA V:

DATOS INFORMÁTICOS:

Nombre: José Sebastián

Apellidos: Cornejo Aguiar

Cargo: Profesional del derecho y docente de la Universidad Técnica del Norte

Lugar: Vía Telemática

Teléfono: 0987342363

Fecha: 2 de agosto del 2021

Hora inicio: 21:00

1. ¿Conoce usted el término dosimetría penal, podría definirlo?

Básicamente la dosimetría penal esta interrelacionado con la proporcionalidad de las penas y hace referencia al ámbito de equivalencia en relación a la cuantificación de la pena, en relación a la gravedad del hecho ocasionado.

2. ¿Usted considera que el COIP dictamina una pena proporcional para los trabajadores de salud en relación con el homicidio culposo por fallidas prácticas en el ejercicio de la profesión?

Yo considero que no, porque y no solo con ese tipo penal sino todos los tipos penales establecidos dentro del ordenamiento jurídico penal ecuatoriano, si nosotros nos ponemos a revisar en este caso los debates previos a la implementación de cada uno de estos tipos penales nos vamos a dar cuenta que los legisladores no tomaron en consideración la necesidad de interrelacionar el espacio de la aplicación de la proporcionalidad de la pena con el tratamiento que necesitan cada uno de las personas dentro del sistema de rehabilitación social en ese contexto tampoco analizaron la aplicabilidad de si una pena es válida, eficaz, en ese sentido yo diría que las penas establecidas no

solo en ese tipo penal sino en todos los tipos penales establecidos dentro del COIP son solo interpolaciones traídas a consideración de otros ordenamientos jurídicos sin mayor análisis.

3. ¿En su criterio jurídico piensa que condenar penalmente con correctivos privativos de libertad a los profesionales de la salud contribuirá con la prevención de la mala praxis médica?

Más allá de la determinación de las penas establecidas dentro del COIP, yo considero que lo que realmente debería establecerse es un modelo de sistema de tratamiento penitenciario de una forma educada es decir que se vaya propugnando en este caso lo del sistema de rehabilitación dentro de los parámetros de reinserción, rehabilitación, resocialización y reducción del individuo infractor mas no solo tomar en consideración la aplicabilidad de la pena por excelencia como una medida de expiación o como una medida de celebración de carácter punitivo que lo que logra en este caso es sacar a un individuo de la sociedad y ponerlo aislado dentro de un contexto tomando en consideración que lo único que se logra es hacer a esta persona una persona improductiva, y supuestamente alejarla para que no pueda seguir causando daño. En el tema de práctica profesional esto varia porque recordemos que, dentro de esta modalidad, no es una modalidad incluso dentro de la determinación de dolo sino es una modalidad de culpa, sino más bien ahí deberíamos verificar la posibilidad de dar capacitación en su proceso de formación para ir puliendo los temas de desconocimiento que pudieron llevarse a cabo dentro del desarrollo de la mala práctica profesional.

4. ¿Piensa que el homicidio culposo por mala praxis profesional es el sustento normativo para sancionar a los profesionistas de la salud que produzcan la muerte de un ser humano?

Claro que sí, básicamente incluso me parece que este es uno de los tipos penales que no era primordial en la determinación de un tipo penal específico para la mala praxis profesional, ya que perfectamente podría ser sancionado dentro del Homicidio por culpa.

5. ¿Piensa usted que la tipificación actual de la mala praxis profesional es satisfactoria?

Yo considero que no, en el sentido de que, si nosotros revisamos la estructura del tipo penal, este es un tipo penal que tiene un sin número de elementos, bueno a mi parecer este tipo penal lo que está generando es un efecto de criminalización hacia un sector, en este caso sería el criminalizar a

los médicos. Considero que no es necesario la implementación de este tipo penal ya que como señale hace un momento podríamos sancionarlo con el tipo penal de Homicidio por culpa, es por ello que no le veo mayor necesidad la implementación de este tipo penal salvo por ejemplo la determinación de una pena discrecional en el sentido de la pena del Homicidio por culpas versus en este caso lo pertinente a la mal práctica en profesionales, pero más allá de eso considero que es un tipo innecesario.

CAPITULO III: Discusión

1. Principales resultados obtenidos de la investigación

El presente capítulo versa sobre el análisis de los resultados que se obtuvo en capítulos anteriores mediante el empleo de entrevistas y estudio de casos en concreto.

Los entrevistados en cuestión poseen un amplio conocimiento en lo que respecta a la dosimetría penal en el delito objeto de análisis, siendo el primero de ellos exlegislador de la comisión de justicia del año 2014, además de profesionales del derecho, docentes universitarios y finalmente jueces de la unidad judicial especializados en derecho penal, cuyo aporte resultará de suma importancia para determinar las implicaciones que posee la dosimetría penal en el tipo penal objeto de esta investigación.

Con base en las entrevistas, conjuntamente con un análisis de cada uno de los cuestionamientos, en referencia al primer interrogante podemos concluir que: la dosimetría penal se encuentra estrechamente vinculada con la proporcionalidad de la pena, además de que los entrevistados coinciden de que la misma se encuentra en manos de los legisladores, quienes son garantes de velar por el correcto planteamiento de un tipo penal, realizando un estudio minucioso de distintos ámbitos que abarcan la cuantificación de la pena, en relación a los daños que se hubiere cometido.

Al referirnos a la creación de la norma y la correspondiente sanción de la misma, el legislador afirma que: únicamente se buscó tener una norma aplicable en lo que respecta a la mala práctica y se estableció varias condiciones para que en efecto se verifique que nos encontramos frente a ella, haciendo referencia a los numerales que conforman en el numerado 146 del COIP.

Con relación a la proporción de la pena, los entrevistados consideran que: debe estar presente en todo el proceso de creación de un tipo punitivo, sin embargo, es otra la realidad, existen criterios opuestos en lo referente a la aplicabilidad de la misma, ya que si consideramos la perspectiva de los docentes universitarios esta se encuentra en un extremo completamente opuesto a la visión que poseen los jueces de la proporcionalidad.

Los docentes señalan que: la pena es desproporcional con respecto a los daños que pueden cometerse en el delito objeto de esta investigación, ya que la sanción que se impone por el cometimiento de este delito es reducida, además de que para proponer dicha pena se debió de haber realizado un análisis dosimétrico previo.

Es por ello que concuerdo con lo manifestado por los profesionales del derecho al mencionar que el COIP no es más que solo normas traídas a consideración de otros ordenamientos jurídicos sin mayor análisis de ningún tipo.

Los jueces poseen un apego a lo que establece el COIP en el articulado 146, puesto que respondieron al cuestionamiento afirmando que la pena es proporcional, que no es necesario cuestionar la misma porque es un delito culposo y existe un rango entre los años de pena restrictiva de libertad siendo el magistrado el que deberá interpretar y aplicar la misma.

El exlegislador menciona que al momento de la tipificación siempre se buscó que la sanción sea adecuada, pero para ello considera que se debe incurrir en todos los numerales y cumplir con varias condiciones para aplicarse la debida sanción.

Resultan debatibles algunos de los criterios en especial el de los jueces, ya que de acuerdo a las entrevistas realizadas los mismos sostienen que: la pena de un tipo penal es proporcional por el simple hecho de que se encuentra estipulada dentro del COIP, además de que constituye parte de los delitos culposos y posee un rango de mínimo y máximo en lo correspondiente a la pena privativa de libertad. Si afirmamos que lo que establece el Código es adecuado sin hacer uso de la interpretación, sin considerar que este puede ser reformado, e incluso mejorado para obtener un resultado proporcional a los hechos generados, se consideraría insuficiente ya que permitirse realizar un análisis de los arquetipos penales en el ámbito de la dosimetría penal es sumamente obligatorio puesto que, si esto no se realiza estaríamos incurriendo en la transgresión de garantías tanto de la víctima como del procesado.

Al referirnos a la tipificación, aspecto que resulta determinante para la investigación, la principal interrogante planteada de si los profesionales consideran que la misma es satisfactoria con respecto al delito, genera discrepancia entre la visión de cada uno de los entrevistados, por una parte nos encontramos ante la opinión de que la tipificación del tipo penal objeto de análisis es

satisfactoria ya que se menciona que los médicos que incurren en el prototipo penal deben ser sancionados tal y como lo establece el COIP.

En este caso los jueces manifiestan que únicamente deben aplicar las penas de manera taxativa, si en el tipo penal se contempla una sanción de pena restrictiva de libertad así deben realizarlo, si además consideran que se le puede imponer otras medidas u otra pena no privativa de la libertad también lo pueden hacer, sin embargo, ambos coinciden en que la tipificación es adecuada y que, si hubiere algún problema con ella, esto no está en sus manos sino en la de los legisladores.

Por otra parte, nos hallamos ante el análisis de los docentes con respecto a la correcta tipificación de los tipos penales, en este caso ellos manifiestan que la misma es insatisfactoria, ya que el tipo penal, no debería ser considerado como la base jurídica para sancionar a los profesionales de la salud si nos referimos a una mala práctica médica, por un lado se señala que el tipo penal objeto de esta investigación, no debería existir porque posee un sin número de falencias, además de que las connotaciones del mismo deberían ser valoradas en conjunto ante el delito de homicidio por culpa sin criminalización a un sector profesional en específico y con la penalidad restrictiva de libertad que el prototipo punitivo antes mencionado le corresponda aplicar.

El exlegislador menciona que la tipificación es óptima ya que con la implementación de este delito se define con mayor precisión la mala práctica profesional y que se le añadió condiciones al mismo para que este no se vea viciado por cosas ajenas al ejercicio u omisión del profesional de la salud, sin embargo señala que no estar consciente ya sea del equipamiento o infraestructura en la que dicho profesional se desenvuelve debe ser tomado en cuenta dentro de lo que afirma se consideraría una mala práctica.

De acuerdo con las entrevistas podemos apreciar que con respecto a la dosimetría penal en la tipificación de la mala práctica no existen criterios que permitan determinar si la misma es adecuada o inadecuada por parte de ninguno de los entrevistados.

Ahora bien, en referencia al análisis dosimétrico los entrevistados coinciden en que el mismo es fundamental para que al momento de esbozar los distintos tipos penales, los mismos resulten favorables tanto para la víctima como para el sentenciado.

En este caso el entrevistado menciona que para plantear nuestro tipo penal la asamblea fue asesorada por varios penalistas del país, de la región, y de Latinoamérica, contando con un excelente respaldo profesional, ya que era de carácter urgente la actualización del Código Penal que data de muchos años, sin embargo manifestó que no existió la presencia de profesionales de la salud puesto que se buscó no atribuirle el delito a un solo sector como es el de la medicina, he ahí que se da lugar a algunos vacíos, en vista de que no se examinó la incorporación de incisos que contemplen afectaciones a la salud y proyectos de vida.

En lo referente a la pena restrictiva de la libertad como sanción para prevenir el cometimiento del delito de esta investigación, los entrevistados coinciden en que la misma resultaría necesaria siempre y cuando sea aplicada como ultima ratio, es decir que luego del análisis correspondiente la pena privativa de libertad deberá considerarse como último recurso para sancionar al sentenciado, sin embargo, no vinculan los años de pena con los fines de pena. Dando como resultado la inexistencia de criterio alguno al momento de determinar la dosimetría de la pena, al igual que al aplicarla.

En cuanto a la perspectiva de los profesionales del derecho podemos concluir que la sanción privativa de libertad es una herramienta utilizada no solo para sancionar sino más bien para permitirle al procesado rehabilitarse y cuando la misma termine poder reintegrarse a la sociedad ya que esta pena no se usa para recluir, y alejar al procesado de la misma y que lo único que se logra es hacer a esta persona una persona improductiva.

De acuerdo a las entrevistas en la práctica por lo general por más que le agraven la pena o le bajen o le atenúen, no es que el sentenciado deje de cometer las infracciones, eso es independiente, es así que se concluye que mantener a un sujeto recluido en un centro penitenciario por el cometimiento del delito objeto de esta investigación no se consideraría correcta puesto que existen otras alternativas que le permitirían al profesional comprender de su error y prevenir el cometimiento de delitos en el futuro.

2. Logro de los objetivos planteados

El presente trabajo investigativo se planteó un objetivo general y tres específicos los cuales se cumplieron luego del análisis e investigación necesaria a lo largo de este trabajo investigativo.

Con respecto al objetivo general se analizó la dosimetría penal en el delito de mala práctica de la profesión en el área médica, en la legislación penal ecuatoriana, mediante el estudio de casos prácticos. ¿Qué se hizo? Se investigó sobre la dosimetría penal como parte esencial en el proceso de creación del tipo penal de mala práctica de la profesión en el área médica. ¿Cómo fue realizado? Mediante el estudio de la legislación penal ecuatoriana, y los casos existentes. ¿Para qué se hizo? con el objetivo de identificar el tratamiento que se le otorga a este tipo penal en lo que respecta a los posibles daños cometidos.

En referencia a los objetivos específicos, los mismos responden a cada capítulo de este trabajo de investigación siendo estos los siguientes:

Sobre el primer objetivo, identificar el tratamiento que se le otorga al delito de mala praxis profesional en el área médica en la legislación penal ecuatoriana. Luego del análisis correspondiente del delito objeto de esta investigación y mediante la aplicación del método cualitativo en este caso de las entrevistas que nos permitieron el desarrollo adecuado del trabajo investigativo, podemos afirmar que el mismo posee una tipificación poco satisfactoria ya que resulta ineficaz al momento de aplicar una sanción a quienes hayan incurrido en este delito.

Esto lo podemos evidenciar luego del análisis de los casos investigados ya que como pudimos observar al procesado se le otorga la pena tal y como se halla estipulada en el apartado 146 del COIP siendo así que al no existir parámetros que nos permitan determinar que la pena correspondiente a este delito responde a los daños que hubiere cometido el profesional de la salud ejerciendo su profesión, además que se está frente a un solo articulado con trascendencia que haga referencia a la temática, obtenemos como resultado una sanción inadecuada.

Como pudimos apreciar en los capítulos anteriores la presencia de la dosimetría penal dentro del proceso de creación de la norma es esencial y esto lo deberá interpretar y realizar el legislador, sin embargo, este procedimiento necesita una elevada sustancia técnica con la finalidad de que el delito al que nos referimos en este caso, sea consecuente y respete el principio de proporcionalidad.

Es así que si nos referimos al tratamiento que se le otorgó al delito de esta investigación a lo largo del proceso de creación del tipo penal mismo que deberá ser coherente y observar ciertos

criterios en este caso de salud y proyectos de vida, así como también al momento en que la sanción es establecida en la audiencia y se sentencia al procesado con una condena de privación de la libertad.

Es decir, el legislador quien tiene a su cargo vigilar que se aplique el principio de proporcionalidad deberá tener presente varios parámetros y elementos, como por ejemplo los bienes jurídicos protegidos, la participación del procesado, la intencionalidad en la conducta misma que deberá ser analizada con mayor exhaustividad al tratarse de un delito culposo que como revisamos en el marco teórico cuenta con características singulares.

Todo ello con el objetivo de que siempre las condenas contempladas en la norma sean proporcionales desde su esboce, de lo inverso, se manifestaría que el COIP tan solo contiene normas traídas a colación de otros ordenamientos jurídicos extranjeros y las penas que privan la libertad se plantean sin asistencia de dosimetría penal y en base a la creencia del legislador,

Sobre el segundo objetivo, fundamentar normativa y doctrinalmente la dosimetría penal, en el hecho delictivo de mala práctica en la profesión médica, en la legislación penal ecuatoriana. El segundo objetivo específico responde al primer capítulo de este trabajo de investigación en el cual conceptualizamos los distintos términos referentes a la dosimetría penal desde la perspectiva jurídica, así también la doctrinaria mediante el apoyo de la documentación jurídica y el criterio de varios autores, quienes nos otorgaron la pauta que nos permitió conceptualizar la llamada dosimetría penal o principio de proporcionalidad.

Luego del análisis determinamos a que teoría del derecho penal pertenecía el estudio de la misma diferenciando entre la proposición teórica causalista y la finalista, las teorías sobre la pena, en este caso la teoría de la prevención que es aquella que rige nuestro sistema punitivo y las distintas categorías dogmáticas que componen un delito ya que se precisa lo correspondiente al comportamiento típico, antijurídico y culpable. El hecho delictivo de mala práctica en la profesión médica forma parte de los delitos culposos, motivo por el cual se analizó las características que conforman los mismos.

Se definió las variadas concepciones referentes a la temática sobre mala praxis en el quehacer del profesional de la salud en particular, lo concerniente a la inobservancia de la *lex artis*,

negligencia, imprudencia, impericia y iatrogenia, terminología que nos permitió abordar expresiones medicas necesaria para la comprensión de aspectos de la salud y que nos facilitaron el determinar que nos encontramos frente a una mala práctica médica.

De la misma manera se logró sustentar de manera jurídica y gracias a la doctrina el accionar del legislador que como se mencionó con anterioridad es el creador de la norma y quien prevé por la aplicación de la dosimetría penal. Podemos concluir que muchas veces la norma nace del parecer de los legisladores sin ningún tipo de análisis prueba de ello lo encontramos en nuestro COIP ya que el mismo es indulgente con aquellas personas que de alguna manera tienen poder, los médicos por ejemplo quienes se resguardan detrás de pólizas de grandes montos de dinero y bajo el llamado consentimiento informado, pero que hay de las víctimas a las que no se les hizo justicia, que ocurre con las personas que resultaron afectadas por la conducta del experto de la salud que no resguardo los bienes jurídicos salvaguardados.

No solo se trata de endurecer las penas para los procesados sino más bien de cuantificarla y que la misma no resulte arbitraria para ninguna de las partes y esto le concierne únicamente al legislador cuyo objetivo debería ser el no perjudicar al galeno, pero aclarar hasta qué punto está o no comprometido con su accionar.

Sobre el tercer objetivo, indagar sobre las sanciones penales, en relación a los daños generados en los distintos casos de mala praxis en la profesión médica. El tercer objetivo específico corresponde al segundo apartado del trabajo investigativo, en el que se analizaron los siguientes casos: Albán Cornejo y Jenny P. del Hospital pediátrico Baca Ortiz, Caso Mishelle C. del Hospital Básico del Norte de Quito, y el caso Nicole Montesdeoca de la clínica de Portoviejo.

Luego del estudio de los mismos podemos evidenciar que las sanciones penales que se establecieron en cada uno de los casos son inadecuadas, puesto que el delito objeto de análisis posee una tipificación de manera general, es decir aborda todas las profesiones dejándonos un gran vacío en lo que representa al sujeto activo, considero que los ámbitos que abarca la medicina son distintos a los de las demás profesiones ya que si incurrieran en dicha conducta no solo estarían vulnerando la garantía y facultad a la salud, sino también la integridad física y derechos fundamentales.

3. Dar respuesta a la pregunta de investigación

En el trabajo investigativo se planteó la siguiente interrogante: ¿Qué implicaciones tiene la dosimetría penal en el delito de mala práctica profesional en el área de la medicina, en la legislación penal ecuatoriana?

Respondiendo la interrogante investigativa, se puede manifestar que: una vez analizados los casos que fueron objeto de estudio, la dosimetría penal se encuentra ausente al momento de tipificar el delito que origino nuestro estudio, ya que se le considera demasiado amplio y general lo que da lugar a grandes vacíos legales por ende las sentencias que se analizaron resultaron erróneas.

Además de que el tratamiento que se le otorgo al delito objeto de análisis dentro del proceso de su creación fue inadecuado ya que no se contó con el apoyo, sustento y contribución de los profesionales de la salud, quienes debieron estar presentes dentro del planteamiento de este tipo penal, otorgándole a los legisladores pautas para que se logre reconocer que se está incurriendo en una mala práctica médica, y así respetar las implicaciones correspondientes a la dosimetría penal.

Los médicos son aquellos que conforman una de las profesiones con más alto índice de denuncias en lo que refiere a este delito desde el periodo de la creación del mismo, ya que en manos de los médicos ponemos: salud, proyectos de vida e integridad física de la ciudadanía. Por tal motivo, es de vital importancia la incidencia de la dosimetría y la proporcionalidad como principio en la legislación penal ecuatoriana, ya que sin la misma no solo estaríamos atentando contra varias garantías reconocidas en la carta magna y los diversos Convenios y Tratados Internacionales, sino, además, dejaríamos en la indefensión a las víctimas.

El procesado sería juzgado de manera equivocada otorgándole una penalización ya sea económica o privativa de la libertad considerada menor o mayor al daño que se pudo haber cometido.

4. Delimitación de la investigación

Delimitación espacial: La investigación se desarrolló dentro del territorio ecuatoriano ya que los casos de los cuales realizamos un detenido análisis corresponden a dicha localidad, además

de que se empleó la normativa interna de nuestro país en este caso la legislación penal ecuatoriana y demás estructuras normativas, para la elaboración del contenido de esta investigación se empleó el pensamiento crítico tanto de doctrinarios extranjeros como de ecuatorianos.

Delimitación temporal: La investigación con respecto a la delimitación temporal se determinó durante el periodo 2014-2015 al tipificarse el delito objeto de análisis en ese tiempo y por ende se obtiene como resultado un gran número de denuncias luego de su respectiva tipificación.

Delimitación del contenido: El contenido de este trabajo de investigación correspondiente a la dosimetría penal en el delito de mala práctica en la profesión médica, surge del estudio de la normativa ecuatoriana y los casos existentes correspondientes a este delito.

Delimitación del universo: La investigación se enfocó en una de las vertientes del derecho, en este caso el derecho punitivo o derecho penal, y en un elemento en concreto: la dosimetría penal que se vincula estrechamente con el principio de proporcionalidad, mediante el empleo de entrevistas a profesionales del derecho desarrollaremos los distintos elementos que conforman el delito objeto de análisis.

CAPITULO IV: Conclusiones y Recomendaciones

1. Conclusiones:

- La dosimetría penal es considerada como el fundamento esencial en la creación de los tipos penales que conforman la legislación penal ecuatoriana, en específico el COIP ya que, al encontrarse estrechamente vinculada al principio de proporcionalidad y la gradualidad de las sanciones, mismos que son contemplados como de carácter primordial y sustancial en el proceso de tipificación, debería ser atendida por parte de los legisladores de manera obligatoria. Es así que, luego del análisis realizado a lo largo de esta investigación podemos afirmar que: el legislador debe obedecer los distintos parámetros, concepciones e implicaciones en lo que respecta a la dosimetría para que así el resultado que se obtenga al crear un tipo penal, en este caso refiriéndonos al homicidio culposo por mala praxis profesional médica sea coherente, adecuado y no transgreda los derechos de las partes, tanto de las víctimas como del procesado.
- Mediante la investigación se pudo constatar que con respecto al endurecimiento de las penas o para aplicar penas más severas a los profesionales de la salud, es necesario establecer y determinar indicadores para esta profesión en específico, ya que el delito objeto de estudio abarca las profesiones de manera general, dejando un vacío en lo que respecta al sujeto activo de nuestro tipo penal, además de que la teoría de la pena aplicable en el Ecuador es de carácter preventivo, más no de aislamiento. Motivo por el cual las sanciones aplicadas, ya sea pecuniarias o privativas de la libertad, resultan desproporcionales a los daños cometidos, puesto que luego del estudio de los casos existentes observamos que la pena no responde a las acciones u omisiones realizadas por el galeno en el quehacer profesional.
- Desde el año 2014 con la creación del COIP y la tipificación del delito de homicidio culposo por mala praxis profesional médica, establecido en el artículo 146, podemos apreciar que la voluntad del legislador y su propia creencia e interpretación, está presente al momento de la creación de la norma, además de que la parte sustantiva que conforma el código posee varias falencias al no existir incidencia del principal fundamento teórico y técnico que debe ser empleado por parte de legislador en su toma de decisiones, proyectos

y planteamientos, evitando así que se incurra en arbitrariedades sin sustento jurídico de ningún tipo.

2. Recomendaciones:

- En los últimos años las denuncias por incurrir en el delito de homicidio culposo por mala praxis profesional médica, han sido más evidentes, puesto que los galenos tienen en sus manos la existencia e integridad física de las personas diariamente, es por ello que considero necesario se reforme el articulado 146 correspondiente a este delito, o de la misma manera se analice la posibilidad de tipificar un delito específico en el cual se establezca parámetros dirigidos a los profesionales de la salud y se evalúen criterios referentes a la afectación de la misma y proyectos de vida al momento de su tipificación.
- Todo proceso de creación de la norma debe ser analizado e interpretado a profundidad, mediante el empleo de criterios técnicos y directrices enfocadas en la dosimetría penal como elemento esencial, en este caso no solo por parte de legisladores y penalistas, sino también con el apoyo de los órganos principales que representan a los profesionales de la salud para así evitar soslayar los derechos de las personas tanto de los galenos como de las víctimas.
- El poder legislativo es aquel que debe estar a la vanguardia en lo que respecta al establecimiento de la norma, que la misma sea coherente y sobre todo proporcional, es por ello que considero necesario que el estado ecuatoriano coordine y desarrolle proyectos de capacitación para los funcionarios estatales, en este caso los legisladores en materia de garantías fundamentales como la salud, con el objetivo de salvaguardar de esta forma que la tipificación de los delitos se encuentra fundamentada y sustentada de manera adecuada.

BIBLIOGRAFÍA

- Albán, E. (2011). *Manual de derecho penal ecuatoriano Parte General*. Quito: Ediciones Legales.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (Vol. III). Paris: Dharana. Obtenido de <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>.
- Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador . (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial 449, Ediciones legales.
- Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial SAN-2014-0138, Ediciones legales.
- Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. (1930). *Código Penal Ecuatoriano, Derogado*. Quito: Ediciones legales.
- Asúa, L. J. (1970). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Losada.
- Bacigalupo, E. (1999). *Manual de Derecho Penal, Parte General* (Segunda ed.). Argentina: Hammurabi. B.A.
- Beccaria, C. (1993). *De los delitos y las penas*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
- Bermeo, P. J. (2019). *Dosimetría penal, la arbitrariedad normativa y práctica [Tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar]*. Repositorio Institucional. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6904/1/T2978-MDPE-Bermeo-Dosimetria.pdf>
- Casabona, C. (2011). *El médico y el Derecho Penal* (Vol. I). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Código Penal de la Nación Argentina*. (1984). Argentina: Ley 11.179, T.O.
- Código Penal Español*. (1995). España: Ley Orgánica 10-1995.
- Código Penal Peruano*. (1991). Perú: Decreto Legislativo N. ° 635.
- Corte Constitucional de Colombia. (13 de marzo de 2021). *Sentencia C-013 de 1997*. Obtenido de Corte Constitucional de Colombia: Corte Constitucional de Colombia, [Sentenhttps://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/c-013-97.htm](https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/c-013-97.htm)
- Dyneley, P. (1904). *The Code of Hammurabi* (Vol. VIII). The American Journal of Theology.
- Lárraga, K. M. (2017). *La Mala Práctica Profesional en el campo de la medicina y su vinculación al Derecho Administrativo Sancionador en la Legislación Ecuatoriana [Tesis doctoral, Universidad Central del Ecuador]*. Repositorio Institucional. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/11031/1/T-UCE-0013-Ab-99.pdf>.
- Liszt, F. R. (1881). *El Tratado de derecho penal alemán*.
- Ministerio de Justicia. (1874). *Código Penal Chileno*. Chile: Lexis Nexis.

- Ministerio de Salud Pública. (04 de marzo de 2021). *MSP explica el art. 146 del COIP*. Obtenido de Secretaria de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación: <https://www.educacionsuperior.gob.ec/msp-explica-el-art-146-del-coip/>.
- Ortega, J. (9 de febrero de 2016). La ley penal obligó al médico a blindarse con seguros privados. *El Comercio*.
- Péreznieto, L., & Ledesma, A. (1992). *Introducción al Estudio del Derecho* (Segunda ed.). Mexico: Editorial Harla.
- Puig, S. M. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: Ibdef.
- Rangel, E. J. (18 de febrero de 2021). *Conceptos jurídicos fundamentales*. Obtenido de Explicación de la Licenciada Elisa Jaime Rangel: https://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/ifsp_conceptosjuridicosfundamentales-1
- Rodríguez, B. (2015). *Análisis jurídico del tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional del médico en el Código Orgánico Integral Penal [tesis de grado, Universidad Internacional del Ecuador]*. Repositorio Institucional. Obtenido de <https://repositorio.uide.edu.ec/bitstream/37000/708/1/T-UIDE-0634.pdf>.
- Rodríguez, L. (2000). *Vicisitudes del derecho administrativo y sus desafíos en el siglo XXI*. Mexico: Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo.
- Santamaría, R. Á. (2015). *El Código Integral Penal (COIP) y su potencial aplicación garantista*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar: Corporación Editora Nacional.
- Sotomayor, J. O. (2007). *Las recientes reformas penales en Colombia. Un ejemplo de irracionalidad legislativa*. Medellín: Nuevo foro penal.
- Vera, O. (2013). Aspectos Éticos y Legales en el Acto Médico. *Revista Médica La Paz: Facultad de Medicina de la Universidad Mayor de San Andrés*.
- Welzel, H. (2003). *Estudios de derecho penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F.

ANEXOS

Adjunto el modelo de oficio entregado a las diferentes autoridades



UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE

Atuntaqui, 16 de Julio de 2021

Señor

RICHARD OSWALDO CALDERÓN SALTOS

Presente:

Mediante la presente le deseo el mayor de los éxitos en sus funciones.

SEÑOR RICHARD CALDERÓN, con la finalidad de realizar mi TRABAJO DE INVESTIGACIÓN (Tesis de Grado), con el tema: “La dosimetría penal en el delito de mala práctica profesional en el área de la medicina en la legislación penal ecuatoriana”. Muy comedidamente le solicito se digne **OTORGARME UNA ENTREVISTA** dirigida a su persona misma que me permitirá ampliar conocimiento y un desarrollo adecuado de mi investigación.

Por la atención favorable que se digne dar a la presente, le reitero mi agradecimiento.

Atentamente,

Deisy Marilyn Báez López

RESPONSABLE DE LA INVESTIGACIÓN