

UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, HUMANIDADES Y EDUCACIÓN

CARRERA: DERECHO

SEDE QUITO

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA**

TEMA: “El deber objetivo de cuidado en la mala práctica médica”

AUTOR: MARÍA JOSÉ CHUQUIMARCA CAMPOVERDE

ASESOR: DR. HERMES GILBERTO SARANGO AGUIRRE

QUITO - 2021

CERTIFICACIÓN DEL ASESOR

Dr. Hermes Gilberto Sarango Aguirre, actuando en calidad de Asesor del Trabajo de Titulación “El deber objetivo de cuidado en la mala práctica médica”, designado para esta labor por el Director de la Carrera de Derecho, Sede Quito de la UMET, en este acto certifico que la estudiante: María José Chuquimarca Campoverde titular de la cédula de ciudadanía Núm. 0604034793, ha culminado el trabajo de investigación y ha cumplido con todos los requisitos legales exigidos para su defensa.

Atentamente,

Dr. Hermes Gilberto Sarango Aguirre

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN

Yo, **MARÍA JOSÉ CHUQUIMARCA CAMPOVERDE**, estudiante de la Universidad Metropolitana del Ecuador “UMET”, carrera Derecho, declaro en forma libre y voluntaria que el presente trabajo de investigación que versa sobre: **EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO EN LA MALA PRÁCTICA MÉDICA** y las **expresiones** vertidas en la misma, son autoría de la compareciente, las cuales se han realizado en base a recopilación bibliográfica, consultas de internet y consultas de campo.

En consecuencia, asumo la responsabilidad de la originalidad de la misma y el cuidado al referirme a las fuentes bibliográficas respectivas para fundamentar el contenido expuesto.

Atentamente,

MARÍA JOSÉ CHUQUIMARCA CAMPOVERDE

C.I. 060403479-3

AUTOR

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, **MARÍA JOSÉ CHUQUIMARCA CAMPOVERDE**, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación, **EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO EN LA MALA PRÁCTICA MÉDICA**, modalidad trabajo de investigación de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, cedo a favor de la Universidad Metropolitana del Ecuador una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos. Conservo a mi favor todos los derechos de autor sobre la obra, establecidos en la normativa citada.

Así mismo, autorizo a la Universidad Metropolitana del Ecuador para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de titulación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

El autor declara que la obra objeto de la presente autorización es original en su forma de expresión y no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo la responsabilidad por cualquier reclamación que pudiera presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de toda responsabilidad.

MARÍA JOSÉ CHUQUIMARCA CAMPOVERDE

CI: 060403479-3

DEDICATORIA

Esta tesis está dedicada la memoria de mi madre, su fuerza y su fe durante sus años de enfermedad y sus últimos meses de vida me dieron una nueva apreciación del significado y la importancia de lucha. Vivió su vida, actuando concienzudamente sobre sus creencias, ayudando tanto a familiares como a extraños necesitados. Se enfrentó valientemente a su muerte, sabiendo que sus hijos aun la necesitaban. Su ejemplo me mantuvo soñando cuando quise rendirme.

A ella que desde el cielo me guía y me cuida como una estrella cada día.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, a esta noble institución y en representación de ella al Dr. Hermes Gilberto Sarango Aguirre director de Tesis.

Mi más sincero agradecimiento a mi padre porque a pesar de las dificultades que presenta la vida siempre ha sabido enseñarme a salir adelante y a no rendirme. Sin su apoyo incondicional en todos los ámbitos no hubiera podido llegar a donde estoy.

A la familia que he formado, Diego mi compañero de vida por ser siempre mi pilar, mi ancla y mi luz en todo momento y a mi hija que siendo la más pequeña se convirtió en lo más grande que tengo.

A mi hermana, que es la más valiosa herencia que me dejó mi madre, por abrazarme el alma cuando la vida nos puso la prueba más dura, estoy segura que al tomar un lugar que no le correspondía, dio lo mejor de sí para guiarme.

A mi tía Florcita, a quien quiero como a una madre, por compartir momentos significativos conmigo y por siempre estar dispuesta a escucharme y ayudarme en cualquier momento.

A todos ustedes gracias.

ÍNDICE

CERTIFICACIÓN DEL ASESOR	I
DEDICATORIA	IV
AGRADECIMIENTO	V
ÍNDICE	VI
INDICE DE TABLAS	VIII
RESUMEN.....	X
ABSTRACT	XI
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	5
1 MARCO TEÓRICO	5
1.1 Antecedentes de la Investigación	6
1.2 El deber objetivo de cuidado.....	8
1.3 Sobre el Aspecto de Responsabilidad Objetiva	12
1.4 Infracción al deber objetivo de cuidado.....	12
1.5 Análisis particular del caso	12
1.6 La Culpa. Concepto.....	13
1.7 Modalidades de la Culpa	14
1.8 Inobservancia de la ley o cualquier tipo de normas concernientes	15
1.9 La culpa y la violación del deber de cuidado.....	16
1.10 Acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas	16
1.11 La acción profesional y el ejercicio de las profesiones de la salud.....	19
1.12 El artículo 146 del COIP	23
1.13 Resolución de la Corte Nacional sobre el homicidio culposo	24
1.14 La ley Orgánica de Salud y la muerte por mala práctica médica.....	24
1.15 Análisis Jurisprudencial: deber objetivo de cuidado	26

1.16	Propuesta del Código Orgánico de la Salud frente a la mala praxis:.....	27
1.17	Las obligaciones médicas.....	28
1.18	Obligación de resultados	31
1.19	Obligación de Medios	32
1.20	El delito de lesiones.....	33
CAPÍTULO II.....		35
2	MARCO METODOLÓGICO	35
2.1	El Método en la Investigación:	35
2.2	Tipo de Investigación.....	35
2.3	Enfoque de la investigación	36
2.4	Técnicas de Investigación.....	36
2.5	Técnicas de observación	37
2.6	Instrumento de observación.....	37
2.7	Métodos Teóricos	38
CAPÍTULO III.....		45
3	ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS.....	45
3.1	Posible planteamiento a modo de propuesta sobre el tema.....	65
CONCLUSIONES		68
RECOMENDACIONES.....		70
Bibliografía.....		71

INDICE DE TABLAS

Tabla 1 El deber objetivo de cuidado: espíritu, propósito y razón.....	46
Tabla 2 Deber objetivo de cuidado y la praxis médica.	47
Tabla 3 Elementos del deber objetivo de cuidado en el COIP: Homicidio Culposos .	48
Tabla 4 Elementos del deber objetivo de cuidado en el COIP: Penas y sanciones.	49
Tabla 5 Elementos del deber objetivo de cuidado en el COIP: concurrencia de cuatro elementos para determinarse.	50
Tabla 6 Elementos del deber objetivo de cuidado en el COIP: La responsabilidad no es exclusiva por el resultado de la acción.	51
Tabla 7 Elementos del deber objetivo de cuidado en el COIP: Requiere la demostración de inobservancia de disposiciones.	52
Tabla 8 Elementos del deber objetivo de cuidado en el COIP: Relación directa entre la acción del profesional y la muerte de la víctima.	52
Tabla 9 Elementos del deber objetivo de cuidado en el COIP: Análisis particular de cada caso.	53
Tabla 10 deber objetivo de cuidado por la concurrencia de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.	54
Tabla 11 El deber objetivo de cuidado y su tratamiento en la Ley Orgánica de la salud	56
Tabla 12 El deber objetivo de cuidado y su tratamiento en la propuesta del Código Orgánico de Salud.	57
Tabla 13 El delito de homicidio culposo por mala práctica médica al inobservar el deber objetivo de cuidado.	57
Tabla 14 Relación entre el delito de homicidio culposo y la mala práctica médica en la doctrina.....	59
Tabla 15 La responsabilidad del profesional médico: las obligaciones de medios y de resultados.	59
Tabla 16 La responsabilidad del profesional médico debe ser sobre las acciones interpretadas como medios.....	60
Tabla 17 El caso penal de mala práctica médica	61
Tabla 18 El procedimiento en caso de mala práctica médica por inobservancia del deber objetivo de cuidado.	62

Tabla 19 Delito de lesiones como pretensión adicional en el caso de homicidio por mala práctica médica. 63

Tabla 20 Responsabilidad civil y administrativa en el caso de la mala práctica médica 64

RESUMEN

La ética, responsabilidad y el ejercicio profesional, están sujetas en Derecho Penal a lo que se conoce como el deber objetivo y subjetivo de cuidado. Este deber se comprende como la obligación de quien realiza actividades determinadas como parte de su rutina, oficio o profesión de prever e identificar posibles resultados de su conducta que, por causar un daño posible, tengan que evitarse. Este trabajo cuestiona si en el caso de la práctica médica, el deber objetivo de cuidado forma parte de las formas de culpabilidad, es decir, puede determinarse como imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de normativa exigible al ejercicio de las ciencias médicas o una mezcla de las anteriores y revisa comparativamente si esto, está lo suficientemente claro y garantizado tanto en la vigente Ley Orgánica de Salud como en el proyecto recientemente vetado proyecto de Código Orgánico de Salud, con la finalidad de sentar un precedente que pueda ser consultado para mejorar la normativa existente. La investigación de tipo jurídica, documental y descriptiva, empleó la estrategia del análisis y de la comparación propia de los estudios de enfoque cualitativo, realizando observación no participante de fuentes científicas, arrojando como conclusión que el deber objetivo de cuidado amerita ser ampliado en el ordenamiento jurídico para delimitar, más claramente, las responsabilidades y penas respecto a su tipo y que la norma sea eficaz.

Palabras Claves: Deber objetivo de cuidado, culpabilidad, comparación, ley orgánica de la salud, proyecto de código orgánico de la salud.

ABSTRACT

Ethics, responsibility and professional practice are subject in criminal law to what is known as the objective and subjective duty of care. This duty is understood as the obligation of those who carry out certain activities as part of their routine, trade or profession to foresee and identify possible results of their conduct that, because they cause possible harm, have to be avoided. This work questions whether in the case of medical practice, the objective duty of care is part of the forms of guilt, that is, it can be determined as recklessness, negligence, inexperience or non-observance of regulations enforceable in the exercise of medical sciences or a mixture of the above and comparatively reviews if this is sufficiently clear and guaranteed both in the current Organic Health Law and in the recently vetoed project of the Organic Health Code, in order to set a precedent that can be consulted to improve the existing regulations.

The legal, documentary and descriptive research used the strategy of analysis and comparison typical of qualitative approach studies, conducting non-participant observation of scientific sources, drawing as a conclusion that the objective duty of care deserves to be expanded in the system. to define, more clearly, the responsibilities and penalties regarding its type and that the rule is effective.

Keywords: Objective duty of care, guilt, comparison, organic health law, draft organic health code.

*“El que no sepa enmendarse a sí mismo reconociendo la imperfección del hombre,
no merece llamarse científico”*

Luis Jiménez de Asúa

INTRODUCCIÓN

El deber objetivo de cuidado es un principio o una máxima que forma parte de la culpabilidad en materia penal, que consiste en recalcar la obligación de un sujeto de derecho de prever y suponer el resultado dañoso que pudiera acontecer como consecuencia de una actividad que es parte de su rutina, oficio o profesión.

Este deber tiene lugar en la Constitución de la República y posteriormente desarrollado por el Código Orgánico Integral Penal en varias partes de su articulado, estableciendo pena privativa de libertad y otras sanciones en caso de comprobación de ser infringido.

Se trata de un principio de antigua data, que excluye la intencionalidad o el dolo en su cometimiento. El deber objetivo de cuidado requiere de la existencia de una norma que delimite de forma argumentada y lógica la suposición y la previsión sobre el resultado de la conducta. Así pues, cae en la categoría de la inobservancia del “deber ser” y en el de la infracción de “aquello que se espera”.

El ejercicio profesional conlleva una responsabilidad ética y disciplinaria que está enmarcada dentro del deber objetivo de cuidado. Todos los oficios y profesiones, contienen un mínimo de conductas regladas formalmente o no, que en materia del ejercicio o de la ejecución del trabajo, tienen que ser acatadas para evitar lesiones o daños de aquellos a quienes sirve, de aquellos con quienes sirve y de ambos.

En el caso de las ciencias médicas, este deber objetivo se exalta por el hecho de que el objeto que se pone en manos profesionales es la vida misma. Es tanto así, que este deber quiere proteger tanto a la sociedad que recibe el servicio médico como a los profesionales que lo practican. Es por tanto un derecho y un deber que se extiende al carácter objetivo y subjetivo de la aplicación de la norma.

El Código Orgánico Integral Penal (en lo adelante COIP) en su artículo 146 intenta desarrollar el mismo estableciendo que los hechos que conducen al resultado dañoso ameritan ser considerados, también que los profesionales de la salud deben quebrantar normativas de su gremio para que se pueda alegar esta infracción, que se precisa de un análisis técnico de cada caso que produzca una lesión en esta materia para determinar que se transgredió el deber objetivo de cuidado y de esta manera,

intenta ser un artículo que de forma holística o integral, permita la diferenciación de esta infracción con otro tipo de delitos.

Sin embargo, para examinar la gravedad de la mala práctica médica que se determina desde el enfoque del deber objetivo de cuidado en Ecuador, uno de los principales argumentos para su rechazo, es que no se cuenta con una conducta punible justa ante la inobservancia de leyes, reglamentos, protocolos, manuales, flujos, guías existentes en la actividad médica, a lo cual se suma la cuestionable capacidad de los funcionarios de administración de justicia y la insuficiencia de leyes en el marco de la salud, que son las cruces que martirizan a las víctimas de la mala práctica médica.

Este deber objetivo de cuidado tiene un componente personal y particular que se encuentra en el interior del ser humano o del sujeto que lo observa, se trata de un elemento mental que conduce a la acción, y que incide en el uso de sus habilidades con concentración, esfuerzo y empleo su cerebro para materializar la conducta a través de determinados medios con el fin de evitar incurrir en el tipo penal que se estudia.

El problema de comprender, definir y delimitar el tipo penal del deber objetivo de cuidado es de especial importancia porque de no hacerlo, esta figura entraría en desuso o en errónea aplicación, trayendo como consecuencia que, en el caso de muerte de un paciente, el profesional pueda ser juzgado por un tipo más fuerte e injusto o que las víctimas queden insatisfechas ante la mitigación de la pena o la reparación, cuando la que corresponda sea mayor.

Es preciso, que esta infracción esté clara y sin vacíos, ya que la disposición orgánica penal que la contiene, suele dejar dudas para los casos a los que puede ser aplicables. Aun cuando establece que para que se configure la infracción deben concurrir necesariamente los siguientes cuatro aspectos: la mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado, que haya inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas aplicables a la profesión, que el resultado dañoso provenga directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas y por último que en cada caso, se analice la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

El caso es que ni la Ley Orgánica de Salud vigente ni el proyecto de Código Orgánico de la Salud, han hecho mención del deber objetivo de cuidado, sino de forma indirecta y solo refiriéndose a la potestad sancionadora en caso de inobservancia de normativa relacionada, con lo cual, al parecer se pierde la oportunidad de aclarar lo relacionado con este importante tipo penal en el ejercicio profesional de la medicina.

En esta investigación, el problema queda formulado a manera de pregunta de la forma siguiente: ¿Está la infracción al deber objetivo de cuidado, suficientemente desarrollada en nuestro ordenamiento jurídico para aplicarse en el área de las ciencias médicas? Para responder a esta interrogante, el objetivo general de la investigación ha quedado estructurado de esta forma:

Analizar el deber objetivo de cuidado dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano mediante un estudio analítico-descriptivo que valore el desarrollo de su infracción y aplicación en las ciencias médicas.

Como objetivos específicos se trazaron:

Primero: Identificar el deber objetivo de cuidado y su tratamiento en la normativa legal vigente (COIP - Ley Orgánica de la Salud) y en la propuesta del Código Orgánico de Salud.

Segundo: Desarrollar jurídica y doctrinariamente el deber objetivo de cuidado para conocer su relación con el delito de homicidio culposo por mala práctica médica.

Tercero: Describir un supuesto de mala práctica médica con sus implicaciones legales en función del deber objetivo del cuidado, análisis de caso.

La metodología aplicada fue de tipo teórica con un enfoque o paradigma cualitativo, con un tipo de estudio descriptivo para una investigación de tipo documental siguiendo el diseño de análisis-sintético de contenido con una organización sistemática para la exposición de resultados.

Finalmente, la autenticidad y novedad de este estudio radica en la construcción de un conocimiento específico y definido sobre el tema del deber objetivo de cuidado en virtud de reconocimiento que la investigadora hizo de la importancia del tipo penal estudiado, la necesidad de examinar la eficacia de la norma, la recolección de los datos en fuentes sólidas y dando a la investigación utilidad partiendo de conceptos y teorías validadas.

Como estructura capitular, la tesis tiene tres capítulos principales. En el primero, se desarrolla el marco teórico y contiene los antecedentes, bases legales y teóricas que soportan la investigación y a partir de las cuales se obtienen los resultados.

El capítulo segundo tiene lo referente al marco metodológico, es decir, a los métodos, tipo y enfoque de la investigación, procedimientos y aspectos afines a la construcción del informe respectivo.

El capítulo tercero, presenta los resultados obtenidos y el respectivo análisis de los mismos para finalmente, cerrar la investigación con las conclusiones, recomendaciones o sugerencias y la correspondiente bibliografía consultada.

CAPÍTULO I

1 MARCO TEÓRICO

Este capítulo desarrolla los parámetros conceptuales, doctrinarios y legales que sirven de fundamento a la investigación y al análisis documental escogido como método para lograr sus fines.

En este trabajo, la finalidad general del marco teórico es reorganizar la información documental seleccionada que sumada al análisis crítico de la autora y a través de una secuencia organizada, permite al lector ir comprendiendo los fenómenos que se estudian, avanzando de manera progresiva en la construcción científica a la cual, la autora ha llegado.

Con los contenidos teóricos se puede hacer seguimiento de las bases conceptuales que se necesitan dominar para poder hallar la respuesta a los objetivos y llegar a los resultados que responden a la formulación del problema. En líneas generales es en este capítulo donde aparece la fuente primaria de nutrición del tema y de donde se parte para darle forma a la investigación.

Aquí se revisan todos los datos informativos recabados y el autor podrá argumentar su postura, es decir, su propia teoría como respuesta a la investigación dependiendo de la científicidad de soporte seleccionada. En la construcción de este capítulo el autor revisa de nuevo la información y la relaciona, la analiza, la sintetiza y construye mapas de organización del contenido a los cuales puede acudir cada vez que aparece una nueva interrogante.

El material sirve de apoyo a la investigación porque hubo una exploración anterior, así como también estudios previos relacionados con la praxis médica, el deber objetivo de cuidado, la responsabilidad objetiva y subjetiva y otros temas que, articulados conforme a la preparación académica de la autora, podrán llegar al término y nivel esperado para este trabajo de grado, demostrando sus aportes al derecho, a la comunidad universitaria y a la sociedad lectora en general. Esta es una fase de suma importancia para la investigación y debe sostener un orden gnoseológico coherente y de sencilla comprensión, pero con profundidad suficiente para el entendimiento de todos.

1.1 Antecedentes de la Investigación

Se escogieron tres investigaciones de grado previas como antecedentes de la investigación, mismas que sirven para cotejar resultados según los objetivos que para cada autor fueron diferentes y poder plantear posturas diferentes o similares según la perspectiva crítica de esta investigadora.

En el 2018 se presentó un trabajo titulado “imprudencia, impericia y negligencia. Responsabilidad penal, civil y administrativa del profesional médico” (Freire Guffante, 2018). para la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, que tuvo como objetivo proponer un sistema normativo para vincular derechos de pacientes y de médicos, con el deber constitucional del Estado de garantizar el servicio de salud y hacerse responsable de las posibles infracciones que sean consecuencia de la imprudencia, la impericia o la negligencia de los profesionales de la salud, privilegiando la reparación integral del daño por parte del Estado para una obligación de medios, sobre la cual, el profesional acredite que obró conforme las normas de la lexartis.

Se trató de una investigación de tipo propositiva, planteada a través del método inductivo-deductivo, descriptivo y con la técnica de la observación.

El estudio concluye que no existe consenso entre la responsabilidad que debe atribuirse al sistema de salud de manera uniforme y que se deja de lado a la víctima y sus intereses en el caso de mala práctica legal, según lo cual, según se trate de un servicio público o privado, responde o no el Estado y sea contractual o extracontractual también hay variantes a la hora de reclamar, de manera que, sea por responsabilidad objetiva para el estado o subjetiva para el profesional, quienes están desamparadas son las víctimas ante la difícil tarea de dilucidar cómo se fijaría la reparación integral de los daños acontecidos.

Una tesis de corte internacional llamada “La mala praxis médica y la obligación del médico de informar a la paciente de su estado de salud” (Limaylla Vega, 2017), para la Universidad Norbert Wiener de Perú, fue también consultada para la presente investigación como una forma de conocer la expectativa de hecho y de derecho de los sujetos involucrados en temas de ejercicio profesional de la medicina.

Dicho trabajo tuvo como objetivo general determinar la medida conforme a la cual la mala práctica médica está influenciada por problemas de comunicación entre médico y paciente sobre su estado de salud. Mediante este trabajo, la autora pone de

manifiesto la relevancia sobre la comprensión de la responsabilidad compartida en virtud de los derechos humanos de libertad de expresión, acceso a la información y a la vida.

Se trata de un interesante estudio de enfoque cualitativo, realizado conforme al método de la investigación documental, de observación indirecta que arribó a la conclusión de que, el derecho de información del paciente no es normalmente respetado y eso conlleva a que el desconocimiento sobre el verdadero diagnóstico, tratamiento y riesgos posibles en las decisiones tomadas por el profesional tratante, deje en estado de indefensión a las víctimas y los reclamos no puedan adecuarse a la verdad de los hechos ni del derecho.

El trabajo titulado “Consecuencias jurídicas de la mala práctica médica frente al deber objetivo de cuidado dentro del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador” (Vera Llor & Paucar Cujilema , 2005), para la Universidad Central del Ecuador, es otro referente para el presente trabajo porque tuvo como objetivo general evitar los conflictos jurídicos derivados de la interpretación de las consecuencias de la mala práctica médica, tomando en consideración, el deber objetivo de cuidado en la forma que se establece en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador.

El estudio de tipo jurídico documental y enfoque mixto en lo cualitativo y cuantitativo llega a deducir por los porcentajes de respuestas obtenidos mediante entrevistas a expertos que, en el Ecuador, los médicos no están lo suficientemente dotados ni preparados frente al significado del deber objetivo de cuidado y de sus implicaciones penales y esto los lleva con alta frecuencia a cometer errores en la ejecución de acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas.

Estos tres antecedentes, seleccionados y revisados de importantes instituciones de Educación Superior nacionales e internacionales, constituyen fuentes primarias de información, ya que aportan datos fundamentales al presente estudio porque sus bases teóricas en cuanto al problema, así como la metodología convergen en aspectos generales y particulares.

1.2 El deber objetivo de cuidado

En la legislación ecuatoriana no existe una clara definición de lo que es el deber objetivo de cuidado, por lo que es preciso apoyarse en la doctrina para dar por entendido el concepto a los fines de esta investigación.

Una de las opiniones al respecto, entiende este deber como “aquella obligación general, abstracta y objetiva del sujeto activo de guardar las previsiones o cuidados necesarios para que no se produzcan resultados dañosos a consecuencia de sus actos” (Muñoz Conde, 1999).

El discernimiento es lo que distingue a la humanidad del resto de los seres vivos y basado en este, se han creado los patrones morales de conducta bajo los cuales la sociedad se organiza para vivir en armonía. De aquí se desprende necesariamente, el valor de la responsabilidad conforme al cual cada persona debe ser capaz de dar respuesta por las consecuencias derivadas de sus actos. El deber objetivo tiene que ver con la expectativa que tiene el conglomerado sobre la actuación de cada persona, indistintamente de quienes sean. No se trata de un nombre y apellido sino de alguien que tiene una responsabilidad con el entorno y a esta debe adecuar su conducta especialmente si esta puede ser riesgosa o peligrosa para aquellos bienes que se deben resguardar. La atención u de observancia previa a cualquier actuación, ha sido recuperado por el Derecho y reconocido jurídicamente como deber objetivo de cuidado.

El Código Orgánico Integral Penal, menciona al deber objetivo de cuidado en cuanto al ejercicio profesional en su artículo 146 que textualmente establece: “La persona que, al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

Por tal razón es importante tratar de comprender lo que este deber objetivo de cuidado significa para el legislador, porque al momento de requerirse la sanción por esta infracción, es preciso conocer lo que este implica.

Del Castillo (2007) desglosa sus implicaciones de esta forma:

- a. Debe tenerse como norma de cuidado, una vez que este concepto forma parte de la legislación penal, su observancia o inobservancia delimita el cometimiento de una infracción penal, y por lo tanto debe atenderse a ella especialmente en lo respectivo a

la mala práctica profesional; b. También es un deber de cuidado, que, aunque no esté señalado en la legislación se considera como la conducta que realiza una persona, para evitar infringir alguna norma positiva o una norma moral; c. Como regla general de prevención, tiene que ver con la conciencia que desarrollan las personas a partir de la experiencia sobre sus acciones y consecuencias de las mismas ante la lesión de un bien jurídico.

También existen algunos criterios de conceptualización del deber de cuidado para explicar el aspecto objetivo que tiene desde el punto de vista penal y el subjetivo desde el punto de vista civil, los cuales son importantes distinguir a los fines de especificar los intereses de esta investigación.

Apreciado desde lo objetivo, el deber de cuidado está positivizado en la legislación penal, y exige el cumplimiento de ciertos requisitos para que se configure la infracción del deber de cuidado y supone en el actor absoluta involuntariedad en la producción del daño al bien jurídico protegido pero contrario a esto, la decisión de no atender a este deber esperado es lo que producirá un resultado típico del cual se exige responsabilidad penal subjetiva.

Se asigna al juez el deber de establecer desde su discrecionalidad cual es el comportamiento que se hubiera esperado del sujeto activo y se podrá considerar la fórmula

Si la actuación se mantiene dentro del marco establecido por la figura-baremo, no concurre una creación de peligro o al menos no supera el riesgo permitido por tanto no procede la imprudencia. Si en cambio el sujeto ha creado un riesgo mayor al que producido la persona ficticia que sirve de comparación, entonces se realiza el tipo imprudente (Roxin, 1997).

Esto tiene la dificultad de la ausencia de límites a la discrecionalidad, pero se pudiera acudir a las expectativas de conducta que se encuentran en las regulaciones profesionales porque el conflicto de precisar cuál es la conducta esperada simplemente termina en la particularidad de cada caso.

Siempre debe atenderse al entorno y contexto en el que se admiten y ejercen las profesiones para conocer el sentido general que se le da al deber de cuidado, esto es, lo que en el sentido colectivo se aprecia como lo adecuado y diligente.

Desde la concepción objetiva, el deber de cuidado es un calificativo de valoración expresado en el ordenamiento jurídico de forma positiva para que sea apreciado antes de que se produzca la consecuencia dañosa o perjudicial.

Por otra parte, la concepción subjetiva del deber de cuidado se relaciona con la capacidad del actor y su medida, es decir, cuando esta resulta mayor o menor de las expectativas que se tienen en el sentido general. La capacidad individual del sujeto debe siempre estar ajustada al derecho, pero además cuando este tiene un nivel de preparación superior a la del hombre promedio, se espera de él un mejor rendimiento y mejor resultado por sus actos.

De acuerdo con lo anterior, el actor solo debe prestar el cuidado que, de acuerdo con sus capacidades individuales y conocimientos, él puede brindar. De manera que si es mucho más capaz se le exigirá mayor cuidado y mejores resultados, caso contrario, cabría la exclusión de la imputabilidad porque le habría sido imposible actuar de forma distinta a la realizada con los conocimientos que para el momento tenía.

No obstante, si el autor advirtió la magnitud de los riesgos que asumía y a pesar de sus limitaciones actuó, se estaría ante un caso de imprudencia manifiesta ya que, sin tener la preparación suficiente y a sabiendas del posible error, toma la decisión de actuar y con ello provocó el resultado lesivo.

Respecto a los conocimientos superiores, la discusión será sobre establecer si el actuante tiene la obligación de desempeñarse siempre de acuerdo con sus capacidades o si se le podría limitar al conocimiento del hombre promedio en aras del principio de igualdad jurídica.

Pero si un profesional, se desempeña y cobra de acuerdo a su potencial por encima de la media, lo correcto sería exigirle de igual forma un resultado especial por encima de la media para lo cual deberían existir medidas especiales de valoración de la conducta de este tipo de profesionales.

En general, según la concepción subjetiva del deber de cuidado, si una persona por sus saberes posee una calificación por encima del profesional promedio conforme a esta, estará obligada a actuar o de lo contrario, el resultado dañoso le será imputable y esto es contrario a la concepción objetiva en la que la valoración se hace con sentido estándar de acuerdo con lo que se espera del hombre promedio.

Otra forma de apreciar las concepciones ya explicadas es mediante la adopción de una postura mixta de valoración dentro lo objetivo y lo subjetivo a la vez. En este caso el mismo Roxin se muestra conforme con la opinión dominante que considera un doble aspecto de valoración del deber objetivo de cuidado para acotar que considerando la imprudencia, el aspecto objetivo estaría limitado al hecho de que siempre se alegará insuficiencia del ordenamiento para la determinación. Y desde el aspecto subjetivo, siempre alegaran que la imprudencia no será aplicable porque el conocimiento del actor no alcanzaba al nivel de la previsión.

Por lo anterior, al mezclar las concepciones, será posible verificar el tipo de injusto objetivo y además apreciar que de acuerdo con la capacidad y habilidad del sujeto pudo actuar de mejor manera, previniendo el daño.

1.2.1 Elementos del Deber Objetivo de cuidado y su necesaria concurrencia

Cuando se pretende verificar la infracción al deber objetivo de cuidado es preciso atender a la particularidad del caso, pero lo establecido en el Art. 146 del Código Orgánico Integral Penal (en lo adelante COIP) conduce a la necesidad de observar cuatro elementos condicionados para poder llegar a la determinación de que, efectivamente, dicha inobservancia ha acontecido.

En que se refiere a la muerte producida como consecuencia de una infracción al deber objetivo de cuidado, dicha disposición exige la convergencia de “acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014). Dicha convergencia debe ser de, primero la responsabilidad objetiva antes que la subjetiva, segundo que deben existir prescripciones legales y normativas reguladoras de la conducta profesional, tercero relación de causalidad directa entre la violación del deber de cuidado con el resultado dañoso producido, y el último elemento exige la particularización de las cualidades y capacidades de los sujetos junto a la apreciación de las circunstancias en las que los hechos se producen. En mayor detalle, se explica cada elemento.

Es importante aclarar que estos elementos deben ser incluyentes entre sí, como la unión de varias líneas sobre un mapa, a esto hace referencia la concurrencia, a que es preciso que todos converjan en el momento del análisis de los hechos o casos en

los que se busca comprobar si se puede alegar y demostrar la violación del deber de cuidado.

1.3 Sobre el Aspecto de Responsabilidad Objetiva

La responsabilidad objetiva trata de exonerar de culpa del responsable cuando éste logra demostrar que el resultado dañoso devino del caso fortuito o de la fuerza mayor, pero de alguna de las formas de la culpa. Así lo permite el legislador penal cuando establece que la sola aparición del daño objeto de análisis no basta para afirmar que exista infracción del deber objetivo de cuidado.

En términos más sencillos “la fuerza mayor se opone a la culpa de forma absoluta, equivaliendo la ausencia total de culpa con la fuerza mayor, teniendo esta la virtud de enervarla.” (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 1985).

1.3.1 Inobservancia a la normativa legal (leyes y otros cuerpos)

Este segundo elemento supone que el daño acontecido se haya producido con la constatación de la norma que advertía sobre la posibilidad de daño y aún, cuando esta norma existía, fue ignorada por el actor responsable.

1.4 Infracción al deber objetivo de cuidado

El tercer elemento establece que se debe demostrar que el deber objetivo de cuidado fue violado y que por dicha violación de forma directa se haya producido el daño. Dice el legislador “debe provenir directamente”, esto quiere decir que si con posterioridad al acto principal hubo acontecimientos o circunstancias ajenas al hecho cuya responsabilidad se imputa, que intervinieron en el resultado valorado, el mismo no debe ser atribuible a la infracción al deber objetivo de cuidado. El daño producido debe ser consecuencia directa de la inobservancia.

1.5 Análisis particular del caso

El cuarto y último elemento exigido por el artículo referido sobre el deber objetivo, menciona lo relacionado a las características particulares del caso que se estudia y que se refieren a la capacidad y competencias profesionales, a las circunstancias de

tiempo y lugar en las que se asumió el riesgo, a las situaciones que rodeaban el hecho, a la diligencia, previsibilidad y evitabilidad tanto del riesgo como del hecho.

La conjunción de los elementos anteriores conllevará a la determinación de que no ha sido intencional la omisión de acciones tendientes a evitar el daño porque de lo contrario queda en evidencia la infracción al deber de cuidado.

Por lo anterior, es preciso conocer las diferentes modalidades de la culpa o más bien de los delitos no intencionales para especificar si la infracción del deber objetivo de cuidado tiene que ver más como la ignorancia de la ley o de las normas, la omisión de actuar cuando era preciso o bien la actuación que excede los límites de la lógica de actuación, especialmente cuando se trata del ejercicio profesional.

Es igualmente importante destacar que en la fina línea de la ley y del deber objetivo de cuidado, se trata de una expectativa moral que involucra, no dejar de hacer lo expresamente prohibido sino haber actuado dentro de lo permitido, dentro del abanico de opciones y posibilidades de acción y aun así, que se haya producido un hecho dañoso porque, tal vez, el riesgo asumido era evitable y el resultado, suficientemente previsible dentro de la preparación o formación profesional de quien lo ha ejecutado.

Si el profesional ha obrado con la cautela debida, ha acatado las normas de las praxis atinentes y ha realizado la diligencia esperada en tiempo y condiciones y el resultado es negativo o dañoso, no es posible imputar la violación al deber objetivo de cuidado sino determinar que dentro de los riesgos posibles, dicho resultado no pudo evitarse o que sin la acción del profesional, el resultado habría sido peor.

1.6 La Culpa. Concepto.

La culpa es la ausencia de voluntariedad del sujeto que la provoca respecto al resultado efectivamente obtenido.

Por su parte un reconocido autor sobre este tema concuerda que, se establece que la culpa “es la realización del tipo objetivo de un delito por no haber empleado el sujeto la diligencia debida.” (Muñoz Conde, 1999).

Y es así como se aprecia que el calificativo “debido” tiene que ver con el cuidado, la precaución y la previsibilidad esperada antes de obrar o de no hacerlo.

Se puede afirmar entonces que, respecto al deber de cuidado la culpa consiste en la omisión de las actividades que precisan la calidad y cualidad de la obligación que debe cumplirse, concernientes a las circunstancias de los sujetos, del momento y del lugar, de acuerdo con los cuales se toman las decisiones de actuación u omisión.

1.7 Modalidades de la Culpa

La culpa tiene diferentes formas según el deber esperado del sujeto que obra con ella. Se identifica en ella un aspecto consciente o intelectual respecto al peligro que la conducta acarrea para bienes jurídicamente protegidos. Se le puede asociar con la previsibilidad sobre el resultado como anteriormente se mencionó y a lo que se conoce como culpa consciente o culpa con representación o, en otras situaciones, se asocia al desconocimiento reprochable del peligro que la conducta lleva consigo, lo que se conoce como culpa inconsciente o sin representación.

No es posible determinar una diferencia de grado de injusto entre ambos tipos de culpa, pero sí en cuanto se refiere al grado de culpabilidad si se acepta que el tipo subjetivo también o sólo se refleja en la categoría de la culpabilidad (Hurtado Pozo, 1987).

Dentro de las modalidades de la culpa se encuentran la imprudencia, negligencia, impericia y la inobservancia de la ley.

1.7.1 Imprudencia

La forma más clara de conceptualizar la imprudencia es entenderla directamente como infracción del deber de cuidado, cuando este deber ha sido “determinado por normas jurídicas, reglamentarias, técnicas y científicas, que supera límites de riesgos permitidos, posibles de prever en el tráfico jurídico en que se desenvuelve el autor, causando como consecuencia un resultado típico no querido por éste. (Vallejo Jiménez, 2010, pág. 33).

1.7.2 Negligencia

En el diccionario jurídico la negligencia significa la “omisión de la diligencia o cuidado que debe ponerse en los negocios, en las relaciones con las personas, en el manejo

o custodia de las cosas y en cumplimiento de los deberes y misiones” (Cabanellas, 1997).

En sentido más amplio “la negligencia es la falta de precaución o indiferencia por el acto que se realiza” (Fontan Balestra, 1998). En esta hipótesis tanto mayor sea la negligencia más precaución requiere la naturaleza de dicho acto.

1.7.3 Impericia

Puede entenderse como la defectuosa o insuficiente formación académica o profesional de una persona para ejercerla pero que moralmente se presume apta por la documentación o certificación que posea al respecto, “La impericia integra una de las formas de la culpa, junto con la imprudencia y negligencia. Así, según un aforismo latino: *Imperitia culpa adnumerantur* (La impericia se considera como culpa)” (Abanto Quevedo, 2001).

La impericia se diferencia con la imprudencia en que, en el primer caso el agente se considera competente para tomar la decisión para la acción, pero ha tenido falta de previsibilidad del resultado, es decir, ha asumido el riesgo sin creer en la posible ocurrencia del daño. En el segundo caso, la imprudencia sería cuando el profesional se sabe ignorante en la materia y aun así actúa.

1.8 Inobservancia de la ley o cualquier tipo de normas concernientes

Esta forma de culpa está asociada al conocimiento, se refiere al hecho de haber apreciado o no las disposiciones puestas en el derecho positivo. La no observancia de los postulados normativos antes de tomar una acción, especialmente profesional, es lo que define esta modalidad de culpa siempre y cuando el resultado de la acción sea dañoso o fatal.

Ampliando lo anterior, “No obstante, el derecho penal siguió ocupando una parte importante de su tiempo desde una doble perspectiva: la abogacía y la docencia. En relación a la primera, el salto no pudo ser más cualitativo” (Jiménez de Asúa, 2019).

Esto significa que hay una necesaria concatenación de consecuencias y por lo tanto, será difícil evadir responsabilidad penal sobre el hecho del cual se trate el análisis.

1.9 La culpa y la violación del deber de cuidado

Es evidente que el legislador ecuatoriano es del criterio de que la culpa radica en la infracción o ruptura del deber objetivo de cuidado, lo que implícitamente conlleva al ejercicio del actor de una acción contraria a la expectativa del legislador y del contexto.

Por ello es importante considerar los postulados a los que hace mención la Teoría de la Imputación Objetiva, así como los límites del riesgo socialmente permitido, el principio de confianza en la actuación de terceros, la teoría de los roles, la prohibición de regreso, e instituciones afines que deben dominarse para establecer todo lo relativo a la interpretación de las modalidades de la culpa en relación con la infracción del deber objetivo de cuidado.

La forma de actuación de la víctima en sus decisiones respecto a los riesgos que asume también debe apreciarse pues es posible que el resultado se haya producido con consentimiento de esta o por un actuar osado, imprudente o negligente de ella.

Como antes se mencionó, existe la culpa consciente que es aquella en la que el actor ha sido previsorio y sin querer el resultado dañoso, actúa con la seguridad o confianza puesta en que este no se producirá. Existe también la culpa inconsciente que es la que se materializa junto con el daño porque el actor no fue previsorio ni prudente, sino que actuó claramente sin la precaución esperada. Es decir, en la culpa consciente, el sujeto si previó, pero confió en el riesgo era mínimo dadas sus habilidades o competencias para ejecutar la acción y en el caso de culpa inconsciente, el actor no se detuvo a analizar lo previsible y actúa con un descuido indiscutible.

Se debe subrayar en el conocimiento del riesgo o del peligro inminente del resultado producido porque esto lleva a concluir en la desestimación o valorización de la actuación ejecutada por la inobservancia del deber objetivo. Es preciso atender a la orientación que tenía el sujeto para concluir en su actuación y descubrir si conocía lo necesario para evitar que se produjera el resultado típico al ejercer su arte, oficio o profesión.

1.10 Acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas

Estas denominaciones constituyen agravantes según lo dispuesto en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal vigente en Ecuador, que como ya se ha

mencionado se refiere a la culpa atribuible en el ejercicio profesional para el caso de que el resultado producido sea la muerte.

Pues bien, la importancia de conocer estas acciones se hace inminente cuando es apreciable que el legislador incrementa la pena, pero en ninguna parte del ordenamiento define o especifica exactamente de qué se tratan, otorgando al juez una amplia discrecionalidad a la hora de determinar si éstas acaecieron o no.

Se precisa la remisión a las normas que regulan la interpretación de los postulados; así el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 13 mediante norma imperativa dicta las siguientes normas:

Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas: 1. La interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos; 2. Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma; 3. Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

En virtud de lo indicado en el numeral 1, se precisa citar el artículo 427 de la Constitución de la República que establece que:

Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

Ahora bien, de acuerdo con el numeral 2 del COIP, el texto del artículo 146 del mismo, se debe interpretar en sentido literal por lo cual se hace en este trabajo una revisión de significados básicos para estos términos.

1.10.1 Lo innecesario

Según el diccionario de la Real Academia Española, lo innecesario es aquello que no es necesario, por lo que es preciso decir que lo necesario según la misma obra es “que hace falta indispensablemente para algo que forzosa o inevitablemente ha de

ser o suceder. Que se hace y ejecuta obligado por otra cosa, como opuesto a voluntario y espontáneo” (Real Academia Española, 2020).

Si relacionamos este concepto con el tema en estudio, una agravante de la infracción al deber objetivo de cuidado será aquella cualidad de la acción que indique que no hacía falta para producir el resultado esperado. Es decir, que no se justifique porque la expectativa que se tenía o el resultado que se esperaba no precisaba de tal acción.

En la medicina, lo innecesario se aprecia en reflexiones como en una investigación de 2017 cuando se expresa que: “lo innecesario es lo opuesto a lo servible, a lo útil de que puede ser un acto o intervención médica”. (Vargas Villagran, 2017).

1.10.2 Lo peligroso

Siguiendo el mismo método buscando la explicación literal, la Real Academia Española define lo peligroso como aquello que tiene riesgo o puede ocasionar daño.

Es también toda actividad que, una vez desplegada su estructura o comportamiento, genera más probabilidades de daño de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo, un hombre común y corriente porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles, debido a la incertidumbre de los efectos del fenómeno o a la capacidad de destrozamiento que tienen sus elementos. (Molina Betancur & Ramírez Gómez, 2006, pág. 108).

De esta manera se entiende que, cuando la infracción al deber objetivo de cuidado que ocasiona la muerte por ejercicio profesional asumió antes una acción peligrosa por la capacidad destructiva en sus efectos, constituirá una agravante en la valoración judicial de estos casos.

1.10.3 Lo ilegítimo

En palabras técnicas “la ilegitimidad de una acción se verifica cuando existe actividad invasora que lesiona los bienes jurídicos de una persona”. (Lombana Villalba, 2007)

Según lo anterior, puede ser también toda acción que carece de legalidad o que no se ajusta al derecho, pero en el caso de la práctica profesional se trata de aquellas acciones que implican una violación normativa o de principios éticos y morales.

Una acción ilegítima en la medicina puede ser la carencia de ética, es preciso concluir respecto a este punto que del estudio del ordenamiento jurídico se aprecia un vacío

legal que es preciso llenar porque falta una aclaración jurídica positiva sobre lo que significan los términos, “innecesario, peligroso e ilegítimo” porque además tampoco ponen límites a la discrecionalidad judicial para valorar el cometimiento de estos. Tampoco existe una explicación de ellos en la doctrina nacional o clásica.

1.11 La acción profesional y el ejercicio de las profesiones de la salud.

La acción profesional no es más que el ejercicio de una profesión. El ejercicio de las profesiones de la salud y más específicamente de la medicina tiene su fundamento jurídico en las disposiciones constitucionales y legales que a continuación se describen:

la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 3 que en su numeral primero establece como uno de los deberes fundamentales del Estado: "Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes" (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

De igual forma su artículo 32, establece que:

La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

La misma Constitución, en su artículo 361, señala que:

El Estado ejercerá la rectoría del sistema a través de la autoridad sanitaria nacional, será responsable de formular la política nacional de salud, y normará, regulará y controlará todas las actividades relacionadas con la salud, así como el funcionamiento de las entidades del sector (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

Por su parte, la Ley Orgánica de Salud, establece en su artículo 4, que:

La Autoridad Sanitaria Nacional es el Ministerio de Salud Pública, entidad a quien corresponde el ejercicio de las funciones de rectoría en salud; así como la responsabilidad de la aplicación, control y vigilancia del cumplimiento de esta Ley; y, las normas que dicte para su plena vigencia serán obligatorias. (Ecuador, Congreso Nacional, 2006).

De igual manera indica en el artículo 194, de la Ley Orgánica de Salud que:

Para ejercer como profesional de salud, se requiere haber obtenido título universitario de tercer nivel, conferido por una de las universidades establecidas y reconocidas legalmente en el país, o por una del exterior, revalidado y refrendado. En uno y otro caso debe estar registrado ante el CONESUP y por la autoridad sanitaria nacional (Ecuador, Congreso Nacional, 2006).

Dicha Ley además, en el artículo 199, prescribe que “Corresponde a la autoridad sanitaria nacional la investigación y sanción de la práctica ilegal, negligencia, impericia, imprudencia e inobservancia en el ejercicio de las profesiones de la salud, sin perjuicio de la acción de la justicia ordinaria (Ecuador, Congreso Nacional, 2006).

Por su parte, la Ley Orgánica de Educación Superior, en el artículo 104, preceptúa que:

Corresponde al Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior, desarrollar un examen de habilitación para el ejercicio profesional, en aquellas carreras que pudieran comprometer el interés público, poniendo en riesgo esencialmente la vida, la salud y la seguridad de la ciudadanía. El Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior, en coordinación con la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, determinarán la obligatoriedad de este examen y expedirán el permiso respectivo para ejercer la profesión (Ecuador, Asamblea Nacional, 2010).

También, el Acuerdo Ministerial 64 publicado en Registro Oficial número 8, del 06 de junio de 2017 cuya última reforma fue publicada el 12 de octubre de 2017, tiene por objeto:

Definir los criterios que regirán el ejercicio de las profesiones de la salud y su cumplimiento será obligatorio para todos los profesionales de la salud que ejercen su profesión en los establecimientos de salud del Sistema Nacional de Salud del Ecuador (Ecuador. Ministerio de Salud Pública, 2017)

En el Acuerdo Ministerial antes anunciado define en el artículo 8 que:

Por ejercicio de las profesiones de la salud debe entenderse a toda actividad técnica, científica y/o docente en materia de salud y su consiguiente responsabilidad, realizada de forma pública o privada, libremente o en relación de dependencia, que requiere para ser ejecución el respaldo de un título profesional otorgado por una Institución de Educación Superior, la aprobación del examen de habilitación profesional y el cumplimiento del año de salud rural, en los casos que corresponda. (Ecuador. Ministerio de Salud Pública, 2017)

Además, menciona en su artículo 5 que:

Con el objetivo de precautelar la salud y la vida de los pacientes y de garantizar su atención continua e integral, los profesionales de la salud con título profesional o grado académico de especialista, podrán aplicar en el ejercicio de la profesión de la salud los conocimientos técnicos, habilidades y destrezas que le son propias; y, podrán realizar todos los procedimientos de su especialidad, en todos los campos de acción que la misma les otorgue, durante cualquier etapa del ciclo de vida de sus pacientes (Ecuador. Ministerio de Salud Pública, 2017).

A groso modo estos son los fundamentos de derecho más importantes que se deben conocer para comprender la definición, responsabilidad y requisitos que se deben cumplir para ejercer efectivamente la práctica o ejercicio de la medicina y ciencias de la salud en Ecuador.

1.11.1 La Mala Praxis Médica

Una vez comprendido lo que es el ejercicio de las ciencias de la salud y por tanto de la medicina, es preciso conceptualizar lo que es la mala praxis que simplemente es el incorrecto ejercicio de la profesión médica.

Cuando el profesional correspondiente, en ejercicio de su profesión, lejos de ocasionar una mejora en la salud de su cliente, provoca un daño físico en la persona de forma parcial o total, de forma eventual o permanente, por inobservancia del deber objetivo de cuidado, es posible afirmar que se está ante un caso de mala praxis médica.

La mala praxis del médico se produce “cuando ocurre un daño en la salud de una persona, como efecto del accionar profesional debido a la imprudencia, impericia,

negligencia o por no cumplimiento de las normas jurídicas respectivas o por falta a los deberes profesionales” (Romero Pérez, 2014, pág. 110).

También hay acepciones más concretas tales como:

Obtener el consentimiento de un representante legal cuando sea posible y legalmente pertinente, si el paciente está inconsciente o no puede expresar su voluntad. Si no se dispone de un representante legal y se necesita con urgencia la intervención médica, se debe suponer el consentimiento del paciente, a menos que sea obvio y no quede la menor duda, con base en lo expresado previamente por el paciente o por convicción anterior, de que este rechazaría la intervención en tal situación. (Romero Pérez, 2014, pág. 113).

A los fines de la presente investigación, se entenderá que existe Mala praxis, cuando la persona sufra un daño o perjuicio temporal o permanente en su salud, que sea total o parcial, derivado de la actuación profesional de un profesional médico que ha inobservado el deber objetivo de cuidado en cualquiera de las formas o modalidades de la culpa descritas por la doctrina penal.

1.11.2 La muerte por mala práctica médica

Son muchas e incontables todas las posibles consecuencias que se pueden derivar de la mala práctica médica, sin embargo, la vida como derecho humano superior a todos los otros, amerita una especial atención si llega a perderse en estos casos.

Cuando el resultado de la mala práctica médica es directamente la muerte, correspondería aplicar la disposición del segundo aparte del artículo 54 de la Constitución de la República establece que “Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas.” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

Por otra parte, el Código Orgánico Integral Penal contempla dos tipos sancionables relacionados, el homicidio culposo y el homicidio culposo por mala práctica profesional, en los artículos 145 y 146 respectivamente:

El autor del delito de homicidio culposo por mala práctica profesional es aquel que violando el deber objetivo de cuidado que le corresponde, ejecuta una acción cuyo resultado es la lesión de un bien jurídico irrecuperable, que es la vida. Como anteriormente se explicó, los jueces en su amplia discrecionalidad son quienes

determinan cual es exactamente el deber de cuidado exigible en cada caso particular que se juzgue porque no existe una definición clara en la ley de modelos orientadores de este criterio, por lo que acudirá al contexto espacial, temporal, axiológico, legal y normativo para poder adecuar la expectativa del deber de cuidado inobservado. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

En general, los delitos culposos son tipos abiertos o amplios, no estáticos o reducidos porque la acción propiamente típica no la define la ley y para el caso de la infracción del deber objetivo de cuidado, se espera que el juez basado en sus máximas de experiencia y del análisis de cada caso, proceda a determinar cuál deber y como fue transgredido para que la muerte se produjera.

1.12 El artículo 146 del COIP

Literalmente el artículo del Código Orgánico Integral Penal que desarrolla el homicidio culposo por mala práctica médica establece:

Art. 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional. - La persona que, al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.; El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley.; Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente: 1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado. 2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión. 3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas. 4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

Este artículo 146 tiene su importancia porque en este, se fijan las condiciones de determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado aplicable a la práctica médica, especialmente cuando se ha producido la muerte.

En general el tema de la salud siempre pone en riesgo la vida del paciente, aunque ese riesgo sea tan pequeño que de entrada no pueda percibirse, pero lo que atañe

al deber objetivo de cuidado, se especifica en la norma como asociado a la culpa y es aplicable a todos los profesionales del sector de la salud.

1.13 Resolución de la Corte Nacional sobre el homicidio culposo

Resolución de la Corte Nacional de Justicia No. 1, publicada en Registro Oficial Suplemento 246 de 15 de mayo del 2014 amplía los términos del artículo 146, lo desglosa y lo explica para entrar en vigencia junto con el COIP en el año 2014.

Según esta resolución el Código Orgánico Integral Penal, establece los tipos penales simple y calificado de homicidio culposo por mala práctica profesional, y ordena la comprensión integral y no desglosada del artículo 146.

También establece que se entenderá que el homicidio culposo calificado por la misma acción profesional, es decir, la mala praxis, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado sumado a la concurrencia de las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, que antes fueron explicadas en este trabajo de investigación.

1.14 La ley Orgánica de Salud y la muerte por mala práctica médica

La ley Orgánica de la Salud es la que desarrolla las normas programáticas que en materia de salud establece la Constitución.

Su objeto está especificado en el artículo 1 de la misma y se dirige a regular las acciones que permitan efectivizar el derecho universal a la salud y además menciona que tales acciones deben guiarse por “los principios de equidad, integralidad, solidaridad, universalidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, participación, pluralidad, calidad y eficiencia; con enfoque de derechos, intercultural, de género, generacional y bioético.” (Ecuador, Congreso Nacional, 2006).

Sin embargo, es importante mencionar que los derechos que desarrolla no son específicamente los que aparecen en la Constitución vigente ya que como puede leerse en ella, habla del derecho a la salud consagrado en la Constitución Política de la República y la ley, su fecha de promulgación es 2006 y la constitución que menciona fue derogada por la actual, que es la de 2008 pero es la única ley especializada y con el carácter de orgánica vigente con la finalidad expresada.

En su cuerpo no hace mención expresa al delito de homicidio culposo por mala práctica profesional y esto queda limitado a las disposiciones del Código Orgánico

Integral Penal que se limita a un solo artículo, genérico y poco detallado que convierte tal homicidio en un tipo en blanco que amerita de la remisión a normas de ramas distintas a la penal para determinar su adecuación pues se trata de un tipo penal abierto que se define finalmente por la discrecionalidad judicial para verificar la violación al deber objetivo de cuidado, actuando a través de máximas de experiencia, hipótesis, inducciones y deducciones para sentenciar sobre la existencia de un nexo causal entre las condiciones o supuestos que dispone la norma y el resultado dañoso o fatal producido.

La muerte del paciente entre los posibles daños que considera la Ley Orgánica de Salud serán responsabilidad de los profesionales de salud, desde las perspectivas que menciona el artículo 201 que son “brindar atención de calidad, con calidez y eficacia, en el ámbito de sus competencias, buscando el mayor beneficio para la salud de sus pacientes y de la población, respetando los derechos humanos y los principios bioéticos” (Ecuador, Congreso Nacional, 2006).

Seguidamente el artículo 202 refiere la infracción por daño en el paciente y menciona las modalidades de la culpa antes estudiadas, estableciendo claramente que:

Constituye infracción en el ejercicio de las profesiones de salud, todo acto individual e intransferible, no justificado, que genere daño en el paciente y sea resultado de: a) Inobservancia, en el cumplimiento de las normas; b) Impericia, en la actuación del profesional de la salud con falta total o parcial de conocimientos técnicos o experiencia; c) Imprudencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión del cuidado o diligencia exigible; y, d) Negligencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión o demora injustificada en su obligación profesional (Ecuador, Congreso Nacional, 2006).

Realmente el artículo presenta una orientación más detallada que la que establece el Código Orgánico Integral Penal sobre todo porque relaciona el deber de cuidado con la imprudencia directa tal como lo hace la doctrina moderna.

A su vez, se infiere que, al estar la salud asociada a un riesgo permanente, el profesional de la salud es un garante en la búsqueda de un restablecimiento de esta cuando está padeciendo alguna enfermedad o circunstancia que altera el correcto funcionamiento de la misma.

Sobre los servicios de salud, en los que estos profesionales laboran, la ley establece corresponsabilidad civil sobre las actuaciones de los galenos, lo que aprecia en el

artículo 203 en los siguientes términos: “Los servicios de salud, serán corresponsables civilmente, de las actuaciones de los profesionales de la salud que laboran en ellos.” (Ecuador, Congreso Nacional, 2006).

El artículo 204 establece sobre la responsabilidad médica, que aun cuando exista consentimiento o autorización de los tratados o sus representantes para determinada actuación del profesional, esta sigue existiendo en los casos de imputabilidad por culpa. Dice el artículo “El consentimiento o autorización del paciente o de la persona que le representa legalmente, no exime de responsabilidad al profesional o al servicio de salud en aquellos casos determinados en el artículo 202 de esta Ley.” (Ecuador, Congreso Nacional, 2006).

Lo anterior permite concluir que la legislación ecuatoriana incorpora en ella y conoce el tipo por mala práctica profesional, pero aún existen vacíos especialmente en lo atinente al homicidio o muerte del paciente por una acción culposa como consecuencia directa de la inobservancia del deber objetivo de cuidado. No obstante, con estas regulaciones adecuadas a la norma orgánica del artículo 146 del COIP, es posible enmarcar un supuesto para alcanzar la justicia exigiendo límites a la discrecionalidad del juez como garantía de la equidad, igualdad y tutela judicial efectiva.

1.15 Análisis Jurisprudencial: deber objetivo de cuidado

Mediante proceso 17294-2017-00979, en acción/delito:146 homicidio culposo por mala práctica profesional, el viernes 15 de julio 2012, la joven Michelle Cobo de aproximadamente 20 años se realiza una liposucción en la cual la grasa extraída la colocan en mamas y glúteos. Al empezar a despertarse de la anestesia sufrió complicaciones y fue atendida por un médico internista extraño a la cirugía, quien decide trasladarla a otra clínica con la previa autorización de los padres, habiéndose tardado 13 horas. Ella ingresa a terapia intensiva siendo entubada alrededor de dos veces en menos de 24 horas, los primeros exámenes revelaron la gravedad del cuadro: Michelle tenía una severa infección. Y después de varias horas, el 16 de julio, a las 06:45, murió por una septicemia, más conocida como una infección generalizada, provocada por una bacteria.

Después de interpuesta la denuncia y de iniciada la instrucción fiscal se procedió a notar que los que intervinieron a la señorita Michelle realizaban publicidad falsa evidenciando sus supuestos trabajos mediante redes sociales, mismos que fueron corroborados al notar que eran falsos especialistas en cirugía, en este mismo aspecto no se tomaron las debidas medidas de salud y protocolos establecidos para el tipo de intervención que se realizó por cual claramente infringen el deber objetivo de cuidado.

Con base en estas acusaciones, todas las instancias judiciales determinaron la responsabilidad de Toscano, Hurtado y Muñoz. En julio del año pasado, la Corte Nacional de Justicia rechazó sus recursos de casación confirmando la sentencia contra los tres, a pesar de todos los mecanismos utilizados los implicados se encuentran prófugos y mediante recursos legales han intentado deslindarse mediante sus abogados de su responsabilidad penal, evidenciando seis fallas y abusos de la ley en temas que deberían ser resueltos en lo favorable a la víctima y sus familiares, actualmente este caso se encuentra en manos de la corte constitucional y con los responsables aun sin pagar por los delitos y la infracción al deber objetivo de cuidado.

1.16 Propuesta del Código Orgánico de la Salud frente a la mala praxis:

En la Asamblea Nacional de Ecuador, se está analizando un proyecto de Código Orgánico para la Salud que pretende adecuarse a las disposiciones de la Constitución vigente con el objeto de establecer un régimen legal y administrativo que permita el ejercicio del derecho a la salud personal en todo el territorio nacional visto como una garantía propia del Estado para además imponer un régimen de la actividad jurídica en todas sus fases hasta lo que corresponde a las formas de sanciones que sean necesarias para evitar la impunidad en este sector disciplinario.

De su revisión se observa que no hay suficiente pronunciamiento sobre la mala praxis médica, no hay un énfasis de las disposiciones penales y tampoco un pronunciamiento que disipe las confusiones que existen sobre la determinación del deber de cuidado y de lo que debe entenderse por este.

Sobre la mala praxis este proyecto menciona únicamente que respecto a la responsabilidad por actuaciones profesionales o de practicantes de terapias alternativas o complementarias (subrayado de la autora) si producen muerte o lesiones que deriven en incapacidad, causadas por inobservancia de leyes,

reglamentos, protocolos, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión o actividad y por haber actuado con negligencia, imprudencia o impericia, se abrirá un proceso administrativo de determinación de faltas y en caso de concurrencia de las condiciones antes dichas, que puedan constituir delito de mala práctica profesional, se hará un informe.

Aparte de esto solo menciona la mala práctica profesional para exigir el deber de responder a la fiscalía cuando reciba denuncias por esta práctica.

Sobre el deber de cuidado, el proyecto de Código no utiliza el término en ninguna de sus disposiciones y tampoco vuelve a mencionar nada respecto a la modalidad de la culpa en ninguna sección.

El código se ocupa de establecer faltas administrativas y sanciones por estas y sobre la exoneración de responsabilidad de los profesionales médicos establece que “no constituirán faltas administrativas las lesiones, incapacidad o muerte cuando provengan de circunstancias no previsibles, que pudiendo preverse no se puedan evitar; o cuando se deban a complicaciones derivadas del curso natural de la enfermedad o condición de salud” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2020).

Como se aprecia, el proyecto sigue sin aclarar las lagunas o vacíos relativos a la mala práctica médica, e incluso esta última indicación abre aún más el vacío porque el “curso natural” de toda vida es la muerte, lo que puede convertir en indeterminable la mala praxis y quedar ilusoria la posibilidad de hacer justicia en el caso de los homicidios culposos suscituables en esta materia.

1.17 Las obligaciones médicas

Según la Ley Orgánica de la Salud vigente, los médicos y profesionales de la salud no tienen deberes expresos sobre su ejercicio profesional, pero en su artículo 7 se establecen las siguientes obligaciones entre las personas y el Estado, lo que supone que, respecto a la salud, el Estado es garante y solidariamente responsable en el caso de infracción de alguna de éstas:

Art. 7.- Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos: Acceso universal, equitativo, permanente, oportuno y de calidad a todas las acciones y servicios de salud; Acceso gratuito a los programas y acciones de salud pública, dando atención preferente en los servicios de salud

públicos y privados, a los grupos vulnerables determinados en la Constitución Política de la República; Vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación; Respeto a su dignidad, autonomía, privacidad e intimidad; a su cultura, sus prácticas y usos culturales; así como a sus derechos sexuales y reproductivos; Ser oportunamente informada sobre las alternativas de tratamiento, productos y servicios en los procesos relacionados con su salud, así como en usos, efectos, costos y calidad; a recibir consejería y asesoría de personal capacitado antes y después de los procedimientos establecidos en los protocolos médicos. Los integrantes de los pueblos indígenas, de ser el caso, serán informados en su lengua materna; Tener una historia clínica única redactada en términos precisos, comprensibles y completos; así como la confidencialidad respecto de la información en ella contenida y a que se le entregue su epicrisis; Recibir, por parte del profesional de la salud responsable de su atención y facultado para prescribir, una receta que contenga obligatoriamente, en primer lugar, el nombre genérico del medicamento prescrito; Ejercer la autonomía de su voluntad a través del consentimiento por escrito y tomar decisiones respecto a su estado de salud y procedimientos de diagnóstico y tratamiento, salvo en los casos de urgencia, emergencia o riesgo para la vida de las personas y para la salud pública; Utilizar con oportunidad y eficacia, en las instancias competentes, las acciones para tramitar quejas y reclamos administrativos o judiciales que garanticen el cumplimiento de sus derechos; así como la reparación e indemnización oportuna por los daños y perjuicios causados, en aquellos casos que lo ameriten; Ser atendida inmediatamente con servicios profesionales de emergencia, suministro de medicamentos e insumos necesarios en los casos de riesgo inminente para la vida, en cualquier establecimiento de salud público o privado, sin requerir compromiso económico ni trámite administrativo previos; Participar de manera individual o colectiva en las actividades de salud y vigilar el cumplimiento de las acciones en salud y la calidad de los servicios, mediante la conformación de veedurías ciudadanas u otros mecanismos de participación social; y, ser informado sobre las medidas de prevención y mitigación de las amenazas y situaciones de vulnerabilidad que pongan en riesgo su vida; y, No ser objeto de pruebas, ensayos clínicos, de laboratorio o investigaciones, sin su conocimiento y consentimiento previo por escrito; ni ser sometida a pruebas o exámenes diagnósticos, excepto cuando la ley expresamente lo determine o en caso de emergencia o urgencia en que peligre su vida. (Ecuador, Congreso Nacional, 2006).

De esta lectura es posible observar que, en ningún caso, se establece o se asegura la vida de una persona, por lo que es posible inferir que las obligaciones del Estado a

través de los profesionales de la salud, son obligaciones de medio y no de resultados dada la imposibilidad fáctica de asegurarlos.

Las obligaciones de los médicos serían entonces brindar acceso equitativo, gratuito, permanente oportuno y de calidad a las personas que lo requieran. Ofrecer un servicio de calidad profesional y ética, donde se respete la dignidad, autonomía, privacidad e intimidad, y en general todos los derechos humanos especialmente el de la vida. También el de la información veraz y oportuna sobre alternativas de tratamiento en los asuntos relacionados con su salud. Redactar para cada paciente una historia clínica precisa, comprensible y completa.

También deben reparar e indemnizar oportunamente a los pacientes por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de la profesión; ofrecer atención inmediata en casos de riesgos inminentes de la vida y no hacer de sus pacientes, objetos de pruebas o investigaciones sin su consentimiento previo por escrito salvo que peligre su vida.

Fuera de estas, debemos en Ecuador, remitirnos al contenido axiológico del juramento hipocrático enmendado por la 68ª Asamblea General de la AMM, en Chicago, Estados Unidos, en octubre de 2017, que establece:

Como miembro de la profesión médica:

Prometo solemnemente dedicar mi vida al servicio de la humanidad; Velar ante todo por la salud y el bienestar de mis pacientes; Respetar la autonomía y la dignidad de mis pacientes; Velar con el máximo respeto por la vida humana; No permitir que consideraciones de edad, enfermedad o incapacidad, credo, origen étnico, sexo, nacionalidad, afiliación política, raza, orientación sexual, clase social o cualquier otro factor se interpongan entre mis deberes y mis pacientes; Guardar y respetar los secretos que se me hayan confiado, incluso después del fallecimiento de mis pacientes; Ejercer mi profesión con conciencia y dignidad, conforme a la buena práctica médica; Promover el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica; Otorgar a mis maestros, colegas y estudiantes el respeto y la gratitud que merecen; Compartir mis conocimientos médicos en beneficio del paciente y del avance de la salud; Cuidar mi propia salud, bienestar y capacidades para prestar una atención médica del más alto nivel; No emplear mis conocimientos médicos para violar los derechos humanos y las libertades ciudadanas, ni siquiera bajo amenaza; Hago esta promesa solemne y libremente, empeñando mi palabra de honor. (Asociación Médica Mundial, 1968).

El conocimiento de este juramento nos permite ir más allá de las disposiciones nacionales y reconocer, especialmente en las oraciones resaltadas por esta autora, que todo profesional médico está obligado al deber de cuidado y al respeto por la vida humana, comprometiéndose con ella más allá de los conocimientos académicos y alcanzar los relacionados con la moral que llene las expectativas del contexto social en la que desempeña su oficio.

Existe un elemento estrechamente vinculado a la ciencia de la medicina y es la confianza que el paciente deposita en el médico en cuyas manos deposita parte de su vida y que también debe respetarse dentro de las obligaciones del médico.

El médico, con toda certeza, estaría afectado por la interposición de una demanda por indemnización daños y perjuicios y lo que es peor, cuando se discuta si ha incumplido su deber de cuidado y su responsabilidad objetivo, indistintamente del resultado final del procedimiento instaurado en su contra.

Aunque sea descartada una imputación penal o civil resarcitoria, este tipo de procedimientos produce un impacto en su moral y carrera profesional porque el elemento de confianza antes referido se vería resquebrajado. Todo lo cual, debe evitarse y una legislación clara y adecuada puede evitar muchas controversias innecesarias.

Esta autora comparte el criterio de que la naturaleza de las prestaciones médicas es las de las llamadas obligaciones de medios, ya que el médico no puede obligarse a salvar la vida, pero sí a hacer todo cuanto esté a su alcance para lograr ese cometido, con la debida diligencia y cuidado.

Como pudo verse de acuerdo con el numeral 1 del inciso 3° del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, el mero resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado, dejando entendido que las prestaciones médicas no ofrecen resultados, y esto se confirma en los demás numerales del mismo artículo que tratan sobre la inobservancia de las disposiciones jurídicas, sin embargo, se tratará a continuación la distinción entre uno y otro tipo de obligaciones.

1.18 Obligación de resultados

Siguiendo la explicación de Rozo son de resultado las obligaciones en las cuales el deudor se obliga a realizar un fin prescindiendo de una específica actividad

instrumental. En ellas se espera y conviene un determinado producto material o jurídico pero el obligado es libre de seleccionar “los medios y las modalidades necesarias para su realización en la categoría de las obligaciones de resultado pueden colocarse las llamadas obligaciones de garantía las obligaciones derecho del tercero o las obligaciones dependiente del contrato de obra” (Rozo Sordini, 1999, pág. 139).

Por otra parte, en la obligación de resultado “el deudor asegura la obtención de un objeto determinado, la obtención de un resultado concreto (la entrega material de una cosa, por ejemplo) y el incumplimiento queda demostrado si se prueba simplemente que el resultado no se obtuvo” (Tapia Rodríguez, 2003, pág. 76).

Al revisar lo anterior, es posible entender que la prestación del médico deviene de una obligación que no es de resultados ya que, como ser humano, él no puede adivinar que los mejores cuidados pueden garantizar al cien por ciento la vida o restauración total de la salud de un paciente.

1.19 Obligación de Medios

Una obligación de medios es aquella que en la que el deudor o persona comprometida con su cumplimiento, debe realizar alguna actividad o prestar un servicio destinado a la consecución de un fin cuyo resultado no depende necesariamente del cumplimiento de dicha obligación.

En palabras de Rozo Sordini, las obligaciones de medios son aquellas en las cuales el deudor está obligado a cumplir una actividad prescindiendo de la realización de una determinada finalidad, el objeto de tales obligaciones es una cierta conducta o servicio. “La prestación debida prescinde de un particular resultado positivo de la actividad del deudor y el deudor cumple con la obligación si ejerce de la manera debida la actividad que le corresponde” (Rozo Sordini, 1999, pág. 139).

Dicho esto, el establecimiento de la obligación médica respecto a prestar sus servicios profesionales se debe estudiar desde la perspectiva de una obligación propiamente de medios. De acuerdo con Tácito Da Silva el ejercicio profesional la obligación queda contenida en las expresiones sistemáticas del ordenamiento jurídico que velan y protegen los derechos de quienes han sufrido este tipo de incidentes.

El Código Orgánico Integral Penal al reseñar la infracción del deber objetivo de cuidado, establece la obligación profesional como de medios, porque la muerte producida simplemente no hace suponer la existencia de tal infracción, sino que se exige el cumplimiento y concurrencia de las condiciones establecidas para que haya un nexo causal.

1.20 El delito de lesiones

Este delito está establecido en el artículo 152 del Código Orgánico Integral Penal en los siguientes parámetros:

Art. 152.- Lesiones. - La persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas: 1. Si como resultado de las lesiones se produce en la víctima un daño, enfermedad o incapacidad de cuatro a ocho días, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a sesenta días.; 2. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de nueve a treinta días, será sancionada con pena privativa de libertad de dos meses a un año.; 3. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de treinta y uno a noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.; 4. Si produce a la víctima una grave enfermedad o una disminución de sus facultades físicas o mentales o una incapacidad o enfermedad, que no siendo permanente, supere los noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.; 5. Si produce a la víctima enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano o alguna grave enfermedad transmisible e incurable, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.; 6. Si la lesión se produce durante concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública, será sancionada con el máximo de la pena privativa de libertad prevista para cada caso, aumentada en un tercio. La lesión causada por infringir un deber objetivo de cuidado, en cualquiera de los casos anteriores, será sancionada con pena privativa de libertad de un cuarto de la pena mínima prevista en cada caso. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

Para la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado se considerará lo previsto en el artículo 146 “No serán punibles las lesiones derivadas de acciones terapéuticas ejecutadas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad que precautele la salud del paciente (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014).

Los profesionales de la medicina también pueden ser imputados por las disposiciones del presente artículo que al parecer exigen de los profesionales una garantía de resultado so pena de que, al no cumplirse podría conformarse un delito culposo por mala práctica médica. Esta afirmación se deriva de la literalidad del precepto, ya que en el caso médico un tratamiento podría acarrear efectos secundarios y estos ser atribuibles como lesión por inobservancia del cuidado debido y que esto sea confirmado por algún dentro de sus potestades discrecionales para sentenciar el cometimiento de estas infracciones.

Se considera preciso, regular de mejor manera los alcances de este artículo puesto que la exigencia es sobrenatural en el caso del ejercicio médico.

CAPÍTULO II

2 MARCO METODOLÓGICO

Aquí se hará referencia al diseño y explicación del proceso de selección, procesamiento e interpretación de los datos presentados para desarrollar la investigación detallando las estrategias que se siguieron para verificar el cumplimiento de los objetivos planteados.

En este caso, se seleccionó el método de investigación descriptivo, con diseño analítico-sintético de tipo documental, bibliográfico y teórico con enfoque cualitativo y aplicado con métodos teóricos porque se quiere comprender y examinar la eficacia de una norma que regula posibles infracciones profesionales en la ciencia de la medicina.

Se hizo una investigación de tipo jurídico-documental, siguiendo un proceso lógico para relacionar conocimientos jurídicos, como a la interpretación de la norma, su eficacia, su sentido y sus diferentes aristas. Es un estudio racional y debidamente argumentado, que muestra un engranaje útil de la ley positiva, el supuesto de hecho y la valoración de ambos aspectos para presentar finalmente un conocimiento jurídico concreto.

2.1 El Método en la Investigación:

La Real Academia Española da significado al método estableciendo que se trata del “modo ordenado de proceder para llegar a un resultado o fin determinado, especialmente para descubrir la verdad y sistematizar los conocimientos”.

Al desglosar lo anterior se observa que el método conduce a la verdad sobre algún conocimiento buscado y también a la forma de sistematizar esos conocimientos, es decir, a engranarlos de tal forma que presenten orden y relación coherente, argumentada y racional.

2.2 Tipo de Investigación

El tipo de investigación seleccionado para la presente investigación es jurídico documental y descriptivo, ya que parte de la revisión de fuentes documentales con

validez científica para concatenar conceptos que describen situaciones concretas, supuestos de hecho y posibles soluciones con soporte en el ordenamiento jurídico.

Dicho lo anterior, se recopilan datos de las fuentes documentales y se realiza la descripción correspondiente de cada elemento considerado necesario para construir respuestas a los objetivos, conclusiones y recomendaciones, estableciendo categorías y subcategorías de análisis que posteriormente son compiladas para su visualización y fijación del conocimiento en forma de tablas, como parte del método descriptivo documental en el campo jurídico.

En cuanto a la estrategia de investigación, el tipo de investigación seguirá el análisis documental porque desglosa en partes el todo, lo reorganiza y le da sentido conforme a lo que encuentra relevante para alcanzar las metas de la investigadora.

2.3 Enfoque de la investigación

La tesis que se presenta, tiene un enfoque cualitativo que permite establecer relaciones de valoración de fenómenos, instituciones jurídicas, elementos y características que permiten un acercamiento racional, objetivo y humano a la problemática de se plantea.

El proceso analítico se basó en la inmersión en los datos y búsqueda de clasificaciones (tipos) repetidas, en las codificaciones y en las comparaciones que caracterizan al enfoque de la teoría fundamentada. El análisis comenzó con la codificación abierta, que es el examen de secciones diminutas del texto compuestas de palabras individuales, frases y oraciones. (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2014).

2.4 Técnicas de Investigación

Las técnicas de investigación manejadas en este trabajo fueron la observación, la revisión documental, la construcción de archivos digitales, la selección y distribución de los datos, el estudio de la sentencia y también el análisis de la investigadora.

Estas técnicas se dividen en técnicas de recolección de datos y técnicas de análisis de la información.

“En la investigación disponemos de múltiples tipos de instrumentos para medir las variables de interés y en algunos casos llegan a combinarse varias técnicas de

recolección de los datos. A continuación describimos brevemente las más usuales”. (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2014).

El trabajo de recopilar la información siguió la técnica de exploración documental, indagando en textos tales como libros, periódicos, revistas, enciclopedias, diccionarios, tratados, folletos, o varios otros, que pudieran aportar información relacionada con el tema, seguidamente se realizó una lectura detenida de tales fuentes, para seleccionar lo útil y desechar lo irrelevante, seleccionando de manera objetiva las que serían introducidas en el estudio. Luego se estructuraban bases de datos para reunir y organizar la información, describiendo fechas, autores, objetivos con los cuales se relacionaba la información y finalmente, se armarían organizadores gráficos que cumplieran su misión de armar una ruta de conocimiento para la utilización efectiva de los hallazgos.

Se emplearon técnicas de recolección de datos, tanto físicas como digitales. Se construyó un fichero electrónico de síntesis de información y una pequeña biblioteca en la que se ubicaron guías, textos clásicos, cuerpos legales, entre otros.

2.5 Técnicas de observación

Dentro de las técnicas de investigación escogidas para esta investigación se empleó la observación aplicada, que es utilizada como técnica de observación documental; porque estuvo dirigida al estudio directo de cada documento obtenido en la fase de recolección de los datos.

En este aspecto los autores reconocen que “Así, el investigador cualitativo utiliza técnicas para recolectar datos, como la observación no estructurada, entrevistas abiertas, revisión de documentos, discusión en grupo, evaluación de experiencias personales, registro de historias de vida, e interacción e introspección con grupos o comunidades”. (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2014).

2.6 Instrumento de observación

Aplicable en razón de la técnica de la observación escogida, se tiene como instrumento para el análisis posterior, una guía de observación documental, la cual se deriva de las preguntas que la investigadora se ha formulado, las cuales tienen

relación y pertinencia con los objetivos propuestos, las categorías y las subcategorías para el estudio.

El instrumento de recolección de datos, constituye el medio empleado por los investigadores, que inicia o parte de la recopilación de la generalidad de documentos, textos, datos y demás información certera, que abarca, estudia y/o se refiere al tema objeto de estudio, que se determinan con la finalidad de dar cumplimiento a los objetivos de la investigación. (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2014).

2.6.1 Validez del instrumento

La validez del instrumento es la efectividad con la que éste llega a determinar los resultados del análisis, sean datos cualitativos o cuantitativos, según el enfoque de la investigación.

En la presente investigación se escogieron contenidos y formas propias del análisis documental y se presentan en forma de tablas categorizadas los resultados, “Para este enfoque, si se sigue rigurosamente el proceso y, de acuerdo con ciertas reglas lógicas, los datos generados poseen los estándares de validez y confiabilidad, las conclusiones derivadas contribuirán a la generación de conocimiento” (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2014).

2.7 Métodos Teóricos

La forma como se revisa y se examinan los datos durante la investigación documental permite analizar la información y distribuirla según los objetivos que se buscan.

2.7.1 Análisis como método

Analizar datos es realizar operaciones o seguir los pasos conforme a los cuales un investigador, somete los datos con el fin de responder a los objetivos del trabajo que efectúa. Estas operaciones deben entenderse en sentido flexible, especialmente en la investigación cualitativa, porque cuando se hace la recolección de datos y la revisión preliminar de estos, pueden aparecer problemas o eventos que alteran el plan inicial del análisis de los datos. No obstante seguir un plan es importante para que, en el movimiento propio de la investigación, en la fluctuación de los datos, se

conozcan las relaciones entre estos y haya una conducción dirigida a la solución del problema.

Los datos en el presente estudio, se analizaron en la medida en que eran encontrados y se ubicaban en una base digital de datos con las finalidades de organizarla posteriormente en la fase de presentación de resultados de la investigación.

2.7.2 La síntesis deductiva

Sintetizar es reducir una gran cantidad de información y hacerlo de tal forma que no se escape ninguna idea importante o medular para mantener el sentido del cúmulo informativo.

Deducir por otra parte, es extraer conocimientos del marco de indagación general. Son datos que sirven para reducir el tamaño de la aglomeración de saberes para construir conclusiones o respuestas, partiendo de las máximas que arroja la información total.

En esta investigación las síntesis se realizaban como resultado de la deducción lógica que se hacía de la información general con la finalidad de comprimir la información para presentar los resultados.

2.7.3 La síntesis inductiva

Como contraposición a la deducción que supone la separación o desglose de partes de un fenómeno en las partes que lo conforman, existe el método inductivo que consiste en llegar a la determinación de máximas generales seleccionando las experiencias particulares de un todo.

La inducción permite plantear máximas de razonamiento a partir de una serie de partes que en algún momento fueron deducidas de un conocimiento general. Se trata, de tomar cada parte, y construir un precepto general.

La inducción en esta investigación permitía evitar la repetición de información concretando la información tomada de muchas ramas de la bitácora de datos.

La inducción pudo hacerse tomando un número determinado informaciones con vínculo común y agruparlas a manera de premisas para obtener después una conclusión similar para todas las categorías de análisis.

2.7.4 El Método para la recopilación de los datos

El método de recopilación de datos debe guiarse por las necesidades satisfechas en las fuentes documentales ya que esto depende del tipo de investigación que se escogió.

El tipo de investigación que se escogió fue determinado por el objeto del tema de estudio. Al considerar la información como proceso, se reúne, se revisa y clasifica. Como finalidad, la investigación documental persigue validar la información con soporte científico reconocido, por lo tanto, sus fuentes principales serán aquellos documentos de autores reconocidos a través de los años, doctrinarios clásicos o de proba reputación en las ciencias, tratados internaciones, artículos indexados, los documentos que son resultado del trabajo de cuerpos, instituciones y organismos nacionales o internacionales, trabajos de investigaciones relacionadas, entre otros.

Cuando se recogieron los datos, después de organizarlos de acuerdo a la relevancia de las fuentes, fue preciso establecer una estructura para que estos estuvieran a disposición de la investigadora en cualquier momento de la investigación, para ello, se recurrió al uso de la tecnología informática.

En una base de datos creada con el programa Excel, fue posible a una armar una base de datos en la que la información se clasificó alfabéticamente de acuerdo al tema, creando una columna que contenía el tema y una síntesis del contenido. Esto hizo que, al momento de acceder a los datos para responder a los objetivos del informe, fuera más simple para la investigadora, conseguirlo.

Con el programa Power Point se armaron en algunos casos organizadores gráficos que dibujaban la ruta de la información contenida en la base. Una ruta cronológica que permitió añadir fechas de confirmación de los datos que progresivamente se encontraban.

Recoger los datos requirió de una lectura exploratoria para examinar cuanto se había investigado sobre el tema, seleccionar la calidad de las fuentes, y establecer, las relaciones de los conocimientos encontrados con los objetivos de la investigación.

La preparación académica de la investigadora sirvió para realizar lecturas comprensivas del material, analizarlo y reducirlo para organizar ideas principales y

secundarias que aclaraban las preguntas previamente planteadas y a su vez, generaban nuevas interrogantes.

El problema que había sido formulado sobre el deber objetivo de cuidado y su regulación penal en la legislación especializada, a meritó el planteamiento de ciertas interrogantes, tales como:

¿El deber objetivo de cuidado tiene una regulación expresa como tipo penal?

¿El ejercicio de la medicina contempla el deber objetivo de cuidado en sus regulaciones principales?

¿Qué diferencias hay entre el deber objetivo de cuidado y la culpa?

¿Hay intencionalidad en la violación del deber objetivo de cuidado?

¿Cuáles son los efectos del principio de especialidad en materia de adolescentes infractores?

¿El homicidio culposo puede ser igual al homicidio cometido por violación al deber objetivo de cuidado?

¿Existe un tipo penal especial para la práctica médica que inobserva el deber objetivo de cuidado?

¿Está la infracción al deber objetivo de cuidado, suficientemente desarrollada en nuestro ordenamiento jurídico para aplicarse en el área de las ciencias médicas?

¿Cómo regula, el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el incumplimiento del deber objetivo de cuidado?

¿Cómo quedaría establecido un caso de mala práctica médica por violación del deber objetivo del cuidado?

Estas interrogantes fueron consideradas para establecer las categorías y subcategorías de análisis de los datos, y de esta manera, revisar en las fuentes documentales información suficiente que pudiera concluir en respuestas concretas y relacionadas.

2.7.5 El Método para el análisis de los datos

Para analizar los datos se consideró que se trataba de un análisis documental, es decir, un proceso intelectual cuya estructura permite la intervención de la

investigadora para interpretar la información partiendo de una preparación o capacitación previa para analizar y posteriormente parafrasear o resumir un nuevo conocimiento.

Del análisis documental realizado en esta investigación, se obtuvieron nuevos documentos que contienen objetivamente la esencia de los documentos de los cuales parten, es decir, presentan la información sintetizada de las fuentes originales.

Esos documentos son parte de la estructura de este informe de investigación y se pueden consultar con facilidad en forma de tablas de análisis escogidas para su presentación. El análisis documental tiene como resultado una representación de la información como parte de un registro estructurado, reduciendo los datos descriptivos obtenidos en un bosquejo general de datos ciertos.

Cada documento debe ser analizado desde su composición y desde su contenido.

Desde su composición o estructura se describió el documento en la referenciación bibliográfica, para identificarlo desde sus datos externos, tales como fecha de publicación, editoriales, sitios web, autores, temas, o de donde hayan emanado, lo cual permite localizarlo en el universo documental.

Desde su interior, el análisis se hizo partiendo de palabras clave y conformando las descriptoras. Fue necesario escoger términos que sirvieran para designar algunos aspectos esenciales del tema. Se empleo un vocabulario técnico per simple para que sirviera para la redacción del informe. Se utilizaron recursos del lenguaje como sinónimos y antónimos, palabras alternativas en la juridicidad, más o menos frecuentes con la finalidad de mantener una misma línea de comprensión lectora.

Cuando se emplean palabras para el análisis, se puede tratar de normalizarlas, formalizarlas u homologarlas según la idea que se desea representar. En este trabajo siempre se atendió al significado común, al más conocido.

Luego de la fase de selección lingüísticas se realizaron resúmenes descriptivos de los contenidos documentales, solo escogiendo sus ideas centrales sin realizar ningún tipo de interpretación y sin emitir opinión personal, simplemente con la finalidad de dejar a mano de la investigadora, el contenido concreto de cada documento, suministrándole datos suficientes para decidir sobre la necesidad de consultar el documento original completo. Esto sirve también cuando se quiere recuperar de la

web, alguna información o para saber si se precisa de la traducción de algún texto que esté puesto en idioma diferente, que fue lo que se hizo en este trabajo.

Se realizaron dos tipos de resúmenes en diferentes casos. El resumen propiamente descriptivo y el resumen analítico. El primero se refiere a los datos referenciales y a las ideas principales de cada documento y el segundo, se registró un contenido más amplio sobre lo relevante del documento analizado.

En ocasiones aisladas, se hicieron resúmenes de tipo mixto, es decir, tenían datos de referencia y secciones informativas más detalladas o específicas.

Para ir armando conclusiones se estructuraron algunos llamados resúmenes de conclusiones para presentar una exposición breve de los productos y argumentos finales del análisis de los documentos más relevantes que se tomaron en cuenta de acuerdo a las categorías y subcategorías escogidas.

Otra herramienta muy importante de la investigación documental, es las clasificaciones, es decir, la etapa de identificar un documento y después categorizarlo de acuerdo al contenido.

En este caso, la clasificación exigió un refuerzo con síntesis, con la finalidad de depurar el tema principal del documento. Esto se realiza con la finalidad de armar conjuntos de información de acuerdo a materias muchas veces relacionadas con los objetivos general y específicos de la investigación y de esta manera registrarla en la base de datos disponible.

En las bases de datos, la clasificación se necesitó para catalogar cada tema tratado, facilitar la búsqueda, delimitar criterios, reconocer líneas de pensamiento según el contexto de los autores y esclarecer opiniones posteriores.

El procedimiento de clasificación documental para esta investigación, se caracterizó, por poseer estructuras diferenciadas o graduales que van de los conceptos más generales a los más particulares.

Después es importante hacer mención de lo que fue propiamente el análisis documental de los recursos digitales obtenidos en Internet porque este consistió fundamentalmente en la recuperación oportuna de documentos en línea.

Se debían utilizar distintos buscadores, y aquellos que tienen uso académico fueron los más recurridos por la investigadora porque facilitan la búsqueda de acuerdo a la

categoría del documento, es decir, si se trata de artículos científicos, tesis, doctrina clásica o moderna y así sucesivamente.

Algunas páginas web admiten la inscripción de etiquetas con las los mismos autores marcan sus documentos para que los investigadores puedan conseguir de forma más directa lo que se persigue según los objetivos.

Por esta razón se emplearon para una búsqueda más directa que permitió después armar los resúmenes descriptivos con los informativos según la fuente.

El enfoque cualitativo también se guía por áreas o temas significativos de investigación. Sin embargo, en lugar de que la claridad sobre las preguntas de investigación e hipótesis preceda a la recolección y el análisis de los datos (como en la mayoría de los estudios cuantitativos), los estudios cualitativos pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de los datos. (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2014).

El marco metodológico desarrollado en este capítulo, permitió conseguir la información documental necesaria para obtener los resultados de la presente investigación y que son tratados en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO III

3 ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

En este capítulo se presentan los resultados de la investigación, derivados del análisis de contenido en las fuentes documentales. El capítulo exhibe la descripción de cada fenómeno relacionado con los objetivos de la investigación.

La organización y presentación del análisis se hizo en cuadros contados numéricamente de acuerdo con las categorías y subcategorías de análisis que fueron resultado de lo registrado en el instrumento como producto de la observación y de la revisión crítico-analítica de la investigadora.

Estos resultados no solamente arrojan una visión detallada de los objetivos, sino que también presentan una caracterización de cada fenómeno relacionado con las unidades de análisis determinadas para responder a la problemática de la investigación.

Por tales razones, este capítulo demuestra tanto la relación de la información conseguida como la criticidad de la investigadora para sintetizar informativamente, los conocimientos que ameritan saberse para dar una respuesta hermenéutica al objetivo general del trabajo, resolviendo el problema formulado sobre la necesidad de desarrollar un estudio del deber objetivo de cuidado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y establecer la suficiencia de las normas que lo regulan y así comprender por qué su aplicación puede ser determinante para establecer la culpa del profesional médico por inobservancia de la ley, en el caso de incumplimiento del deber que se estudia.

Los resultados convergen en que no existe suficiencia regulatoria sobre el deber objetivo de cuidado a pesar de la trascendencia y relevancia que este tiene dentro de la praxis médica, sus amplias posibilidades de aparición y la evidente necesidad que en la costumbre jurídica esta figura presenta, al punto de haber sido tomada en cuenta como tipo por el legislador penal.

Tabla 1 El deber objetivo de cuidado: espíritu, propósito y razón.

Objetivo Específico: Identificar el deber objetivo de cuidado y su tratamiento en la normativa legal vigente (COIP - Ley Orgánica de la Salud) y en la propuesta del Código Orgánico de Salud.			
Categoría	Subcategoría	Unidad de Análisis	Análisis de los resultados
Deber Objetivo de Cuidado	Tratamiento	Espíritu, propósito y razón del legislador.	El deber objetivo de cuidado es una disposición cuya raíz se encuentra en la ética profesional. El legislador vislumbra que en el ejercicio de un arte, oficio o profesión debe estar regulada la responsabilidad de quien la ejerce, vinculada a la razonabilidad del deber moral. Por ello, el constitucionalista incluye en el art. 54 el concepto de la “mala práctica” entendida como la posibilidad de que, en caso de riesgos o pérdidas importantes para la vida humana, el profesional deba ser llamado a responder y demostrar que ha hecho objetivamente, lo debido, lo que se espera de él, lo razonable, el modo entendido de lo correcto que está basado en lo previsible y lo permitido.

Elaborado por: María José Chuquimarca Campoverde, 2020

Tabla 2 Deber objetivo de cuidado y la praxis médica.

Objetivo Específico: Identificar el deber objetivo de cuidado y su tratamiento en la normativa legal vigente (COIP - Ley Orgánica de la Salud) y en la propuesta del Código Orgánico de Salud.			
Categoría	Subcategoría	Unidad de Análisis	Análisis de los resultados
Deber Objetivo de Cuidado	Tratamiento	Praxis médica.	El deber objetivo de cuidado se relaciona directamente con la práctica médica, no solamente por disposición expresa de la ley, sino porque en el orden del conocimiento, cuando se habla del deber ético profesional, este aplica para todas las profesiones y de modo principal, aquellas que ponen en riesgo la supervivencia, es decir, aquellas que tratan asuntos de la salud física, biológica y afines, en virtud de que se trata del principal derecho humano, es decir, la vida. La infracción del deber objetivo de cuidado en las ciencias médicas no está determinada por el resultado, equivocado y fatal, sino por la consideración de que el médico tiene patrones y normativas que exigen de él,

Elaborado por: María José Chuquimarca Campoverde, 2020

Tabla 3 Elementos del deber objetivo de cuidado en el COIP: Homicidio Culposo

Objetivo Específico: Identificar el deber objetivo de cuidado y su tratamiento en la normativa legal vigente (COIP - Ley Orgánica de la Salud) y en la propuesta del Código Orgánico de Salud.			
Categoría	Subcategoría	Unidad de Análisis	Análisis de los resultados
Deber Objetivo de Cuidado	Elementos según el Código Orgánico Integral Penal (COIP)	Homicidio Culposo	<p>La infracción al deber objetivo de cuidado aparece tipificado en el artículo 146 del COIP y establece al respecto varios elementos principales que determinan su comprensión, a saber: a. Se interpreta como homicidio culposo por mala práctica profesional. b. Supone además de la pena privativa de libertad, la inhabilitación para volver a ejercer la profesión c. Establece la necesidad de concurrencia de cuatro elementos para determinarse.</p> <p>El artículo tiene como encabezado la designación del tipo como Homicidio culposo por mala práctica profesional; esto quiere decir, que constituye una forma de homicidio no intencional pero que genera necesariamente, la muerte.</p>

Elaborado por: María José Chuquimarca Campoverde, 2020

Tabla 4 Elementos del deber objetivo de cuidado en el COIP: Penas y sanciones.

Objetivo Específico: Identificar el deber objetivo de cuidado y su tratamiento en la normativa legal vigente (COIP - Ley Orgánica de la Salud) y en la propuesta del Código Orgánico de Salud.			
Categoría	Subcategoría	Unidad de Análisis	Análisis de los resultados
Deber Objetivo de Cuidado	Elementos según el Código Orgánico Integral Penal (COIP)	Penas y Sanciones	<p>Además de la pena privativa de libertad incluye la inhabilitación para volver a ejercer la profesión más un proceso indeterminado para recuperar el derecho.</p> <p>El artículo divide las penas por esta forma de homicidio de la siguiente forma:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. De uno a tres años, si al infringir el deber objetivo de cuidado, ocasiona la muerte. (tipo simple) b. De tres a cinco años (tipo calificado), si además de violar el deber objetivo cometió acciones innecesarias (imprudencia), peligrosas (impericia) o ilegítimas (inobservancia de normas o leyes). c. Un proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena que será determinado por ley. (No establecido aún)

Elaborado por: María José Chuquimarca Campoverde, 2020

Tabla 5 Elementos del deber objetivo de cuidado en el COIP: concurrencia de cuatro elementos para determinarse.

Objetivo Específico: Identificar el deber objetivo de cuidado y su tratamiento en la normativa legal vigente (COIP - Ley Orgánica de la Salud) y en la propuesta del Código Orgánico de Salud.			
Categoría	Subcategoría	Unidad de Análisis	Análisis de los resultados
Deber Objetivo de Cuidado	Elementos según el Código Orgánico Integral Penal (COIP)	Concurrencia de cuatro elementos para determinarse	<p>El legislador ha determinado que para que pueda tenerse por configurado este tipo de homicidio culposo, es preciso que se tomen en cuenta, cuatro aspectos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Atender que la pura ocurrencia de la muerte no necesariamente es por infracción al deber objetivo de cuidado. 2. Comprobar que exista la inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas o lex artis aplicables en ejercicio de la medicina. 3. Demostrar que la muerte provenga directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado atendiendo que no sea por otras circunstancias independientes o conexas. 4. La revisión analítica de cada caso, detallando la diligencia, el grado de formación del profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

Elaborado por: María José Chuquimarca Campoverde, 2020

Tabla 6 Elementos del deber objetivo de cuidado en el COIP: La responsabilidad no es exclusiva por el resultado de la acción.

Objetivo Específico: Identificar el deber objetivo de cuidado y su tratamiento en la normativa legal vigente (COIP - Ley Orgánica de la Salud) y en la propuesta del Código Orgánico de Salud.			
Categoría	Subcategoría	Unidad de Análisis	Análisis de los resultados
Deber Objetivo de Cuidado	Elementos según el Código Orgánico Integral Penal (COIP)	Responsabilidad no es exclusiva por el resultado de la acción.	En este artículo el legislador refuerza la responsabilidad penal en sentido subjetivo, enfatizando que el resultado es necesario para considerar la necesidad de establecer alguna pena pero no para ese efecto determine la violación al deber objetivo de cuidado. El legislador intentó mitigar la gravedad del resultado para favorecer en cierto modo al posible imputado que actúa sin intención asumiendo el alto riesgo de salvaguardar una vida amenazada por una circunstancia externa o sobrevenida. Sin embargo, el mismo título de la norma, enfatiza la gravedad cuando expresa "Homicidio culposo", es decir, una persona a causado la muerte a otra. Sin embargo, le asigna una pena no delictiva, de hasta 3 años en el primer supuesto, en función de la infracción del deber objetivo de cuidado que se espera que el profesional emplee en la ejecución de acciones capaces de lesionar el bien jurídico protegido; que, en este caso, es la vida.

Elaborado por: María José Chuquimarca Campoverde, 2020

Tabla 7 Elementos del deber objetivo de cuidado en el COIP: Requiere la demostración de inobservancia de disposiciones.

Objetivo Específico: Identificar el deber objetivo de cuidado y su tratamiento en la normativa legal vigente (COIP - Ley Orgánica de la Salud) y en la propuesta del Código Orgánico de Salud.			
Categoría	Subcategoría	Unidad de Análisis	Análisis de los resultados
Deber Objetivo de Cuidado	Elementos según el Código Orgánico Integral Penal (COIP)	Inobservancia de disposiciones	El cometimiento de desobediencia a lo legal y normativamente prescrito es lo que se entiende como inobservancia. Es un supuesto jurídico y doctrinario conocido cuando se trata de determinar el grado de la culpa y es el segundo elemento que exige el legislador para determinar si se infringió el deber objetivo de cuidado. Es decir, se requerirá demostrar que el profesional no atendió a lo señalado por las leyes o disposiciones profesionales.

Elaborado por: Maria Jose Chuquimarca Campoverde, 2020

Tabla 8 Elementos del deber objetivo de cuidado en el COIP: Relación directa entre la acción del profesional y la muerte de la víctima.

Objetivo Específico: Identificar el deber objetivo de cuidado y su tratamiento en la normativa legal vigente (COIP - Ley Orgánica de la Salud) y en la propuesta del Código Orgánico de Salud.			
Categoría	Subcategoría	Unidad de Análisis	Análisis de los resultados
Deber Objetivo de Cuidado	Elementos según el Código Orgánico Integral Penal (COIP)	Relación directa entre la acción del profesional y la muerte de la víctima.	Este aspecto del artículo constituye la declaración inequívoca del legislador respecto a que, en este tipo de casos, es estrictamente necesario que la muerte sea una consecuencia que proviene directamente de la transgresión al deber objetivo de cuidado. No pueden haberse producido hechos ajenos a

	<p>la manipulación del profesional médico que incidieran en la víctima y ocasionaran la muerte.</p> <p>Ejemplos ilustrativos de esta situación podrían ser error en el suministro de medicamentos no realizado por el médico, o accidentes como impactos físicos, la realización de actos inseguros o haberse expuesto a condiciones inseguras para su supervivencia.</p>
--	---

Elaborado por: María José Chuquimarca Campoverde, 2020

Tabla 9 Elementos del deber objetivo de cuidado en el COIP: Análisis particular de cada caso.

Objetivo Específico: Identificar el deber objetivo de cuidado y su tratamiento en la normativa legal vigente (COIP - Ley Orgánica de la Salud) y en la propuesta del Código Orgánico de Salud.			
Categoría	Subcategoría	Unidad de Análisis	Análisis de los resultados
Deber Objetivo de Cuidado	Elementos según el Código Orgánico Integral Penal (COIP)	Análisis particular de cada caso.	Otra exigencia del legislador para que se pueda llegar a determinar la infracción al deber objetivo de cuidado, es el hecho de examinar las condiciones particulares del caso.
			<p>Sobre el profesional, esto incluye la revisión de su previo desempeño, sus evaluaciones, niveles académicos, historial, reputación y disciplina.</p> <p>De la víctima, amerita la revisión de sus antecedentes clínicos, enfermedades preexistentes, condiciones de vida, factores de riesgo según diagnóstico.</p>

	Sobre el entorno, requiere la evaluación de las condiciones en las que sucedieron los hechos, insumos disponibles, grado de la emergencia, horas de atención del caso y en general, todos los factores que pudieron alterar la atención al deber objetivo de cuidado.
--	---

Elaborado por: María José Chuquimarca Campoverde, 2020

Tabla 10 deber objetivo de cuidado por la concurrencia de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

Objetivo Específico: Identificar el deber objetivo de cuidado y su tratamiento en la normativa legal vigente (COIP - Ley Orgánica de la Salud) y en la propuesta del Código Orgánico de Salud.			
Categoría	Subcategoría	Unidad de Análisis	Análisis de los resultados
Deber Objetivo de Cuidado	Por la concurrencia de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas	Resolución de la Corte Nacional de Justicia publicada en Registro Oficial Suplemento 246 de 15 de Mayo del 2014	<p>Por resolución de la Corte Nacional de Justicia, el homicidio culposo establecido en el Art. 146 del COIP, sufre un perfeccionamiento en su alcance. En tres artículos, la jurisprudencia establece que se debe hablar de homicidio simple y calificado. En el caso del calificado, que en el artículo 146 solo dice que “será sancionado con pena de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas”, la corte aclara que esto se debe producir conjuntamente con la inobservancia del deber objetivo de cuidado y no forma aislada.</p> <p>En el caso de simple, queda entendido en los términos del primer inciso del referido artículo.</p> <p>La resolución enfatiza en la comprensión del artículo en su integridad y adelanta su vigencia para la misma fecha de vigencia del COIP.</p>

Continúa en la siguiente página...

Continuación de la página anterior...

En este sentido, se aclaran las dudas que ya existían con antelación a la puesta en vigencia y con ello, se protege a los profesionales que ejercen la medicina ante el riesgo natural de perder la vida del paciente.

La aclaratoria de la corte, especialmente en lo que concierne al modo agravado de la inobservancia, permite entender que con el análisis particular del caso, es cuando se podría determinar un modo calificado para imponer la pena de cinco años porque es allí cuando se puede revisar si existe, además de la inobservancia del deber objetivo, lo siguiente:

Acciones innecesarias, es decir, imprudencia o hacer más de lo que era necesario hacer.

Acciones peligrosas, serán aquellas que asumían un riesgo tan alto de producir la muerte, que resultaría casi inaceptable que el profesional, optara por ejecutarla.

Acciones ilegítimas, son aquellas contrarias a la probidad y no guarda razonabilidad para aplicarse en ese momento.

Estos tres tipos de acciones tienen que ser concurrentes, para poder calificarse el homicidio culposo por infracción del deber objetivo de cuidado.

Tabla 11 El deber objetivo de cuidado y su tratamiento en la Ley Orgánica de la salud

Objetivo Específico: Identificar el deber objetivo de cuidado y su tratamiento en la normativa legal vigente (COIP - Ley Orgánica de la Salud) y en la propuesta del Código Orgánico de Salud.			
Categoría	Subcategoría	Unidad de Análisis	Análisis de los resultados
Deber Objetivo de Cuidado	Identificación	Ley Orgánica de la salud	<p>El deber objetivo de cuidado no aparece expresado en la Ley orgánica de salud y mucho menos el homicidio que podría derivarse de este. Sin embargo, el Art. 202 de dicho cuerpo legal, establece que constituye infracción, todo acto individual injustificado que genere daño en el paciente y sea producto de: la inobservancia, en el cumplimiento de las normas, por lo que esta inobservancia puede enmarcarse en una forma de la culpa respecto al deber en estudio. También se refiere a la impericia, incluyendo desconocimiento o inexperiencia; sobre la imprudencia, menciona la omisión del cuidado o diligencia exigible; que es más propiamente el deber objetivo de cuidado y por último, se refiere a la negligencia, sobre la omisión o retardo injustificado en su accionar.</p> <p>Se observa que la ley ha querido evadir la profundización sobre las consecuencias de tales responsabilidades, las categoriza como “infracciones” pero no menciona la responsabilidad civil ni penal. Se queda en la responsabilidad profesional y en su Art. 204 aclara que el consentimiento o autorización del afectado, no exime de responsabilidad en aquellos casos determinados en el artículo previamente analizado.</p>

Elaborado por: María José Chuquimarca Campoverde, 2020

Tabla 12 El deber objetivo de cuidado y su tratamiento en la propuesta del Código Orgánico de Salud.

Objetivo Específico: Identificar el deber objetivo de cuidado y su tratamiento en la normativa legal vigente (COIP - Ley Orgánica de la Salud) y en la propuesta del Código Orgánico de Salud.			
Categoría	Subcategoría	Unidad de Análisis	Análisis de los resultados
Deber Objetivo de Cuidado	Identificación	Propuesta Código Orgánico de la Salud	En la propuesta del Código Orgánico de salud, recientemente vetada por la Presidencia de la República, poco se menciona el deber objetivo de cuidado. Un artículo calificaba de falta grave la inobservancia de manuales, otro establecía la potestad sancionadora del máximo organismo nacional de salud y por último, establece que las sanciones por faltas a sus disposiciones, se aplicaran sin perjuicio de las sanciones penales, civiles y administrativas. Seguidamente clasifica las sanciones pero no establece nada sobre la pérdida del ejercicio profesional.

Elaborado por: María José Chuquimarca Campoverde, 2020.

Tabla 13 El delito de homicidio culposo por mala práctica médica al inobservar el deber objetivo de cuidado.

Objetivo Específico: Analizar jurídica y doctrinariamente el deber objetivo de cuidado para conocer su relación con el delito de homicidio culposo por mala práctica médica.			
Categoría	Subcategoría	Unidad de Análisis	Análisis de los resultados
Inobservancia del deber objetivo de cuidado	Homicidio culposo	Mala práctica médica	Se explicó suficientemente que la inobservancia del deber objetivo de cuidado puede acarrear una consecuencia fatal es decir, la muerte del paciente que podría considerarse como homicidio culposo cuando se atiende a los

	<p>elementos preestablecidos en el COIP. Ahora bien, a mala práctica médica puede entenderse como un daño físico o mental, de cualquier alcance en el paciente que sea producto de una acción u omisión por parte del médico tratante. Sin embargo, practicar es actuar, es un verbo que denota acción por lo tanto si la muerte se produjera por inacción u omisión, podría dudarse de que se trató de mala praxis. Esto es importante porque quien es juzgado por “mala práctica”, acarreará en su ejercicio posterior con una acusación que pone en duda su experiencia en la ejecución, pero si la muerte fue producida por una duda, una elección errada de no actuar en un momento dado, al profesional le convendría dejar esto claro porque después de la reparación o sanción, quedaría claro que su sobre la técnica que lo distingue (ejecutoriamente hablando), no hubo error. El homicidio seguiría siendo culposo y lamentable, pero, será más fácil recuperar la reputación profesional en algún sentido. Esta aclaratoria se hace en función del principio de objetividad para atenuar los hechos que puedan salvaguardar derechos de la persona procesada.</p>
--	---

Elaborado por: María José Chuquimarca Campoverde, 2020

Tabla 14 Relación entre el delito de homicidio culposo y la mala práctica médica en la doctrina.

Objetivo Específico: Analizar jurídica y doctrinariamente el deber objetivo de cuidado para conocer su relación con el delito de homicidio culposo por mala práctica médica.			
Categoría	Subcategoría	Unidad de Análisis	Análisis de los resultados
Relación	Homicidio culposo y la mala práctica	Doctrina Jurídica	La doctrina consultada coincide en que la relación entre el homicidio culposo y la mala práctica médica es directa y proporcional, esto quiere decir, que una mala práctica médica que ocasiona la muerte, debe tramitarse y juzgarse en la forma establecida para el tipo de homicidio culposo en la forma considerada en el COIP.

Elaborado por: María José Chuquimarca Campoverde, 2020

Tabla 15 La responsabilidad del profesional médico: las obligaciones de medios y de resultados.

Objetivo Específico: Analizar jurídica y doctrinariamente el deber objetivo de cuidado para conocer su relación con el delito de homicidio culposo por mala práctica médica.			
Categoría	Subcategoría	Unidad de Análisis	Análisis de los resultados
Responsabilidad	Profesional médico	Obligación de medios	Se conocen las obligaciones de medio como aquellas que el profesional se compromete a realizar en razón de sus
		Obligación de resultados	

	<p>conocimientos, preparación, experiencia y destrezas para preservar la vida del paciente en las mejores condiciones posibles, el médico se compromete a tomar decisiones o ejecutar todo cuanto esté a su alcance para restituir la buena salud del paciente.</p> <p>Por otra parte, son obligaciones de resultado, aquellas que exigen del profesional en base a sus conocimientos, un resultado específico como puede ser una mejora en la forma o funcionamiento de alguna parte del cuerpo intervenida clínicamente.</p>
--	--

Elaborado por: María José Chuquimarca Campoverde, 2020

Tabla 16 La responsabilidad del profesional médico debe ser sobre las acciones interpretadas como medios.

Objetivo Específico: Analizar jurídica y doctrinariamente el deber objetivo de cuidado para conocer su relación con el delito de homicidio culposo por mala práctica médica.			
Categoría	Subcategoría	Unidad de Análisis	Análisis de los resultados
Responsabilidad	Profesional médico	Obligación de medios	En virtud de la explicación anterior, es importante comprender que la responsabilidad penal del profesional médico debe evaluarse en atención a la

	<p>obligación de medios, es decir, a atender en primera instancia a la gestión del médico mediante las acciones que ejecutó o a las decisiones que tomó como vía para lograr la restitución de la salud del paciente. De ahí a que, en el juzgamiento de la práctica médica debe atenderse que este haya observado para el procedimiento escogido, la debida diligencia y precaución lo cual conduce a conocer primeramente de responsabilidad civil que, de la penal, ante la ausencia de dolo y ante la imposibilidad de garantizar de forma absoluta un resultado específico.</p>
--	--

Elaborado por: María José Chuquimarca Campoverde, 2020

Tabla 17 El caso penal de mala práctica médica

Objetivo Específico: Describir un supuesto de mala práctica médica con sus implicaciones legales en función del deber objetivo del cuidado.			
Categoría	Subcategoría	Unidad de Análisis	Análisis de los resultados
Describir	Caso	Caso penal de mala práctica médica	<p>Cuando se analiza un caso penal de mala práctica médica, es importante tener claridad en cuanto al objeto que se persigue, bien sea como defensa, acusador o como juzgador; esto garantizará la protección directa y eficaz de los derechos vulnerados, de las obligaciones asumibles, de las sanciones que puedan impartirse, así como de los recursos, medios</p>

	<p>probatorios y demás elementos necesarios para ejercer un buen rol en cualquier posición. Es preciso tener conocimiento del derecho sustantivo y adjetivo y de los cuerpos jurídicos en los cuales se encontrará el fundamento de cada pretensión y acción. Cada sujeto afectado, así como el tercero o terceros imparciales intervinientes, deben desglosar el rol de cada parte con la mayor información disponible para utilizarla a su favor en el análisis jurídico previo a la toma de cualquier acción. En los casos penales se ponen en consideración elementos humanos esenciales e invaluablees como son la libertad, la vida y la dignidad.</p>
--	--

Elaborado por: María José Chuquimarca Campoverde, 2020

Tabla 18 El procedimiento en caso de mala práctica médica por inobservancia del deber objetivo de cuidado.

Objetivo Específico: Describir un supuesto de mala práctica médica con sus implicaciones legales en función del deber objetivo del cuidado.			
Categoría	Sub categoría	Unidad de Análisis	Análisis de los resultados
Inobservancia del deber objetivo de cuidado	COIP	Procedimiento aplicable	En los casos penales de mala práctica médica por inobservancia del deber objetivo de cuidado, deberá aplicarse el procedimiento ordinario pero teniendo en cuenta que el procesado podría acogerse al procedimiento especial abreviado establecido en el

	<p>Código Orgánico Integral Penal que se aplica para todos aquellos casos cuya pena establecida sea hasta el límite de diez (10) años de privación de libertad como máximo y se deberá contar con el consentimiento expreso de la persona procesada para seguir por esta vía distinta de la ordinaria y también más breve.</p> <p>Todo en razón de que la pena máxima en el caso de homicidio culposo por infracción del deber objetivo de cuidado no debe exceder de 5 años.</p>
--	---

Elaborado por: María José Chuquimarca Campoverde, 2020

Tabla 19 Delito de lesiones como pretensión adicional en el caso de homicidio por mala práctica médica.

Objetivo Específico: Describir un supuesto de mala práctica médica con sus implicaciones legales en función del deber objetivo del cuidado.			
Categoría	Subcategoría	Unidad de Análisis	Análisis de los resultados
Análisis de caso	Homicidio por mala práctica médica	Delito de lesiones	El delito de lesiones está contemplado en el artículo 152 del COIP y es uno de los tipos de los

	<p>delitos cometidos contra la integridad personal. En sus numerales hay varias formas de lesiones, pero todas, por disposición del legislador, pueden estar vinculadas al incumplimiento del deber objetivo de cuidado y en consecuencia, tienen una pena relacionada con la disposición del artículo 146 del deber objetivo de cuidado. La lesión causada dicha infracción, deberá sancionarse con pena privativa de libertad de una cuarta parte de la pena mínima prevista tanto para la forma simple como para la calificada en el caso de homicidio culposo.</p>
--	--

Elaborado por: María José Chuquimarca Campoverde, 2020

Tabla 20 Responsabilidad civil y administrativa en el caso de la mala práctica médica

Objetivo Específico: Describir un supuesto de mala práctica médica con sus implicaciones legales en función del deber objetivo del cuidado.			
Categoría	Subcategoría	Unidad de Análisis	Análisis de los resultados
Análisis de caso	Homicidio por mala práctica médica	Responsabilidad civil	Las responsabilidades jurídicas que también puede exigirse a los profesionales médicos
		Responsabilidad administrativa	

	<p>involucrados en un caso penal por homicidio culposo por inobservancia del deber objetivo de cuidado son la civil y la administrativa.</p> <p>La civil puede ser de dos tipos, la civil contractual y la civil extracontractual. La civil contractual, es aquella derivada del acuerdo entre paciente y médico sobre los servicios que este puede prestar para mejorar la salud o el estado físico, psíquico, orgánico o anatómico del paciente.</p> <p>La extracontractual está referida a la necesidad del indiciado de responder a un tercero que se ha involucrado de manera directa con el caso, cuando este se encuentra dañado</p>
--	---

Elaborado por: María José Chuquimarca Campoverde, 2020

3.1 Posible planteamiento a modo de propuesta sobre el tema

Se propone a la Asamblea Nacional reorganizar el proyecto del Código Orgánico de la Salud para reducir las amplitudes de interpretación que contiene sobre lo que no se considerarán faltas administrativas, ya que cuando la muerte provenga de circunstancias derivadas del curso natural de la enfermedad o condición de salud, el código plantea la exoneración de responsabilidad y como se ha dicho, el “curso natural” de toda vida es la muerte. Esto podría hacer ineficaces las regulaciones sobre el homicidio culposo por mala práctica médica y esto, debe evitarse en favor de la justicia.

El objetivo amparado en los principios constitucionales, sería el de conseguir una mejora en el sistema procesal a partir de posibles modificaciones estructurales y de fondo al proyecto contemplado en discernir los aspectos jurídicos en temas de salud, ya que como se ha evidenciado en el desarrollo de este estudio investigativo existen varias deficiencias dentro de lo que regula al deber objetivo de cuidado y sus respectivas infracciones desarrolladas en el ordenamiento jurídico vigente, si a esto sumamos las posibles exoneraciones planteadas por posible “muerte natural” o complicaciones derivadas de esto, estaríamos eximiendo la culpa, haciendo caso omiso a lo establecido con relación a homicidio culposo.

Por tanto, la posible aprobación de un proyecto, debería contar con el respectivo estudio que contemple todos los escenarios posibles, es evidente que, por esas omisiones, varios cuerpos normativos cuentan con deficiencias que provocan vacíos legales al momento de interpretar la norma, en el “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.

(Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

El artículo antes mencionado indica que ninguna norma jurídica podrá restringir los derechos, por cuanto al ejercer la aplicación de la misma debe existir certeza de que dicha norma no afecta los derechos de terceras personas por cuanto la responsabilidad relacionada con el deber objetivo de cuidado, debería ser puesta con mayor relevancia a la hora de implementar una nueva normativa relacionada con la mala praxis médica.

Aledaño a esto es necesario que los legisladores tomen en cuenta la posibilidad de previa aprobación de dicho cuerpo normativo, se efectuó una comisión compuesta por especialistas en el tema de salud, derecho penal, derechos humanos y derecho procesal, con esto se podría asegurar que, en base a los conocimientos de profesionales en estas áreas, la normativa quedaría sustentada de mejor manera.

Por ningún motivo se pretende quitar sus funciones a los legisladores en la elaboración de estos cuerpos normativos, sin embargo, el desarrollo de este Código debería contar con todos los cuidados debidos, para evitar que casos como el expuesto en esta tesis, de la señorita Michelle queden impunes por una mala

aplicación de la normativa que exima de culpas a responsables que vulneran el deber objetivo de cuidado.

CONCLUSIONES

El tratamiento que el ordenamiento jurídico ecuatoriano da al deber objetivo de cuidado se encuentra concentrado en una disposición constitucional, una disposición del Código Orgánico Integral Penal y algunos cuerpos legislativos como es la Ley Orgánica de la Salud aún vigente. De la identificación de este y con la revisión documental de la doctrina se concluye que el deber objetivo de cuidado y su tratamiento en la normativa legal vigente (COIP - Ley Orgánica de la Salud) y en la propuesta del Código Orgánico de Salud carece de una definición o delimitación completa que pueda garantizar una tutela judicial efectiva sobre la interpretación y determinación de un tipo penal ante una imputación sobrevenida por mala praxis médica.

Se trata de un tipo penal abierto que puede poner en peligro la efectivización de la justicia que deja a criterio subjetivo de los jueces la verificación de cumplimiento de las condiciones que el legislador establece, pudiendo presentarse desigualdades a la hora de juzgar y dada la delicada situación e importancia del ejercicio de la medicina, debería haber mejor desarrollo de esta normativa.

Se concluye que el proyecto de Código Orgánico de la Salud ha omitido el perfeccionamiento al cual podría tener alcance desde el punto de vista descriptivo de aplicación del deber de cuidado, indistintamente de la cobertura penal que corresponda en esa materia específica y que la Ley Orgánica de Salud hoy vigente es, si se quiere, más completa sobre el homicidio culposo por mala práctica médica.

Del análisis jurídico y doctrinario hecho sobre el deber objetivo de cuidado se concluye que existe una relación directa e insoslayable del mismo con el delito de homicidio culposo por mala práctica médica por lo que dada la importancia del derecho humano a la vida, esta figura jurídica debe aparecer en el ordenamiento con mayor detalle, limitaciones y alcances de aplicación e interpretación por cuanto la actual es insuficiente.

Ante el supuesto de mala práctica médica que nace del criterio del legislador penal, con sus implicaciones legales en función del deber objetivo del cuidado, se concluye que pueden exigirse responsabilidades penales, civiles y administrativas y que además pueden imputarse las consecuencias del delito de lesiones en las que el

legislador convierte en obligación de resultado la práctica médica. Esta posición no es compartida por la autora y se cree que debería mantenerse un solo criterio de imputación objetiva sobre una obligación de medios en todo el ordenamiento jurídico de manera uniforme.

Esta investigación ha logrado desarrollar un estudio analítico-descriptivo de valoración del deber objetivo de cuidado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, abarcando las precisiones jurídicas y conceptuales más importantes para la comunidad legal y científico académica como compendio de ayuda a futuros casos e investigaciones.

RECOMENDACIONES

Se sugiere a la Asamblea Nacional establecer en la ley un concepto claro de lo que debe ser el deber objetivo de cuidado de manera especial para la práctica médica, definirlo y delimitar cuáles acciones son las que responden a la expectativa social, tomando en cuenta el elemento de confianza en la relación médico-paciente.

Se recomienda a la Asamblea Nacional promover dentro de las leyes relativas a las ciencias de la salud, las obligaciones mejor conocidas de los médicos en el ejercicio de su profesión y trascender de las oraciones axiológicas contenidas en el juramento hipocrático.

Se sugiere a los legisladores separar al deber objetivo de cuidado de las modalidades o formas de la culpa con el objeto de hacer más claro el hecho cierto de que, aun cuando se observe estrictamente este deber, podría de igual forma la muerte del paciente, pero con exoneración de culpa.

Se recomienda a los legisladores, modificar el ordenamiento jurídico vigente a fin de conseguir una mejora en el área procesal, agilizando los tiempos de aplicación, previniendo la incorrecta interpretación normativa y estableciendo parámetros que contribuyan a que jueces, fiscales y demás funcionarios implicados en el área penal puedan dar una respuesta eficaz a temas relacionados con el deber objetivo de cuidado y su infracción.

Bibliografía

- Abanto Quevedo, M. L. (2001). La Culpa y sus modalidades. *Revista Jurídica Cajamarca*, 2(3). Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de <https://www.derechoycambiosocial.com/RJC/REVISTA3/culpa.htm>
- Asociación Médica Mundial. (27 de 12 de 1968). *Declaracion de Ginebra*. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de <https://www.wma.net/es/policies-post/declaracion-de-ginebra/>
- Cabanellas, G. (1997). *Diccionario enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta.
- Del Castillo, E. (2007). *La Imprudencia: autoría y participación*. España: Dykinson.
- Ecuador, Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República de Ecuador*. Quito: Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (2010). *Ley Organica de Educacion Superior*. Quito: Registro Oficial Suplemento 298 de 12-oct.-2010.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito, Ecuador: Registro Oficial N° 180 del 10 de febrero de 2014.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (25 de Agosto de 2020). *Proyecto de Código Orgánico de Salud*. Quito, Pichincha, Ecuador: Memorando Nro. AN-CDS-2020-0081-M, Sesión del Pleno Nro. 592.
- Ecuador, Congreso Nacional. (2006). *Ley Orgánica de Salud*. Quito: Registro Oficial Suplemento 423 de 22-dic.-2006.
- Ecuador. Ministerio de Salud Publica. (6 de junio de 2017). *Directrices para el ejercicio de las profesiones de la salud*. Recuperado el 03 de diciembre de 2020, de Registro Oficial N° 8 : <https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2018-10/Acuerdo%20Ministerial%2064%20Registro%20Oficial%208%20de%2006-jun.-2017.pdf>

- Fontan Balestra, C. (1998). *Derecho Penal (Introducción y Parte general)*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Freire Guffante, C. A. (2018). *Imprudencia, impericia y negligencia. Responsabilidad penal, civil y administrativa del profesional médico*. Quito, Pichincha, Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. D. (2014). *Metodología de la Investigación*. Mexico D.F.: McGraw-Hill.
- Hurtado Pozo, J. (1987). *Manual de Derecho Penal*. Lima: Eddili.
- Jiménez de Asúa, L. (2019). *Derecho penal, República, Exilio*. Madrid: Dykinson.
- Limaylla Vega, G. M. (. de 2017). *La mala praxis médica y la obligación del médico de informar a la paciente de su estado de salud*. Perú: Universidad Norbert Wiener de Perú.
- Lombana Villalba, J. (2007). *Derecho penal y responsabilidad médica*. Rosario, Argentina: Universidad de Rosario.
- Molina Betancur, C. M., & Ramírez Gómez, A. A. (2006). El concepto de actividad peligrosa en el derecho administrativo colombiano. *Revista Opinión Jurídica.*, 5(9), 103-124. Recuperado el 22 de octubre de 2020, de <https://core.ac.uk/download/pdf/51195951.pdf>
- Muñoz Conde, F. (1999). *Teoría General del Delito, reimpresión de la segunda edición*. Bogotá: Temis Obras Jurídicas S.A. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/06_mu%C3%91oz_conde_t_del_delito.pdf
- Real Academia Española. (2020). *Diccionario de la Real Academia Española RAE*. Recuperado el 26 de 12 de 2020, de <https://dle.rae.es/necesario>
- Romero Pérez, J. (2014). Apuntes sobre la mala praxis médica. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 1(135), 107-122. Recuperado el 02 de diciembre de 2020, de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34281.pdf>

- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General, Fundamentos la estructura de la teoría del delito*. España: Civitas.
- Rozo Sordini, P. E. (1999). Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el derecho italiano. *Revista de Derecho Privado*, 1(4), 139-150. Recuperado el 22 de octubre de 2020, de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3253588.pdf>
- Tapia Rodríguez, M. (2003). Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales. *Revista de Derecho*, 15(2), 75-111. Recuperado el 22 de septiembre de 2020, de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502003000200004>
- Valencia Zea, A., & Ortiz Monsalve, Á. (1985). *Derecho civil - Tomo I. Parte general y personas*. Colombia: Temis S. A.
- Vallejo Jiménez, G. A. (2010). Aproximación al concepto de imprudencia. *Nuevo Derecho*, 5(6), 29-37. Recuperado el 23 de diciembre de 2020, de <http://revistas.iue.edu.co/revistas/iue/index.php/nuevoderecho/article/view/260>
- Vargas Villagran, D. A. (2017). *Lo peligroso, ilegítimo e innecesario en la tipificación del delito de la mala práctica profesional en el caso de los médicos según el Código Orgánico Integral Penal*. Quito, Pichincha, Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Vera Loor , J. N., & Paucar Cujilema , C. L. (2005). *Consecuencias jurídicas de la mala práctica médica frente al deber objetivo de cuidado dentro del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador*. Quito, Pichincha, Ecuador: Universidad Central del Ecuador.