



UNIVERSIDAD POLITÉCNICA SALESIANA

SEDE CUENCA

CARRERA DE DERECHO

CONFIGURACIÓN DE LA VIOLACIÓN AL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO EN CASO
DE HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA MÉDICA A LA LUZ DEL ART. 146
DEL COIP: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL PROCESO 01283-2019-14403G

Trabajo de titulación previo a la obtención del
título de Abogado/a

AUTORES: CHRISTIAN DAVID MONTALEZA QUIZHPE

PAULA MARTINA NIVELLO MORALES

TUTOR: DR. LUIS ANDRÉS PEÑAFIEL CORDERO

Cuenca - Ecuador

2025

CERTIFICADO DE RESPONSABILIDAD Y AUTORÍA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Nosotros, Christian David Montaleza Quizhpe con documento de identificación N° 0105389456 y Paula Martina Niveló Morales con documento de identificación N° 0105703219; manifestamos que:

Somos los autores y responsables del presente trabajo; y, autorizamos a que sin fines de lucro la Universidad Politécnica Salesiana pueda usar, difundir, reproducir o publicar de manera total o parcial el presente trabajo de titulación.

Cuenca, 20 de junio del 2025

Atentamente,



Christian David Montaleza Quizhpe

0105389456



Paula Martina Niveló Morales

0105703219

**CERTIFICADO DE CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR DEL TRABAJO DE
TITULACIÓN A LA UNIVERSIDAD POLITÉCNICA SALESIANA**

Nosotros, Nosotros, Christian David Montaleza Quizhpe con documento de identificación N° 0105389456 y Paula Martina Niveló Morales con documento de identificación N° 0105703219, expresamos nuestra voluntad y por medio del presente documento cedemos a la Universidad Politécnica Salesiana la titularidad sobre los derechos patrimoniales en virtud de que somos autores del Análisis de caso: “Configuración de la violación al deber objetivo de cuidado en caso de homicidio culposo por mala práctica médica a la luz del art. 146 del COIP: análisis de la sentencia del proceso 01283-2019-14403G”, el cual ha sido desarrollado para optar por el título de: Abogado/a, en la Universidad Politécnica Salesiana, quedando la Universidad facultada para ejercer plenamente los derechos cedidos anteriormente.

En concordancia con lo manifestado, suscribimos este documento en el momento que hacemos la entrega del trabajo final en formato digital a la Biblioteca de la Universidad Politécnica Salesiana.

Cuenca, 20 de junio del 2025

Atentamente,



Christian David Montaleza Quizhpe

0105389456



Paula Martina Niveló Morales

0105703219

CERTIFICADO DE DIRECCIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Yo, Luis Andrés Peñafiel Cordero con documento de identidad N° 0104807888, docente de la Universidad Politécnica Salesiana, declaro que bajo mi tutoría fue desarrollado el trabajo de titulación: CONFIGURACIÓN DE LA VIOLACIÓN AL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO EN CASO DE HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA MÉDICA A LA LUZ DEL ART. 146 DEL COIP: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL PROCESO 01283-2019-14403G, realizado por Nosotros, Christian David Montaleza Quizhpe con documento de identificación N° 0105389456 y por Paula Martina Niveló Morales con documento de identificación N° 0105703219, obteniendo como resultado final el trabajo de titulación bajo la opción Análisis de caso que cumple con todos los requisitos determinados por la Universidad Politécnica Salesiana.

Cuenca, 20 de junio de 2025

Atentamente,



Dr. Luis Andrés Peñafiel Cordero, Mgtr.

0104807888

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mis padres, Galo y Alexandra. Su amor incondicional y constante apoyo han sido el pilar fundamental que me ha permitido alcanzar este logro.

Christian David Montaleza Quizhpe

Este trabajo lo dedico en parte a Emanuel y María Fernanda, quienes han sido las personas que han trabajado duro y me han apoyado para que hoy haya llegado aquí, este logro es suyo... Por último, dedico este trabajo y le extiendo las gracias a Dios, por haber sido mi guía, mi Padre y mi fuerza en este camino. Y por enseñarme que, estando con Él, ya estoy en el lugar más alto.

Paula Martina Niveló Morales

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mis abuelos, Mercy, Norma, Manuel y Patricio por su apoyo en mi preparación académica y en muchos ámbitos, los quiero mucho. También agradezco a Sebastián por ser ese apoyo en este camino y ese compañero de equipo con el que me complemento y con el que Dios mediante, compartiré el resto de mi vida. Agradezco a mis amigos del Grupo 3, gracias por cada risa, por escucharme y darme la oportunidad de escucharlos. Será un honor poder llamarlos colegas, pero mucho más llamarlos amigos. Agradezco a Paolita por ser mi compañera y mi mentora en este mundo del Derecho, pero más que nada, por ser mi amiga. Gracias también Lu, porque iniciamos este camino juntas, y es bueno saber que todavía coincidimos en él.

Paula Martina Niveló Morales

Quiero agradecer profundamente a mi madre Alexandra, a mi padre Galo, a mi hermano mayor Adrián, a mi hermano menor Sebastián, a mi cuñada Mayra y a mi sobrino Eduardo. Cada uno de ustedes ha sido un pilar fundamental en mi vida, apoyándome incondicionalmente en cada uno de mis sueños y proyectos. Gracias por estar siempre ahí, por creer en mí y por acompañarme en esta hermosa aventura. También agradezco a Dios, quien ha sido mi guía, mi paz y mi fortaleza en los días más oscuros y difíciles. Gracias, los amo con todo mi corazón.

Christian David Montaleza Quizhpe

RESUMEN

La violación al deber objetivo de cuidado se configura con la concurrencia de los cuatro numerales que establece el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, y a luz de la sentencia no. 01283-2019-14403G se analizará si basados en la prueba presentada, el Tribunal de Garantías Penales con Sede en el Cantón Cuenca profundizó acerca de la configuración de este elemento, relevante para que se declare la responsabilidad al infringir el delito de “Homicidio culposo por mala práctica profesional”, tomando en cuenta la hipótesis de las partes procesales, el análisis y definición de cada presupuesto del art. 146 y contrastando la valoración probatoria que se realizó en este proceso.

Palabras clave: Mala práctica médica, deber objetivo de cuidado, *lex artis*, imputación objetiva, nexo causal, *in dubio pro reo*, impericia, negligencia, imprudencia

ABSTRACT

The violation of the objective duty of care is established through the concurrence of the four items set out in Article 146 of “*Código Orgánico Integral Penal*” (COIP). In light of judgment No. 01283-2019-14403G, this study analyzes whether, based on the evidence presented, the “*Tribunal de Garantías Penales con Sede en el Cantón Cuenca*” thoroughly examined the configuration of this element, which is essential to declare culpability for the offense of “*Homicidio culposo por mala práctica profesional*.” The analysis takes into account the hypotheses of the procedural parties, the interpretation and definition of each requirement of Article 146, and contrasts the evidentiary assessment made during the trial.

Keywords: Medical malpractice, objective duty of care, *lex artis*, objective imputation, causal link, *in dubio pro reo*, lack of expertise, negligence, recklessness

ÍNDICE DE CONTENIDO

CERTIFICADO DE CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN A LA UNIVERSIDAD POLITÉCNICA SALESIANA.....	3
AGRADECIMIENTO	6
RESUMEN.....	7
ABSTRACT.....	8
Problema de estudio	11
Estado del arte.....	11
Homicidio por mala práctica médica	12
Deber objetivo de cuidado	14
Metodología	19
Descripción de la Situación	20
Hipótesis de Fiscalía	21
Hipótesis de la Acusación Particular.....	23
Hipótesis de la Defensa del Procesado	24
Capítulo II: Presupuestos del Art. 146 del COIP: Regulación de la responsabilidad penal por homicidio culposo en el ejercicio de la profesión.....	29
1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado: 32	
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.	33
¿Qué es la lex artis y bajo qué criterios se establece?.....	33
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.....	36
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.....	38
Capítulo III: Contrastar la valoración probatoria de la sentencia del proceso Nro. 01283-2019-14403G de acuerdo a la concurrencia de los presupuestos que constituyen el homicidio culposo por mala práctica profesional.	38
¿Por qué la importancia de examinar la cronología en caso de una mala práctica profesional?	40
Análisis de la valoración probatoria en cuanto el numeral 1, del art. 146 del COIP	42
Contrastación probatoria en el numeral 2 del art. 146 del COIP: La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.....	43
Análisis judicial sobre si debía o no llevarse a cabo la cirugía.....	43

La necesidad de la intervención quirúrgica	43
Pertinencia de realizar la operación cuando la paciente estaba atravesando un cuadro infeccioso.....	45
Consentimiento Informado	46
Contrastación probatoria en el numeral 1 del art. 146 del COIP: El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.....	48
Falta de terna especializada en la audiencia de juicio.....	52
Conclusiones	53
Cronogramas y actividades.....	56
Referencias bibliográficas	57

Problema de estudio

Concurrencia de acciones para la configuración de la violación del deber objetivo de cuidado en casos de mala práctica médica ¿Existió violación al deber objetivo del cuidado y de acuerdo a la *lex artis* de parte del procesado, tomando en cuenta la concurrencia de los numerales del art. 146 del COIP que darían como resultado un homicidio culposo agravado, y a la luz de la prueba presentada?

Estado del arte

La mala práctica médica, en la mayoría de los casos, suele incurrir en consecuencias irreparables. En Ecuador, este tema ha tomado más relevancia debido al aumento de casos de negligencia médica, y las consecuencias de las mismas. De forma general, existen ciertos aspectos que se revisan cuando se presentan este tipo de casos, tales como, la actuación dolosa o culpable, el nexo causal y en el caso ecuatoriano, la concurrencia de los cuatro numerales del art. 146 del COIP.

Muchos de los casos que se han presentado dentro de la realidad ecuatoriana, se han dado principalmente por un diagnóstico incorrecto, la administración errónea de medicamentos e incluso la falta de atención adecuada y oportuna de parte del personal médico. Como se mencionó al inicio, este tipo de acciones trae consigo graves consecuencias psicológicas y físicas tanto para la víctima como para terceros, tales como la pérdida de un ser querido, discapacidad, disminución de funciones orgánicas, daños irreversibles en la salud, entre otros.

Partiendo de esta aclaración, se analizará la Sentencia No. 01283-2019-14403G la cual gira en torno a una presunta negligencia médica. Para esto, se iniciará desde una

conceptualización base con el fin de entender de mejor manera cada uno de los aspectos dentro de la misma.

Homicidio por mala práctica médica

El homicidio es la acción de matar a una persona. Es un acto ilícito que atenta contra el derecho fundamental a la vida, protegido en la mayoría de las constituciones y declaraciones de derechos humanos a nivel internacional. El homicidio puede ser cometido con diferentes grados de intencionalidad, desde el dolo (intención de matar) hasta la culpa (falta de cuidado o negligencia).

El Código Orgánico Integral Penal en su art. 27 define la actuación con culpa lo siguiente: “Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código” (Código Orgánico Integral Penal, 2021, Art. 27)

En este caso, la mala práctica se podría considerar como un tipo de homicidio sui generis. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal lo describe como “homicidio culposo por mala práctica profesional”, llegando a la conclusión de que la mala práctica profesional médica se subsume a la categoría de homicidios culposos, a pesar de que el tipo penal no se refiere específicamente a “homicidio por mala práctica médica”, sino profesional, ampliando más aún su delimitación. Cabe destacar que como tal el Código Orgánico Integral Penal tipifica o sanciona la mala práctica profesional siempre y cuando se dé como consecuencia la muerte de la persona.

La Constitución de la República, en su artículo 54, inciso segundo, 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” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 54).

Ahora bien, Mantilla (2024) en su artículo “Homicidio culposo por mala práctica médica en el Ecuador” señala que:

“La mala práctica médica, también conocida como negligencia médica, se refiere a cualquier acción u omisión por parte del galeno que se encuentra alejado a la estandarización legalmente aceptada de la profesión a la cual se debe y que a través de esta dudosa práctica podría ocasionar daños irreversibles al paciente”
(p.5)

Este tipo penal se implementó como tal en el año 2014 con la implementación del nuevo Código Integral Penal, el cual entró en vigencia el 10 de agosto del año 2014 en conjunto con la Resolución No. 01-2014 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 246 del 15 de mayo del 2014, el cual tuvo como objetivo aclarar el alcance del art.146 del COIP, mismo que como se dicho en líneas anteriores, se refiere a mentado tipo penal.

A propósito de la mención de la Resolución No. 01-2014 expedida por la Corte Nacional de Justicia, es este mismo ente el cual manifiesta que:

“Que la norma transcrita (refiriéndose al art. 146 del COIP) , en el inciso primero tipifica el homicidio culposo simple por mala práctica profesional, el que se configura por la infracción al deber objetivo de cuidado conforme al inciso final del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal; en tanto que, el inciso tercero tipifica la figura de homicidio culposo calificado o agravado, en el que, a más de la infracción al deber objetivo de cuidado, deben concurrir “acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas” (Corte Nacional, Resolución No.01-2014)

Deber objetivo de cuidado

En los conceptos mencionados anteriormente, tanto dogmáticos como de norma, se repite reiteradas veces **el deber objetivo de cuidado**, término que está relacionado íntimamente con el homicidio culposo por mala práctica profesional, ya que la misma norma nos advierte que la violación del deber objetivo del cuidado correspondido que tenga como consecuencia un resultado dañoso, configura la culpa.

La Corte Nacional, en la sentencia de casación No. 184-2015 indica lo siguiente referente al deber objetivo de cuidado:

“Es la obligación de todas y todos de actuar prestando el cuidado suficiente para prevenir y evitar la lesión, o en su caso para evitar poner en peligro bienes jurídicos; y, presenta una doble dimensión: normativa y conductual, la transgresión a este deber es el elemento que permite configurar la culpa y sancionar quien resulta culpable” (Corte Nacional, Sentencia 184-2015, pág. 13)

Es esta misma Corte la cual distingue dos posiciones con respecto al deber objetivo de cuidado, cuando por un lado tenemos a: Deber de cuidado interno o intelectual (culpa inconsciente), que se refiere al deber que se le otorga a quien corresponda para prevenir y visualizar la existencia de un peligro que puede poner en riesgo cierto bien jurídico protegido. Por otro lado, se establece una segunda categoría: Deber de cuidado externo (culpa consciente), la cual consiste en que el sujeto actúe cumpliendo ciertas pautas para evitar la lesión del bien jurídico protegido. Se brindan tres deberes específicos para que se dé como resultado un cumplimiento favorable a este punto:

1. Deber de omitir acciones peligrosas.
2. Deber de preparación e información previa.
3. Deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas.

En el caso de una mala práctica médica, la conducta del sujeto puede constituir una violación al deber objetivo del cuidado ya sea con culpa inconsciente o con culpa consciente al no respetar la concurrencia de los tres deberes que deben realizarse para la garantía del bien jurídico protegido que en este caso sería la vida a la luz de los que reza el art. 146 del COIP.

Ahora bien, para poder seguir con el análisis, es necesario tocar los temas en relación al artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, el cual nos dice lo siguiente:

“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” (Código Orgánico Integral Penal, 2021, Art. 146)

En este sentido, cuando hablamos del primer numeral, en relación a “La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado” tenemos a autores como Serrano quien resalta que, el hecho de que exista un resultado adverso al que se esperaba desde el punto de vista médico, no significa que existe una infracción. El autor hace énfasis en evaluar la capacidad de prevención y el estándar de cuidado para determinar así una falta al deber objetivo de cuidado (Serrano, 2022). El autor también advierte que, se debe analizar el contexto y los hechos de cómo se puede llegar a dar el fallecimiento de una persona. El autor Serrano (2022), nos menciona que: “se deberán analizar el contexto y desarrollo de los hechos que concluyeron en el fallecimiento de un paciente y no solo el resultado, con especial observancia a las circunstancias concomitantes, conducta de terceros y estado de necesidad” (p. 4).

Siguiendo con el análisis, tomaremos el siguiente numeral, el cual nos menciona que “La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión”. Para autores como Castro, Moncayo y Ontaneda (2023) el *lex artis* se refiere a:

“Las reglas técnicas que debe emplear un profesional al ejercer sus actividades de acuerdo con el estado del conocimiento y de la ciencia. Es un estándar de conducta exigido a los profesionales que ejercen determinadas actividades con un nivel de tecnicismo superior al de otras. La existencia de una *lex artis* en una profesión implica un alto grado de especialización del profesional que la ejerce. Este concepto ha sido desarrollado, especialmente, respecto de la responsabilidad del médico. La observancia de la *lex artis* de parte de un profesional durante el ejercicio de sus actividades es relevante para determinar si se genera o no responsabilidad civil” (p. 139).

En este sentido, se puede determinar que, el *lex artis* o también denominado “Ley del arte u oficio” es un conjunto de reglas de carácter técnico al cual los profesionales deben regirse. Por ello, si existe algún tipo de inobservancia de dichas reglas, normativa, ordenanzas, manuales, etc, se podría decir que existe responsabilidad civil.

El numeral 3 no dice “El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas”. Como se puede observar, este numeral hace énfasis en el deber objetivo de cuidado, el cual, para autores como Albán (2011) se puede definir como:

“La forma en que una persona debe actuar para que un bien jurídico no resulte lesionado en una situación de riesgo. Y es un deber objetivo, porque es el ordenamiento jurídico el que determina cuál debe ser el comportamiento de la persona en la concreta situación de riesgo. Pero este deber no es idéntico para todas las personas, sino que tiene alcances distintos según sea la situación de cada persona, conforme lo señala también el Art. 27. La culpa, por tanto, consiste en la contradicción que se produce entre la forma en que la persona actuó en la situación concreta y aquella otra en que estuvo personalmente obligada a actuar para evitar la lesión del bien jurídico” (p. 147).

En este sentido, es muy importante resaltar que, hay que observar las circunstancias en las que se pueden dar ciertos resultados, tomando en cuenta que, existen ciertos tipos de riesgos permitidos y asumidos en el ejercicio de cierta actividad, y aún más en el campo médico. Como se mencionó anteriormente, el desconocimiento y la inobservancia de los profesionales frente a ciertas reglas o manuales, que ocasionen resultados lesivos, puede ser considerado como responsabilidad civil.

Por último, analizaremos el numeral 4, el cual menciona que “Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho”. Este numeral nos habla principalmente de que, cuando se examina un evento o una situación en donde hay responsabilidad, se debe considerar varios factores como: la diligencia, que se refiere al cuidado y atención que la persona involucrada puso en sus acciones; el grado de formación profesional, pues juega un papel importante en el área médica; las condiciones objetivas, es decir, el entorno; la previsibilidad ¿Se podía anticipar las consecuencias?; y por último, la evitabilidad ¿Se pudo haber evitado?. Estos aspectos deben ser analizados en conjunto, con el fin de tener un análisis completo sobre la responsabilidad de cierto profesional.

En conclusión, se podría afirmar que, la mala práctica médica en Ecuador, para poder configurarse, debe cumplir ciertos elementos en específico, además de considerar el contexto en el cual se dio el resultado. Se debe resaltar que, la jurisprudencia ecuatoriana, ha esclarecido en distintas ocasiones la interpretación del Art. 146 del Código Orgánico Integral Penal, en donde se ha podido resaltar que es importante analizar el contexto y desarrollo de los hechos, para determinar la responsabilidad del profesional de la salud. En Ecuador, la mala práctica médica se sanciona penalmente cuando ha existido negligencia, excesos de riesgos inherentes, vulneración del deber objetivo de cuidado y la *lex artis*.

Justificación

Actualmente, se ha visto un evidente crecimiento en denuncias y demandas civiles en torno a casos de presuntas malas prácticas médicas en Ecuador. Considerando que muchos de ellos han terminado en muerte, estas prácticas han llegado a constituir presuntos delitos que han afectado el bien jurídico de la vida.

A la luz del art. 1 de la Ley Orgánica de la Salud, se considera la efectividad al acceso al derecho a la salud, algo que también nos dicta el art. 32 de la Constitución de la República, donde se afirma que la salud está vinculada a demás derechos constitucionales. Concluyendo, por lo tanto, la rígida responsabilidad médica que cargan los profesionales de la salud.

Este análisis pretende contribuir a la literatura jurídica a luz de las causas pudieron configurar o no la conducta punible en el caso en concreto desde una perspectiva académica, tomando en cuenta la incidencia social y la influencia de la prensa local y nacional de la que fue objeto esta situación y donde no se otorgó una perspectiva jurídica clara y estructurada.

Metodología

El presente análisis de sentencia se basa en la metodología dogmática jurídica. El primer capítulo se enfocará en el análisis de los presupuestos establecidos en el Art. 146 del COIP, además de otras normativas como la Constitución de la República del Ecuador, la Ley Orgánica de Salud, etc. También se analizará jurisprudencia, doctrina y derecho comparado además de normas constitucionales y legales en relación al derecho a la salud en el Ecuador.

En el segundo capítulo, para contrastar la valoración probatoria de la sentencia del proceso Nro. 01283-2019-14403G de acuerdo a la concurrencia de los presupuestos que constituyen el homicidio culposo por mala práctica profesional, se realizará un análisis doctrinario, tomando distintas interpretaciones y criterios sobre la mala práctica médica a nivel latinoamericano y también dentro del marco jurídico ecuatoriano, con el fin de entender todo tipo de conceptos al respecto. Acerca de la jurisprudencia al respecto, se tomarán sentencias y resoluciones de relevancia en relación a la mala práctica profesional y donde se impute la inobservancia l deber objetivo de cuidado en demás casos en el Ecuador, tanto de primera y segunda instancia, como aquellas que hayan escalado a la Corte Nacional.

Objetivo General

Determinar los elementos que constituyen la mala práctica médica en el sistema jurídico ecuatoriano para establecer si en la sentencia Nro. 01283-2019-14403G se cumplieron todos los presupuestos establecidos en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal.

Objetivos Específicos

- Analizar los presupuestos del Art. 146 del COIP: La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado; la inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.
- Contrastar la valoración probatoria de la sentencia del proceso Nro. 01283-2019-14403G de acuerdo a la concurrencia de los presupuestos que constituyen el homicidio culposo por mala práctica profesional.

Fundamentación Teórica

Capítulo I: Descripción de la situación; Hipótesis de fiscalía; Hipótesis de acusadores particulares; Hipótesis de la persona procesada

Descripción de la Situación

El 15 de noviembre del 2019, Sofía Valentina Granda Mejía, de 8 años de edad, ingresó por emergencia al Hospital del Río, ya que presentaba un cuadro febril (Presencia de fiebre acompañada de otros síntomas). Al llegar, fue atendida por el Dr. Alfredo Fernández, quien pudo diagnosticar adenoamigdalitis acompañada de una insuficiencia respiratoria, lo que le provocaba la obstrucción del 70% de las vías respiratorias. Al día siguiente, el 18 de noviembre de 2019, se logró controlar la infección, sin embargo, se solicitó a la madre de Sofía Granda, que firmara un

consentimiento para que el Dr. Juan Pablo Arias pueda proceder con una intervención quirúrgica, ya que la obstrucción respiratoria persistía. Una vez que se firmó el consentimiento, el médico procedió a realizar una operación quirúrgica para extirpar las amígdalas y adenoides, mediante el uso de un instrumento médico llamada “Coblation”.

Mientras se llevaba a cabo la intervención quirúrgica, se presentó una hemorragia, por lo que el Dr. Arias al ver la situación, procedió a taponar la zona afectada mediante el uso de “Surgicell” que es una gasa hemostática diseñada para este tipo de situaciones. Cuando se logró controlar el sangrado, se solicitó la colaboración del Dr. Edgar Serrano, quien realizó una cervicotomía, es decir, una intervención quirúrgica que consiste en un tipo de ligadura de la carótida externa izquierda.

Una vez que concluyó la cirugía, la menor fue trasladada a la unidad de cuidados intensivos. Se emitió una nota de anestesiología la cual indicaba que la paciente se encontraba estable. Sin embargo, a las 23h00 del 18 de noviembre del 2019, la menor falleció.

Hipótesis de Fiscalía

La hipótesis que maneja fiscalía se centra en varios puntos importantes. Uno de ellos es que, la atención brindada a Sofía, fue negligente, imprudente y con impericia, ya que no se manejó de manera adecuada la hemorragia que se presentó durante la cirugía. De este modo, la pérdida de sangre produjo un shock hipovolémico lo que dañó varios órganos, en especial su cerebro. La fiscalía también mencionó que, la postura en donde se menciona que existía una arteria carótida aberrante es falsa, pues el perito Ángel Gutiérrez, experto en patología, en su testimonio manifestó que no existió un trayecto aberrante y que de igual manera existía un espacio de separación entre la amígdala y la zona que fue rescatada de 8mm. Es importante mencionar que este testimonio no fue refutado durante la audiencia, ya que los sujetos procesales mencionaron

que a pesar de que haya un error en el análisis, ellos no son especialistas para determinarlo.

Además, existe un análisis macroscópico realizado por el perito Agustín Navia, encargado de la autopsia médico legal de la víctima, quien en el testimonio manifestó que dentro de este análisis se determinó que había una separación de un centímetro de distancia entre el lecho amigdalario y la arteria seccionada.

Otro punto importante a considerar es que, según fiscalía, el Dr. Edgar Serrano manifestó en su testimonio que la amígdala ya había sido retirada cuando él llegó a realizar dicha intervención quirúrgica, sin embargo, la defensa del procesado mencionó que no se puede extraer una amígdala mientras exista sangrado.

Fiscalía también mencionó que, la paciente Sofía Granda, perdió alrededor de 2000 cm³ de sangre durante la hemorragia, lo cual, como se mencionó anteriormente, le provocó un shock hipovolémico lo que dañó varios órganos, en especial su cerebro. La fiscalía expuso la existencia de negligencia por parte del procesado debido a que, la hemorragia se dio a las 14h25, sin embargo, el Dr. Edgar Serrano, quien era el encargado de realizar la cervicotomía ingresó al quirófano a las 15h05, de modo que transcurrió demasiado tiempo como para poder controlar la situación.

Algo de suma importancia es que, el consentimiento informado, firmado por la madre de Sofía, la señora Nathaly Mejía, presentaba espacios en blanco además de determinar que existió manipulación de la historia clínica, ocultando la verdadera condición del estado de salud de la menor.

En base a estos argumentos, la fiscalía sostuvo que se infringió al deber objetivo de cuidado, pues, el Dr. Juan Pablo Arias ejecutó una intervención quirúrgica de forma negligente, imprudente y con impericia. Fiscalía asegura que la negligencia por parte del procesado se basa

en no haber prestado la debida atención a la paciente, pues la cervicotomía no se realizó de manera oportuna, ya que trascurrieron más de treinta minutos antes de la llegada del Dr. Edgar Serrano. Además, fiscalía sostiene que no se siguieron los criterios “Paradise” al autorizar la intervención quirúrgica, de modo que, si la paciente no hubiera sido operada, seguiría con vida.

Hipótesis de la Acusación Particular

La acusación particular establece tres puntos claves en su alegato de apertura:

- Alega negligencia en la ejecución del procedimiento médico al seccionar erróneamente la carótida izquierda y no controlar el sangrado de manera oportuna, desencadenando una pérdida de sangre de 1500 cm³. El fenómeno de pérdida excesiva de sangre se le conoce como shock hipovolémico, que médicamente se lo conceptualiza como una pérdida significativa de sangre, dando como resultado un déficit de oxígeno y nutrientes en los tejidos, que si no es tratado a tiempo, desata múltiples problemas orgánicos, que inclusive puede provocar la muerte.
- Se establece que la intervención quirúrgica era totalmente imprescindible, pues su cuerpo respondía a los antibióticos, habiendo una evolución en la salud de la menor. Lo que se subsume al inciso tercero del art. 146 del COIP, que reza lo siguiente:

“Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.”

- Engaño a los padres de la víctima, antes, durante y después de los hechos, lo que traería como resultado un consentimiento viciado por el dolo, figura plasmada en el inciso primero del art.1474, el cual señala:

“ El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado.”

Hipótesis de la Defensa del Procesado

La defensa señala que el día que Sofía G. es ingresada por emergencia en el Hospital del Río, es diagnosticada por Alfredo Fernández, especialista en neumólogo-pediatría, con adenoamigdalitis e insuficiencia respiratoria, con una obstrucción de sus vías respiratorias aéreas del 70%. Todo este cuadro se debía a una hipertrofia adenoamigdal, término médico que a continuación se detalla.

Empecemos por establecer que las amígdalas y los adenoides son órganos que son parte de la estructura anatómica llamada “anillo de Waldeyer”, teniendo como función principal la creación de anticuerpos encargados de combatir una gama de antígenos que el cuerpo los detecta como “dañinos”. Ambos órganos se encuentran ubicados en la nasofaringe que es el conducto mediante el cual se transporta el aire inhalado, por lo tanto, al existir una hipertrofia adenoamigdal, es más que evidente que existirá una seria obstrucción respiratoria.

(Mayorga, s.f), establece que, médicamente: “La HA (hipertrofia adenoamigdal) altera el flujo de aire nasal y, como resultado, se produce una serie de relaciones funcionalmente anormales entre maxilar y mandíbula”. Por lo tanto, fundados en la información anterior proporcionada por galenos expertos en el tema, se supondría acreditar el diagnóstico proporcionado por quien en su momento actuó como médico-pediatra de Sofía G.

Esta misma defensa empera en manifestar que, efectivamente se encontraba sucediendo una infección para lo cual se aplicó un tratamiento ante el cual se estaba desatando una respuesta favorable, ratificando por tanto, la teoría del caso de la acusación particular, que

sugiere que la intervención quirúrgica no era necesaria, “pues su cuerpo (el de Sofía G) respondía a los antibióticos” según se redacta en la sentencia.

Por otro lado, la defensa técnica argumenta que, esta no era una de los primeros ingresos de Sofía G, a distintos hospitales o clínicas, pues se registraban al menos 13 ingresos a distintas instituciones de salud y que fue tratada por 18 distintos profesionales de la salud del Hospital José Carrasco Arteaga, por cuadros similares a los que fue diagnosticada al momento de los hechos, con lo cual se pretende demostrar que la decisión de la intervención quirúrgica optada por los médicos tratantes no fue innecesaria, ni mucho menos, sino que, se trataba de una alternativa imprescindible para el manejo de la condición médica de la menor, porque una vez controlada la infección, el 70% de la vías respiratorias de la víctima seguían obstruidas debido a la condición ya diagnosticada, por lo cual tomaron la decisión de intervenir quirúrgicamente.

Adicionalmente, la defensa técnica, en contraposición con la acusación particular, afirma que la progenitora suscribe el consentimiento informado el 18 de noviembre del 2019 de manera voluntaria y con conocimiento real de la causa, un consentimiento libre de vicios de cualquier tipo, SOLICITANDO y AUTORIZANDO (palabras literales) la intervención quirúrgica, incluso MANIFESTANDO que conocía de la necesidad de la operación por los antecedentes médicos de la menor y que incluso por eso la menor se encontraba en ayunas, condición necesaria antes de cualquier intervención quirúrgica. Esta posición está totalmente alejada de la realidad que plasma la acusación particular, al afirmar que el consentimiento de parte de los tutores se obtuvo mediante engaños.

Así mismo, se manifiesta que se especificó la utilización del instrumento quirúrgico llamado *coblaitor*, por el menor riesgo que implicaba durante y en el post-operatorio.

“La coablación es un método único para administrar energía de radiofrecuencia al tejido blando para aplicaciones en otorrinolaringología.” (Baharudin, 2021)

Esta afirmación podemos basarla en el estudio realizada por Maleka Nursing Home, Bogra y Bangladesh ENT Hospital, Dhaka por 36 meses, donde se compara la reacción de doscientos pacientes, quienes fueron divididos en dos grupos, donde la intervención del primer grupo fue mediante disección anatómica común, y el segundo fue intervenido mediante la técnica quirúrgica coblaitor.

En este estudio se analizaron varios criterios como el dolor postoperatorio, pérdida de ml3 de sangre en el intraoperatorio, duración de la operación registrada en minutos, promedio de complicaciones, situación de la fosa amigdalara y tiempo de retorno a su dieta normal. Dentro de todos estos criterios, se visualiza que efectivamente, la técnica de coablación mostraba mejores resultados en los pacientes, tanto en la reacción intra como postoperatoria, así como, no se registró ninguna complicación o hemorragia, mientras que en la disección compun se registró un pequeño intervalo de tiempo de hemorragia.

Además, algunos autores en doctrina médica manifiestan que: “con base en la presente revisión, apoyamos la turbinoplastia con microdebridador como una de las técnicas recomendadas, pero hay evidencia reciente de que la tecnología de radiofrecuencia, particularmente la coablación, también puede ofrecer beneficios correspondientes. Ambas tienen evidencia sólida de ensayos clínicos y estudios que demuestran su eficacia y seguridad.” (Baharudin, 2021) . También, Singh (2020) indica que “tanto la MAT como la CAT resultaron igualmente eficaces para mejorar los síntomas nasales y lograr la reducción del tamaño de los cornetes en pacientes con hipertrofia de cornetes inferiores. Tanto la MAT como la CAT ofrecen

un alivio máximo en pacientes con hipertrofia de cornetes inferiores, eliminando el tejido blando hipertrofiado junto con el hueso cornete sin complicaciones.”

De cierta manera, estas afirmaciones y estudios emitidos por expertos médicos nos llevan a la conclusión de que la técnica quirúrgica por la cual se optó en su momento para tratar a la paciente, es acreditada con base científica, teniendo como resultado y hasta ahora, una actuación de acuerdo a la *lex artis* del galeno, lo cual podría no cuadrar con el numeral 2 del art. 146 del COIP, que se refiere a la inobservancia de *lex artis* aplicables a la profesión.

Siguiendo con la narración cronológica de los hechos, la defensa respectiva, establece que, al realizar la intervención quirúrgica con esta técnica, y al cortar en el punto coagulante empezó a existir abundante sangrado por una causa “totalmente imprevisible”, señala la defensa, que consiste en que la arteria carótida izquierda era aberrante, es decir que poseía una alteración anatómica que variaba completamente su posición original, y que no cumplía con la expectativa médica común del galeno.

Podemos preguntarnos, ¿por qué al médico cirujano no le fue posible prever este fenómeno? Partamos desde el punto de que una anomalía justamente consiste en algo fuera de lo llamado natural o común, y acompañemos esta afirmación de doctrina médica, como por ejemplo el informe de Rivacoba-Ibarra (2023), quien manifiesta que “la incidencia y prevalencia (de una arteria carótida aberrante) son significativamente bajas, la incidencia es del 0.2% y la prevalencia del 5 al 10% en la población mundial.” Es decir, estamos hablando de que encontrar un ser humano con esta condición tiene una posibilidad sumamente baja.

Continuando con su alegato, la defensa también manifestó que justamente se intentó controlar el sangrado mediante la aplicación de una gasa homeostática e intenta justificar el hecho de que no se operó cerrando la herida de manera inmediata porque no existía la orden de

parte de la especialista anesthesióloga, quien no emitió dicha orden sino hasta que el Dr. Edgar Serrano, encargado de realizar la cervicotomía (cerrar la herida estaba provocando el abundante sangrado), ya se encontraba en el quirófano.

Esta información se brinda con el objetivo de demostrar que la espera de los veinte minutos para cerrar la herida de Sofia G. no recaen sobre Juan Pablo A (el justiciable)., sino sobre cuestiones y protocolos médicos obligatorios que se debían seguir para tratar de resguardar la estabilidad médica de la paciente.

Por último, la mentada parte procesal establece cinco puntos clave en su alegato de apertura sobre su teoría del caso:

1. Que el diagnóstico primigenio establecido por el Dr. Fernández de Córdova fue acertado. Esto contradeciría el segundo punto relevante sobre lo innecesario de la intervención quirúrgica, debido a que si bien existía una respuesta positiva al tratamiento, la obstrucción respiratoria persistía, evitando un desarrollo integral en la salud de la menor.
2. Antecedentes médicos que demuestran una larga data de problemas respiratorios de la paciente, lo que reforzaría el diagnóstico del médico pediatra, así como la decisión de la intervención quirúrgica.
3. El tercer punto ratifica la necesidad de operación apoyado en los dos puntos anteriores.
4. Existió una variante anatómica aberrante, que inclusive no era la única variante anatómica.
5. Era una situación imposible de evitar y prever médicamente, debido a que, según alegato de la defensa, no existe protocolo médico en el mundo que hubiese podido detectar esta variante. Propone, así mismo, que el angio-tac (angio tomografía contrastada) era el

único procedimiento médico posible por el cual se podía detectar, y no se puede proceder con esta técnica hacia menores, sino solo en estrictas situaciones de patologías médicas.

En este contexto, lo que la defensa trata de aludir en el último punto es que, sin importar el sujeto que realizaba la intervención quirúrgica, el resultado hubiera sido el mismo, pues las circunstancias no fueron favorables para que la cirugía se diera a cabo de manera normal como con cualquier otro paciente, imposibilitando su prevención y ratificando la actuación del justiciable según la *lex artis* de su profesión.

Capítulo II: Presupuestos del Art. 146 del COIP: Regulación de la responsabilidad penal por homicidio culposo en el ejercicio de la profesión

El Art. 146 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), regula la responsabilidad penal por homicidio culposo cuando se ejerce una profesión, siendo en este caso la medicina. Este artículo busca principalmente proteger los derechos de los pacientes con el fin de que se garantice una buena práctica médica en cualquier ámbito. Es importante señalar que, este artículo no criminaliza de forma directa cuando ocurre una muerte dentro del ejercicio profesional, mas bien proporciona ciertos parámetros a tener en cuenta cuando existe una de estas situaciones.

Además, es importante mencionar que este artículo hace dos grandes diferenciaciones las cuales analizaremos a continuación. En un primer momento, menciona “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” (COIP, 2014). Dentro de esta primera parte del artículo, se menciona al “Deber Objetivo de Cuidado” el cual, dentro de casos relacionados con la mala práctica médica, sirve para delimitar la responsabilidad penal, pues para ello, se debe revisar el apego a normas, protocolos y estándares técnicos propios

de una profesión, en este caso, en la rama médica. Sin embargo, es un concepto que a día de hoy sigue causando incertidumbre jurídica, ya que los profesionales pueden enfrentar diferentes problemas penales a pesar de haber actuado conforme a su mejor juicio en situaciones complejas dentro del ejercicio de su profesión. Para Falcone (2018):

Es el deber de evitación de un riesgo no permitido se encuentra incluido en nociones dentro de la omisión y de la imprudencia, tal es el caso de los deberes de garantía y de las infracciones al deber de cuidado, lo cual conlleva necesariamente hablar de la no evitación de un riesgo que debía evitarse crear, lo que constituye un incumplimiento (p. 3)

En este sentido, se podría afirmar que, existe cierta ambigüedad en relación entre la omisión e imprudencia, ya que, en la práctica, es muy complejo poder aplicarlo, y menos cuando se habla de la imputación objetiva y subjetiva.

Para Ojeda y Guerrero (2003) la imputación objetiva puede ser vista como: “los criterios de contenido normativo a través de los cuales un resultado típico le es atribuible a una acción activa u omisiva” (p. 8). En este sentido, el autor nos dice que, este tipo de imputación requiere que el autor haya creado un riesgo que está desaprobado dentro del marco legal, el cual se realice en el resultado típico. Por su parte, cuando hablamos de imputación subjetiva, García (2005) nos dice: “El principio de culpabilidad exige la presencia de una imputación subjetiva, esto es, que el hecho haya sido cometido dolosa o culposamente, proscribiéndose toda forma de responsabilidad objetiva” (p. 128). En este sentido, el autor advierte que, el principio de culpabilidad exige que el hecho haya sido cometido dolosa o culposamente. Esta postura y enfoque, a pesar de que trata de proteger contra la arbitrariedad, asegurando proporcionalidad de la pena, ha enfrentado distintas críticas y matices, de este modo, la teoría de la imputación objetiva impone criterios normativos

para que se atribuyan resultados, los cuales, sin ser responsabilidad subjetiva, delimitan la imputación de la tipicidad.

Otro concepto del deber objetivo de cuidado, es el que plantea Marcos (2011) quien nos dice:

El deber de cuidado, es aquel que obliga al sujeto a poner en su actividad una atención suma a objeto de no dañar los bienes protegidos por el legislador, y la previsibilidad del resultado, establecido a partir de parámetros ordinarios o comunes, puesto que nadie puede responder por resultados imprevisibles. Existirá culpa por el solo hecho de que el sujeto activo haya ejecutado el acto prohibido o no haya realizado el ordenado por la ley o el reglamento, pues significa que omitió las medidas de prudencia o precaución necesarias para evitar un daño (p.1).

Bajo este criterio, el deber objetivo de cuidado se podría ver como la obligación que tienen los profesionales de actuar con la máxima atención con el fin de no dañar el bien jurídico protegido. Nos menciona que, se debe tener en cuenta la previsibilidad del resultado según los parámetros establecidos previamente.

Dentro del proceso No. 01283-2019-14403G, se discute en varias ocasiones el concepto del deber objetivo de cuidado, mencionando la excesiva forma técnica y normativa para aplicar dicho criterio, dejando un análisis más profundo sobre las circunstancias de cada caso. Aunque la sentencia si da una distinción acerca de que la mera producción del resultado (La muerte de la menor de edad) no es suficiente para poder configurar una falta al deber objetivo de cuidado, si menciona que se omitió la exploración más profunda del riesgo inherente en procedimientos médicos especiales. Esto resulta ser importante, pues, procedimientos como una amigdalectomía, tienen un algo riesgo, los cuales, si bien deben ser manejados con el mayor cuidado, no puede ser

visto como una falta al deber objetivo del cuidado, especialmente si se cumplen protocolos y parámetros establecidos previamente.

Ahora bien, la primera parte del artículo, como ya se revisó, tiene un enfoque relacionado con el deber objetivo de cuidado, sin embargo, la segunda parte también trata temas muy relevantes. El Art. 146 del COIP también nos menciona que: “Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas”. Muchos juristas consideran que este fragmento del Art. 146 ha generado discusión dentro del campo jurídico del Ecuador, ya que, se considera que tiene una redacción ambigua y el uso incorrecto de términos médicos dificultan la identificación del tipo penal, dando como consecuencia la criminalización del profesional.

Debido a ello, se enfatizó ciertos parámetros que se deben cumplir para que se determine la infracción:

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

Este presupuesto nos dice en términos generales que, no basta con que haya ocurrido la muerte de un paciente para afirmar automáticamente que el médico actuó de forma negligente o irresponsable. Este presupuesto busca que no exista criminalización de los profesionales de la salud, ya que para realizar una acusación se deben analizar otros factores como la violación al Lex Artis, guías, protocolos, además de detectar si se cumplió o no el deber objetivo de cuidado. En este sentido, la producción del resultado es insuficiente para afirmar que existe una infracción penal si no se ha vulnerado el deber objetivo de cuidado. El nexo físico no basta, debe probarse que ha existido la violación de normas de cuidado (Espinoza, 2017).

Es así que, la sentencia No. 01283-2019-14403G, refleja que ha existido previamente un enfoque riguroso y con fundamentos en relación a los principios de la responsabilidad penal en la rama médica. En este sentido, se destacó que la simple ocurrencia de la muerte no puede constituir por si sola, un indicio suficiente para que se pueda atribuir responsabilidad por mala práctica médica. Este criterio es de suma relevancia para evitar, como se mencionó anteriormente, la criminalización injustificada de los profesionales de la salud. Dentro de la sentencia, si bien se logró enfatizar correctamente la necesidad de probar la violación a normas específicas, se determinó también un exceso de evaluación técnica especializada como también la complejidad de la rama de la medicina. Cuando esto sucede, puede desencadenar que, exista una dificultad para obtener una decisión judicial clara ante pruebas que son ambiguas, empujando de este modo, la rigurosidad que se mencionó anteriormente, ya que será necesario obtener una evidencia muy sólida que refleje el incumplimiento de protocolos y normas. La sentencia da una interpretación estricta con respecto al nexo causal, de modo que se centra la responsabilidad en la vulneración explícita del deber objetivo de cuidado, dejando de lado el contexto clínico, complejidad y circunstancias excepcionales.

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

¿Qué es la lex artis y bajo qué criterios se establece?

Parafraseando a Seoane, J (2022), la lex artis es el conjunto de parámetros que se emplea en el contexto legal, ya sea de la rama penal o civil, para poder determinar la responsabilidad del profesional para, ya sea, la determinación del deber objetivo de cuidado o la imputación objetiva de responsabilidad civil médica, hablando en un contexto de la salud propiamente. En base a este criterio, se puede dilucidar que para determinar falta del deber objetivo de cuidado como

profesional, tuvo que haberse inobservado criterios propios y protocolos relevantes anclados a la comunidad profesional, que en el caso respectivo se trataría de la comunidad médica.

Ecuador, al igual que otros Estados, como es el caso de español, no poseen una norma única que regulé los parámetros mediante los cuales un profesional de la salud debe actuar en cada situación que se le presente. En el caso de España, al emitir la Ley General de la Salud, en su artículo 88 reza que: “*Se reconoce el derecho al ejercicio libre de las profesiones sanitarias, de acuerdo con lo establecido en los artículos 35 y 36 de la Constitución*”, manifestando una autonomía en las decisiones del personal de la salud. En el caso de Ecuador, la normativa que regula temas de salud a más de las garantías proporcionadas en la Constitución, es la Ley Orgánica de Salud, norma que, evidentemente no establece parámetro para cada decisión médica de los galenos ecuatorianos, porque esto es imposible, se escarpia coartando la autonomía del profesional y su libertad de ejercicio.

Por tanto, los Jueces, al tener que analizar si se observó la *lex artis* del profesional médico, lo hacen en base al criterio de testigos técnicos de cargo y descargo, así como peritos acreditados que manejen el tema, para formarse una razón sobre los hechos, en base únicamente a la sana crítica que se establece en base a la prueba pericial, testimonial, documental y en parte a la literatura médica, donde esta última demandaría temas de investigación para los Jueces y profesionales del Derecho, entrando este caso, dentro de las características descritas en el presente párrafo.

La inobservancia de normas, leyes, reglamentos, manuales y la Lex Artis, puede afectar la legitimidad de los profesionales de la salud gravemente. Generalmente, esta inobservancia se da por problemas éticos, jurídicos y sociales. Puede llegar a afectar directamente la confianza en instituciones médicas e incluso en el propio sistema de salud, sin embargo, lo más grave de esta inobservancia es el daño que se puede producir al bien jurídico protegido, en este caso, la vida e

integridad de las personas. La Lex Artis es el conjunto de todas las reglas técnicas y éticas que orientan la conducta médica, y que, si existe violación del mismo, dando como resultado la producción de un resultado lesivo al bien jurídico protegido, puede generar responsabilidad penal (López, 2017). Para autores como Fuente Del Campo y Ríos (2018) el Lex Artis:

[...] es entendida como el criterio de la correcta realización de un acto médico concreto, que es o será ejecutado por el profesional de la Medicina tomando en cuenta las características especiales de quien lo realiza, la complejidad y trascendencia vital del acto, así como factores endógenos, estado y participación del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica convencional requerida (p. 127).

Este criterio menciona que la Lex Artis se puede entender como el conjunto de criterios adecuados para llevar a cabo un procedimiento médico, en el cual se considera ciertas características del profesional, la complejidad del proceso y otros factores como el estado del paciente.

Bajo esta misma línea, la Ley Orgánica de Salud, en su artículo 202 nos menciona 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 (Ley Orgánica de Salud, 2006).

Bajo estos parámetros, al juzgador es a quien le corresponde determinar en cada caso en concreto si el profesional de la salud ha cumplido las normas previstas o si su actuación ha sido negligente, imprudente y con impericia. También deberá determinar si existe una relación causal entre la conducta (negligente, imprudente o imperita) y el resultado que se ha producido.

En la sentencia Nro. 01283-2019-14403G, existe una inclinación con respecto a la necesidad de demostrar violación explícita de normas y culpa (Negligencia, imprudencia e impericia). Sin embargo, se pudo haber abordado con mayor profundidad la valoración del contexto clínico como también las circunstancias especiales que estuvieron alrededor del acto médico. Además, se pudo haber reconocido que, en ciertos escenarios, hay mayor dificultad para demostrar que existe violación específica, entendiendo desde otra perspectiva la complejidad del acto médico como también las circunstancias de la actuación profesional.

Un punto importante que se debe mencionar es la rigidez de la interpretación del criterio casual, pues en varios casos, la producción del daño pudo haberse dado por distintos factores y no solamente por no seguir lo establecido en la *Lex Artis*. Sin embargo, el criterio en relación a que si el médico actuó de forma imprudente o imperita tuvo un análisis profundo lo cual llevó a que se tome la decisión final.

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

Dentro del ámbito penal, la relación que existe entre causalidad entre una conducta y un daño es de suma relevancia para poder determinar la responsabilidad. Es fundamental que, el resultado dañoso deba provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado (Conducta

negligente, imprudente, impericia). Es decir, no solo debe existir un daño y una conducta, si no, debe demostrarse que ese daño es la consecuencia directa de dicha acción, no de factores ajenos o independientes. Para autores como Troncoso (2011):

El establecimiento de un nexo causal directo y cierto entre el hecho dañoso y los perjuicios es una aplicación de la teoría de la causalidad adecuada. Según esta teoría, es considerada como causa del daño el evento que, de acuerdo con el curso normal de las cosas y la experiencia de la vida, conduce a producir un daño. Una relación de adecuación, debe entonces existir entre la causa y el daño (p. 383).

De este modo, el autor sugiere que, existe una teoría denominada “Causalidad adecuada” la cual se centra en el alto grado de indeterminación y su carácter valorativo. Esta teoría busca limitar la responsabilidad en únicamente aquellas consecuencias que eran previsibles, esto se puede notar cuando dice “el curso normal de las cosas”, dejando de este modo un amplio espectro a la interpretación subjetiva que podrían llegar a tener los jueces. Esta subjetividad podría generar inconsistencias dentro de procesos donde existen infracciones penales.

Desde esta perspectiva, se podría afirmar que la sentencia se centra directamente en la valoración de pruebas, las cuales demuestran que existe un nexo causal entre la conducta del médico y el resultado. Sin embargo, se limita a constatar la ocurrencia del daño sin evaluar de forma adecuada si este era previsible. Podría considerarse que, la sentencia da lugar a una posible relatividad en cuanto a la determinación del nexo causal, ya que, no se aplica de manera explícita el estándar establecido, dando lugar a que existan decisiones que no consideraron ciertos daños que podrían atribuirse a la conducta médica en este contexto. Pero se justifica que la actuación del Tribunal fue motivada en las contradicciones que existieron de parte de testigos

y peritos de cargo de Fiscalía, entendiendo, por tanto, la aplicación de ciertos principios consagrados en el sistema jurídico penal ecuatoriano, de los cuales ya hablaremos más adelante.

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

Cuando hablamos del análisis de la responsabilidad por un hecho dañoso, no solo se debe identificar la conducta y el daño, pues también es importante analizar las circunstancias específicas. Para poder determinar si hay infracción, hay que analizar si existió diligencia del agente, su grado de formación profesional y condiciones objetivas como el entorno, además de determinar la previsibilidad y evitabilidad. Con estos factores, se puede determinar si el daño pudo haber sido evitado bajo una correcta actuación. Desde esta perspectiva, Roxin (1997) menciona que:

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

En este sentido, el autor menciona a la teoría de la imputación objetiva, el cual como se mencionó anteriormente, se establece cuando un resultado solo puede ser atribuido si el autor creó un riesgo no permitido que puso en riesgo al bien jurídico protegido.

Capítulo III: Contrastar la valoración probatoria de la sentencia del proceso Nro. 01283-2019-14403G de acuerdo a la concurrencia de los presupuestos que constituyen el homicidio culposo por mala práctica profesional.

Contrastación probatoria en el numeral 1 del art. 146 del COIP: La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.

La valoración probatoria primigenia que realizan los jueces en este punto consiste específicamente en la producción del resultado. En este caso el resultado fue la muerte de la paciente, y los miembros del Tribunal remarcan que tal resultado se produjo en una intervención quirúrgica.

En el caso de la prueba analizada por el Tribunal a la luz del primer numeral del art.146, esto es: testimonio de JAVIER ABRIL ORELLANA médico intensivista del Hospital del Río, quien declara el fallecimiento de la menor, partida de defunción conferido por el Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador; testimonio de DIEGO PAUL ROMERO HERRERA quien realizó el levantamiento del cadáver; testimonio de Navia Villavicencio Agustín, perito médico encargado de realizar la autopsia del cuerpo, quien como causa de muerte de la menor, señaló lo siguiente: *“ como causa básica, intermedia y directa: un edema cerebral severo. Indicó que en medicina legal hay una secuencia de acontecimientos, para llegar a la causa directa, que viene a ser como una cascada; macroscópicamente observó que a nivel de la arteria hay un corte, hay una incisión, producto de una intervención quirúrgica, por eso coloca como causa básica la intervención quirúrgica que causó esta afección de la arteria carótida y un edema cerebral. Señaló el porqué del edema cerebral, pues pudo observar macroscópicamente y en las fotografías que le pusieron a consideración, un corte, que muy probablemente produjo una hemorragia, aquello lo afirmó porque encontró hallazgos macroscópicos, en donde se puede observar a nivel de cuello: sangre, que esa hemorragia es lo que produjo el edema cerebral”*; el testimonio del procesado, quien reconoce que efectivamente se realizó un corte en la arteria carótida externa izquierda; testimonio de Nathaly Mejía, madre de la menor.

Partamos desde el hecho que el resultado de la muerte de la menor, no sucedía en tanto acontecía la intervención quirúrgica realizada por el justiciable, sino que este resultado se dió exactamente

treinta y dos horas cuarenta minutos después de que empezó la cirugía, hecho que se basa en la prueba testimonial como lo son:

1. El testimonio de JAVIER ABRIL ORELLANA, quien testificó declarar el fallecimiento de la paciente el 19 de noviembre del 2019, a las 23h00.
2. El testimonio de DIEGO PAÚL ROMERO HERRERA, quien realizó el levantamiento de cadáver el día 20 de noviembre del 2020 siendo las 01h10.
3. El testimonio de AGUSTÍN NAVIA VILLAVICENCIO, perito médico quien realizó la autopsia al cuerpo de la menor el día 20 de noviembre a las 12h30.

Es importante aclarar este punto, debido a que, en el caso en concreto la menor se encontraba bajo el resguardo de más profesionales de la salud que pudieron verificar su estado después de la intervención quirúrgica, como lo son, el personal de la Unidad de Cuidados Intensivos, o el médico externo, el Doctor Carlos Sigüenza, que al decir de la señora Nathaly Mejía, fue uno de los médicos que examinó el estado de salud de Sofía G.

¿Por qué la importancia de examinar la cronología en caso de una mala práctica profesional?

La cronología de los hechos en cualquier tipo de delito, independientemente del elemento subjetivo del delito, son importantes para la determinación de la causalidad de los hechos con las del resultado de la acción, y lo más relevante, para determinar la responsabilidad de los sujetos y establecer si efectivamente existió un delito de acuerdo a los factores que concurrieron en las circunstancias que desataron el resultado dañoso, así como la conclusión del sujeto activo, en caso de existir.

En el caso de mala práctica profesional, en especial cuando consiste en mala práctica médica, se puede visualizar la volatilidad del cargo en la que se encuentran los respectivos pacientes con

respecto a los médicos tratantes, entendiendo que tanto en las intervenciones quirúrgicas, así como en el post operatorio, y hasta en el preoperatorio el personal médico involucrado suele ser numeroso, no siendo este caso, una excepción.

Por otra parte, la conclusión a la que llegan los jueces es que, efectivamente se encuentra un resultado dentro de todo este proceso, aunque no se analiza a profundidad en este extracto la intervención del personal médico en cada etapa dentro de la que estuvo involucrada la paciente. Aunque, por imparcialidad, es pertinente expresar que dentro de la teoría del caso de cada una de las partes, o al menos de la defensa técnica del procesado nunca se atribuyó la causa de la muerte a ningún otro sujeto activo sino se le atribuyó exclusivamente a la mal formación congénita que se supone, poseía la menor.

Sin embargo, fue relevante poder aclarar la importancia de la cronología para tratar de cierta manera “desvelar” la verdad de los hechos. Santacruz (s,f) que cita a Baytelman y Duce (2009) “Cuando los jueces fallan, construyen una versión acerca de lo que “verdaderamente ocurrió” y aceptamos esa versión como la versión oficial, en ciertos casos, adoptando la versión de una de las partes, o en su momento, tomando porciones de las versiones de cada una de las partes. Pero, desde luego, nadie pudiera comprender que cuando el juez dicta una sentencia ella ha descubierto necesariamente la verdad.” (p. 161)

Por lo tanto, es necesario construir una versión de los hechos donde, los elementos brindados por las partes no solo puedan afirmar la existencia de un resultado dado los hechos, sino que pretenda plantearse de una vez la responsabilidad que pudo tener o no tener el presunto sujeto activo, o a su vez determinar si hay responsabilidad inexistente en el caso *sub judice*. Esto último se adecua justamente al numeral analizado, pues el hecho de que exista un resultado

(analizando el total de las condiciones en las que se dió), no quiere decir que se haya actuado con negligencia o imprudencia en el ejercicio de la profesión.

Análisis de la valoración probatoria en cuanto el numeral 1, del art. 146 del COIP

Como se expuso en párrafos anteriores, el objetivo primordial de la valoración de la prueba practicada en audiencia de juicio por los miembros del Tribunal, consistió únicamente en evidenciar que efectivamente existió un resultado dañoso en medio de una práctica médica. En párrafos anteriores se especificó, que tal resultado no se dió dentro del período transoperatorio, sino dentro de la fase postoperatoria.

A continuación, se levantarán observaciones sobre la breve pronunciación acerca del testimonio del imputado, Juan Pablo A, pues, parafraseando el análisis que realizan sobre la declaración del sujeto *ibídem*, el Tribunal menciona que el justiciable describió la manera en la que se realizó la operación, y como hecho relevante manifestó el corte de la arteria. Como única advertencia, se analiza, que el extracto del testimonio del imputado al que se hace referencia en la sentencia, no describe el resultado, sino el hecho como tal, no coincidiendo en coherencia con el análisis del numeral propuesto.

En lo demás, se puede observar que efectivamente la prueba analizada es pertinente y concreta para entender que existió un resultado, que en este caso fue la muerte de la menor. Siendo específicos en que en este extracto no se analiza precisamente las causas de ese resultado, sino solo se pretende concretar la evidente existencia de un resultado, aclarando también el tribunal, que para alegar violación al deber objetivo de cuidado, es necesario la concurrencia de este y de los tres numerales posteriores. A continuación, en la contratación probatoria, entenderemos porque se omitió ciertos aspectos que se pudieron reflexionar con más profundidad, en base a la contrastación probatorio dada en el siguiente capítulo.

Contrastación probatoria en el numeral 2 del art. 146 del COIP: La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión

Análisis judicial sobre si debía o no llevarse a cabo la cirugía

En el presente caso, el tribunal analiza dos puntos claves para entender si según la observancia de la lex artis se debía proceder con la operación médica, los cual son: La existencia verificada de la necesidad de realizar la intervención quirúrgica, y la pertinencia de realizar la operación cuando la paciente estaba atravesando un cuadro infeccioso.

La necesidad de la intervención quirúrgica

Los miembros del Tribunal utilizaron como medios probatorios para formarse una sana crítica, los testimonios del Dr. Pedro Morales, médico histopatólogo que realizó el contra exámen, así como evaluó la historia clínica de la paciente, testimonio del Dr. Edgar Serrano, médico cirujano que realizó la sutura de la arteria seccionada al momento de la operación quirúrgica, Dra. Samantha Guerra, perito histopatológica que analizó la condición de las amígdalas, Dr. Figueroa quién realizó la radiografía de cavum y quien pudo constatar que existía una obstrucción del 70% en la vía respiratoria aérea superior, testimonio de los Doctores Chinski, Lincol Durango, y López Cortijo, expertos en la rama medicinal otorrinolaringología. Además se realizó un análisis en base a la declaración del procesado, quien relató los hechos post cirugía, remarcando que la principal causa en la que se basaba para proceder con la cirugía eran los antecedentes médicos de problemas respiratorios de la menor, situación que señala, lo conocía muy bien Nathaly Mejía, madre de la paciente, por cuanto inclusive la llevó en ayunas, pues tenía conocimiento

que lo más probable era que se le realizaría una intervención quirúrgica, dado las circunstancias anteriores respecto a la salud de la menor.

Al analizar y estudiar la declaración dada por cada uno de estos testigos, el Tribunal llega a la conclusión de que sí se debía operar por las siguientes causas: el testimonio del Dr. Pedro Morales, no fue suficientemente técnico con respecto a la situación de la menor, al no haber revisado la radiografía de cavum, y tan solo basándose en la saturación que dictaba el historial médico, saturación que entraba dentro de los estándares normales, y que un tratamiento ambulatorio hubiera sido suficiente.

Con respecto a esto, es necesario apuntar que tal como lo mencionó el tribunal, existe una diferencia entre insuficiencia respiratoria y dificultad respiratoria, y desde el análisis de estos autores, construido sobre el acervo probatorio presentado, la insuficiencia respiratoria no es la única causal para que se pueda llegar a realizar una intervención quirúrgica, puesto que, ya existían recurrentes cuadros de amigdalitis crónica, que indican que se podía tomar la decisión de una intervención quirúrgica. Esto, avalado por el criterio médico de los profesionales: Serrano, Chinski, Durango, y López Cortijo, recordando que el primer mencionado era testigo de Fiscalía pero en su testimonio nunca manifestó que no se indicaba seguir con la operación, sino más bien que la obstrucción de la cavidad superior, independientemente de su grado, no es suficiente para indicar insuficiencia respiratoria, sino que es necesario observar el diámetro de la cavidad superior, situación que se observa no se menciona en la sentencia, puesto que en la radiografía cavum pudo existir ese dato para aclarar el testimonio de Serrano, sin embargo, se entiende que su testimonio llega a señalar que la decisión de intervenir quirúrgicamente se basa en parámetros médicos con los que cumplía la paciente, dando cabida a que, se actuó conforme a la *lex artis* sobre la necesidad de una intervención quirúrgica. Además se analizaron los antecedentes sobre

la situación médica de Sofía G, con los documentos proporcionados por el IESS, que verifican que las declaraciones sobre los antecedentes médicos son reales.

Al estudiar y reflexionar sobre la prueba testimonial, pericial y documental tanto de Fiscalía y acusación particular, como de la defensa, los miembros del Tribunal llegan a la conclusión que la operación era necesaria en base al testimonio brindado por cada uno de los especialistas expertos en la materia, y a decir de esta autoría, la conclusión judicial estuvo motivada y no fue a favor de Fiscalía ni acusación particular, por cuanto estas partes procesales no aportaron suficiente prueba técnica para indicar que la operación no debía darse, y más bien la defensa consiguió probar mediante testigos (aún de Fiscalía), documentos y pericias, que la necesidad de la cirugía se enmarca dentro de la *lex artis* profesional que tenía que seguir Juan Pablo A.

Pertinencia de realizar la operación cuando la paciente estaba atravesando un cuadro infeccioso

En este caso, al igual que en el punto anterior, el Tribunal es analítico, y llega a la conclusión de que efectivamente *“la paciente era candidata idónea”* y que se operó en el momento clínico oportuno pues uno de los tres momentos manifestados por el experto Durango, se da cuando se espera que culmine el cuadro agudo de la infección, se controla con antibiótico por tres días, y se procede a la cirugía, como fue el caso de Sofía G. Mientras que los peritos histopatología, desconocían, los testigos de la defensa conocían e indicaron el actuar del antibiótico para poder esterilizar totalmente la zona a intervenir, manifestando que la infección estaba totalmente controlada y que se podía proceder con la intervención. También señalan los miembros del Tribunal, que aunque no se puede delimitar la recurrencia de los episodios de amigdalitis por año, la amigdalitis crónica lleva a pensar que la probabilidad de que eso sucediera con la

frecuencia que indica uno de los criterios de Paradise (que se refiere al primer criterios para saber si se debe realizar una amigdalectomía en infantes).

Una vez más sucede lo que en el punto anterior, y es que los expertos de descargo de la defensa, llegan a dar una explicación más elaborada, justificada motivada en conocimiento técnico para apoyar la premisa de que se actuó dentro de la *lex artis* correspondiente en base al criterio de los testigos técnicos, y los criterios que evalúa la comunidad médica para saber si proceder o no con la amigdalectomía correspondiente.

Aunque, a decir verdad, se debe señalar que aunque la delimitación de la frecuencia de la amigdalitis es imposible precisar en este caso, sí era necesario una evaluación probatoria más profunda por parte del Tribunal, a la luz de la prueba documental proporcionada por el IESS. Sin embargo, esto último no cambia el criterio de que no se faltó a la observación de en este punto, el procesado no actuó con imprudencia.

Consentimiento Informado

En este punto, el Tribunal no alega ningún problema con respecto al consentimiento informado, puesto que señala que:

1. A la luz de la declaración del procesado, contrastada por el testimonio de los ofendidos (padres de la menor), las partes en blanco que se encontraban en los tres documentos suscritos por la madre de la menor se debían a que se firmó un formato genérico y que había ciertas partes donde se tenía que escribir términos médicos de difícil tipografía, por tanto es razonable que esos espacios se encontraran en blanco, dando a entender, que no existe ningún vicio del consentimiento en este punto.

2. Los padres de la menor tuvieron tiempo suficiente para: planificar su organización sobre su proceder para la cirugía de la paciente, y para llamar a parientes cercanos para que estuvieran presentes en la ubicación al momento de la cirugía (todo esto motivados en el testimonio de los ofendidos), a más del hecho de que la menor se encontraba en ayunas, por tanto, consideraron que no existió presión, persuasión o engaño que los obligará a consentir la cirugía, sino que todo se realizó como una manifestación íntegra de la voluntad.

Como reflexión, la misma sentencia alega que el consentimiento informado es un derecho constitucional como parte de la garantía al derecho a la salud, y si bien las actuaciones de los padres de la paciente dan a entender una manifestación tácita de la voluntad, se debe entender que el artículo 362 de la Constitución, (2008) reza que: “ *Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes*”.

Parafraseando a Malanda, (2014) que cita a la Sala Primera del Tribunal Supremo de España (2001), el consentimiento informado es un derecho humano fundamental que proporciona información sobre la integridad física y otorga autonomía sobre las actuaciones sobre esta. A continuación, el mismo autor propone que el objetivo de este es poner a disposición del paciente toda la información concerniente a su salud. Por lo tanto, el omitir así sea un mínimo punto en el consentimiento informado puede llegar a ser de suma gravedad como en el caso en concreto, no diciendo que no existió consentimiento o dolo, pero sí que se considera necesaria que toda la información haya sido completada en los documentos suscritos por la madre de la menor, así la omisión no fuera relevante en el caso en concreto, pero se considera que no se estaría actuando dentro de los parámetros demandados por la Constitución.

Contrastación probatoria en el numeral 1 del art. 146 del COIP: El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas

En este punto la contrastación de la prueba llega a ser de carácter relevante para el fallo en la sentencia, debido a que, se estimó por parte los Jueces una absoluta contradicción, impericia y por tanto una ausencia probatoria de parte de Fiscalía y Acusación Particular, dando como resultado una brecha de entender a ciencia cierta lo que realmente sucedió, si efectivamente existió una infracción al deber objetivo del cuidado, y mucha más si este tiene nexos causales con el resultado dañoso para establecer una imputación objetiva.

Mucho más, después de analizar la prueba testimonial de testigos técnicos y de la defensa del procesado, que como tal pudieron defender de mejor experticia y su manejo en los casos análogos, basados en su experiencia como profesionales, lo que lleva al Tribunal, a aplicar el principio de **duda razonable** el cual manifiesta lo siguiente:

“La o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable.” (COIP, 2014)

Es evidente que testimonios como los de Gutierrez, perito histopatólogo que analizó la amígdala izquierda, socavaron con cualquier posibilidad que tenía Fiscalía y Acusación particular de generar un fallo a su favor, debido a que en la discusión central de todo este caso, la existencia o no de la arteria carótida aberrante, supo manifestar que se “le pasó ese detalle” refiriéndose al estudio macroscópico de lo que estaba rotulado como amígdala izquierda, careciendo su testimonio de fuerza probatoria.

Si bien es cierto, el Dr. Figueroa no se expresa en términos médicos exactos en todo momento al decir cosas como que “la arteria está súper pegada a la amígdala”, puede expresar mejor la

situación anatómica de la menor a los jueces, proveyendo, más adelante, medidas exactas y análisis médicos concretos con respecto a las variantes anatómicas existentes en el cuerpo de la menor, como es el caso que la bifurcación carotídea no intervenida, es decir la del lado derecho, se encuentra 3cm más alto de lo normal, dando como resultado que el Tribunal analice que basados en la experiencia y conocimiento técnico médico de los siguientes testigos, la variante pudo ser bilateral, es decir, encontrarse en ambos lados del cuello de la paciente. En el lado izquierdo no se pudo encontrar nada, y esto lo concatenan con el testimonio de Serrano, quien señala que se realizó movimiento en el momento de la cervicotomía.

Así mismo sucede con el análisis del sangrado profuso y el control de daños, donde existe una evidente contradicción en cuanto tiempos de llegada de anesthesiólogos y del Dr. Serrano para realizar la cervicotomía. A esto lo jueces lo catalogan como “relatividad de tiempos”, sin embargo, sí se puede analizar que nos e trata de una “relatividad”, sino de de una contradicción que muestra una brecha de tiempos enorme entre testimonios, pues no se habla de uno o dos minutos de diferencia (los cuales igual son de suma relevancia en el este contexto), sino que se habla de diferencias de 35 minutos, y testimonios como los de Mirey Guamán, Nathaly Mejía coinciden al decir que la hora de llegada de Serrano fue a las 15h05, y son más cercanas al testimonio de Serrano que observa que su hora de llegada fue a las 15h10, situación que no se consideró en el análisis del Tribunal.

Se considera que analizar estos elemento hubiera sido de gran relevancia para generar una cronología exacta de los hechos y entender si se realizó o no un correcto control de daños, puesto que tampoco se analiza si existían otros profesionales en el Hospital capaces de realizar dicha cirugía, aunque tampoco se consideró que independientemente del tiempo el que hubiera llegado

el Dr. Serrano, lo trascendental era saber la hora exacta en la que se realizó la orden de anestesiología para que se pudiera continuar la cirugía.

También existen detalles que se consideraron por los jueces, como lo es la contradicción en la historia clínica sobre la pérdida de sangre, y el testimonio de los galenos que indicaba que no toda esa cantidad almacenada se refería a la sangre que perdió Sofía, sino que esta es una mezcla entre más líquidos y fluidos corporales. En este punto los jueces no usaron más que la deducción lógica para establecer que no existió una pérdida de volemia como la sentenciaba la historia clínica, pues esto pudiera haber detonado la muerte de la paciente en el mismo quirófano.

Por último en cuanto al alegato de Fiscalía sobre la extirpación de la amígdala antes de la cervicotomía, el Tribunal deduce que no fue así. Su motivación está en que conocen que esto hubiera sido imposible por el abundante sangrado que existía en el área, y su conocimiento se debe a lo manifestado por los médicos Chinski, Durango y López Cortijo, utilizando una vez más el principio de sana crítica, a pesar de que Serrano, quien estuvo en contacto con la paciente al momento de los hechos, sí manifiesta que existió un lecho amigdalor (es decir, la amígdala ya había sido extirpada). No se toma en cuenta el testimonio de Morales al carecer de conocimiento sobre el uso del instrumento *coblaitor*.

Lo cierto es que en este punto no se analizó exactamente si existió o no un nexo causal, sino más bien se analiza si existió o no una violación al deber objetivo del cuidado al momento de realizar la cirugía, pues sin impericia, imprudencia o negligencia, no se puede atribuir un delito, y mucho menos establecer un nexo causal. Si bien es cierto, se pasa por alto detalles que pueden ser subsumibles al hecho en concreto y a la actuación médica, pero al existir evidentes contradicciones, y al haberse abierto con la angiotomografía contrastar ciertas brechas de posibilidad, se genera una duda razonable que llega a ser una de las bases que demanda el

sistema jurídico penal ecuatoriano para la actuación de los juzgadores al momento de emitir una sentencia, y se remarca que en todo momento existió este principio, y aunque si se observa una cierta subjetividad, también se prevé que aún con todo el contexto analizado, el fallo hubiera sido el mismo.

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

En el caso en concreto se analiza la preparación y experiencia del procesado, entendiendo desde el punto de vista del Tribunal que el justiciable poseía la preparación académica y práctica suficiente para realizar una acción como la de intervenir quirúrgicamente, por ejemplo, uno de estos es el hecho de que el Dr. Juan Pablo Arias tenga en su historial profesional realizada 82 cirugías de amigdalectomía. Esto por supuesto, no quiere decir que no pueda ser persona que viole el deber objetivo de cuidado, sin embargo, a la luz del tipo penal, los jueces manifiestan tácitamente que el tener la preparación suficiente para realizar esta cirugía lo mantiene dentro de la *lex artis*, y se supone, reduce las capacidades de riesgo de un bien jurídico protegido, que en este caso es la vida, por lo tanto, el análisis íntegro del grado de formación profesional se encuentra cubierto.

En cuanto el análisis de las circunstancias de las circunstancias objetivas, no se profundizará mucho en el tema, por cuanto el Tribunal analizó la misma prueba y con las mismas conclusiones que se expuso en párrafos anteriores, sumado a que, fue en este punto que se reflexionó sobre las actuaciones de todo el personal médico interviniente en el caso en concreto, situación que habíamos expresado en el primer punto de este capítulo, era necesaria.

En cuanto a la previsibilidad y la evitabilidad, se redonda la valoración probatoria contenida en los tres puntos anteriores, afirmando que efectivamente, aunque existió una causa dañosa por parte del procesado, esta era inevitable ya que dentro de la *lex artis* no existía ningún examen médico que pudiera otorgar previsibilidad del daño. Situación que, estos autores comparten, pero que a su vez lo atribuyen a la falta de información médico suficiente para con los jueces, quienes evidentemente no se manejan en esa rama, ni tan siquiera en esa ciencia, sino que todo su criterio, como ya lo hemos mencionado, se basa en los testimonios de técnicos y peritos que pueden guiar su conocimiento para un mejor entendimiento. Cabe aclarar que, aunque estos autores tampoco son expertos en la rama, si han basado su reflexión y proceder no tan solo en la doctrina jurídica sino médica, entendiéndose por tanto que, un “guía médico” es necesario para la resolución de este caso, situación que la hablaremos en el último punto de este capítulo.

Falta de terna especializada en la audiencia de juicio

Extracto del art. 511, numeral 8 del COIP (2014), establece que:

“Para los casos de mala práctica profesional la o el fiscal solicitará una terna de profesionales con la especialidad correspondiente al organismo rector de la materia”

Situación y diligencia que se realizó por parte de Fiscalía, pues hubo una conformación de terna especializada, pero no se presentó como prueba que practicar en Audiencia de Juicio, y la razón de Fiscalía es que estos profesionales analizaron un historial clínico modificado. Esto último no fue analizado a fondo por los jueces por cuanto contenían aseveraciones irrelevantes para los mismos.

La falta de asesoría, de rigor técnico y de imparcialidad en su totalidad, llevaron a los miembros del Tribunal a depender únicamente de testimonios de cargo y descargo que al final, pudieron

estar manifiestamente parcializados. ¿Culparemos por tanto a los jueces por esta causa? No se negará que se encuentran elementos que predicen cierta falta de análisis en cuanto al tema, como lo es la razón a los espacios en blanco en el consentimiento informado, sin embargo, entendemos que la mayoría de estos se dan por falta de información pertinente y contradicción de los expertos en las distintas áreas de la medicina.

Cerón y Pinargote (2024) manifiestan que la designación de las ternas especializada para la norma radica en:

“la búsqueda de la diversidad de criterios que permitan analizar desde varios puntos de vista un mismo caso concreto, garantizando que la pericia sea lo más objetiva posible y que, por consiguiente, se puede encontrar la relación causal entre la vulneración al deber objetivo de cuidado y la lesión al bien jurídico.” (p. 3477)

Parafraseando a estos mismos autores, es muy complejo la determinación de responsabilidad del procesado por hecho de que Fiscalía no estaría observando un mandato jurídico vinculante.

Agregando por nuestra parte, que la falta de apoyo técnico especializado, como en el caso en concreto lleva a que los jueces actúen mediante el principio “in dubio pro reo”, pues sin información técnica suficiente, no les queda más que profundizar hasta donde la recabación de los distintos conocimientos brindados por distintos peritos y testigos (que poseen contradicción) realizan.

Conclusiones

Cuando existen casos complejos de intervención quirúrgica, hay la posibilidad de que aparezcan complicaciones como en este contexto, una arteria aberrante externa izquierda, la cual no pudo haberse previsto fácilmente, principalmente por su carácter anatómico. Sin embargo, se

considera que la sentencia pudo haberse enriquecido si se hubiese considerado las circunstancias específicas del hecho, la diligencia profesional y previsibilidad del daño.

En conclusión, el COIP en su artículo 146 tipifica el homicidio culposo por mala práctica médica profesional. Este establece que un profesional de la salud puede ser penalmente responsable en el ejercicio de su profesión cuando la causa de la muerte responde a una imprudencia, negligencia o impericia. El artículo menciona de forma directa el deber objetivo de cuidado y la importancia de este término en estos casos. Además, debe también verificarse otros factores como la relación del nexo causal entre la conducta y el resultado, como también la previsibilidad y evitabilidad del daño. La aplicación a la práctica de este artículo puede representar ciertas dificultades, principalmente por la confusión en el uso de términos jurídicos y médicos. Se han generado varios debates con respecto al tema, en relación a la interpretación correcta del tipo penal y la protección de los derechos de los profesionales del área de la salud. Por ende, es de suma importancia que exista un análisis riguroso en cada proceso, sin dejar de lado ningún aspecto que sea importante para determinar la responsabilidad penal.

En el caso en concreto y con la contrastación probatoria analizada, se puede visualizar que la falta de diligencias y prueba presentada por Fiscalía, concluyendo que la motivación de los jueces solo puede realizarse en cuanto testimonios y documentos que no presenten contradicciones o falacias y aplicando el principio de unidad de prueba, conforme a lo que señala el art. 502, numeral 1 del COIP (2014):

“El testimonio se valorará en el contexto de toda la declaración rendida y en relación con las otras pruebas que sean presentadas.”

Se considera que en cuanto a la contrastación de la prueba entre Fiscalía, acusación particular y defensa de la persona procesada, el análisis se lo realizó en base a la sana crítica de los miembros

del Tribunal y se respetó los principio del sistema jurídico penal al aplicar el principio “*in dubio pro reo*”, debido a la falta de pericias realizadas en este caso, que llevó como consecuencia que no se pudiera defender el informe correspondiente, y que llevó a que existieran vacíos en la declaración de ciertos peritos médicos al nos con los suficientes conocimientos en ciertas ramas pertinentes para el análisis de la configuración del deber objetivo del cuidado, y a la falta de la terna médica especializada como guía técnica suficiente para los miembros del Tribunal, dando como resultado un fallo donde no se deduce que se haya configurado el deber objetivo de cuidado en base a la prueba presentada.

La contrastación probatoria refuerza la teoría del caso de la defensa al cumplir con la aseveración de que no era un hecho evitable y que sin importar el sujeto que hubiera realizado la intervención, el resultado sería el mismo. Esto se motiva principalmente en la presentación de la angiotomografía contrastada que devela la variante anatómica en la bifurcación carotídea del lado derecho, y otras cuatro variantes más, que aseveran como tal que la mala formación puso ser bilateral y era imprevisible, no solo por lo que manifiestan los médicos que comparecieron como testigos, sino que la doctrina médica dicta que estas variaciones anatómicas suelen ser asintomáticas en términos generales. (Brenes y Rodríguez, 2022).

Como análisis final, se puede concluir que: La falta de información médico pericial jugó un papel importante para que el resultado de la sentencia, fuera la ratificación de la inocencia del procesado, y que la prueba presentada por Fiscalía y acusación particular, contrastada con la prueba practicada por la defensa, no demuestra que existió configuración de la violación al deber objetivo de cuidado.

Cronogramas y actividades

Actividad 2025 – 2026	Marzo			Abril			Mayo			Junio			Julio		
Identificación y localización del caso sujeto a análisis.	X														
Elaboración del plan de análisis de caso.				X											
Recopilación de información doctrinaria y legal.					X										
Análisis e interpretación de la información recopilada.							X								
Sistematización de la información.							X								
Redacción del informe final del caso en análisis.										X					
Presentación del informe del caso analizado.											X				
Disertación trabajo de titulación.												X			

Referencias bibliográficas

- Abdullah B, Singh S. Surgical Interventions for Inferior Turbinate Hypertrophy: A Comprehensive Review of Current Techniques and Technologies. *Int J Environ Res Public Health*. 2021 Mar 26;18(7):3441. doi: 10.3390/ijerph18073441. PMID: 33810309; PMCID: PMC8038107.
- Albán, E. (2011). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2006). Ley Orgánica de Salud. Registro Oficial Suplemento No. 423, 22 de diciembre de 2006. Última reforma: 16 de mayo de 2023.
- Banda Tapia, R. S., & Alvarez Pacheco, J. C. (2023). *La culpabilidad de la conducta omisiva en el ejercicio de la medicina*. *RESISTANCES Journal of the Philosophy of History*, 4(8), e230127. <file:///C:/Users/Hewlett%20Packard/Downloads/127-Article%20Text-421-1-10-20230917.pdf>
- Código Orgánico Integral Penal, Ley 0, Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, última reforma 14 de marzo de 2016, República del Ecuador.
- Corte Nacional (2015). Resolución 184-2015. https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_penal/2015/RESO_L%2000184-2015-JUICIO%20NO.%202021-2014-DELITO%20DE%20TRANSITO.pdf
- Corte Nacional. (2014). Resolución 01-2014. https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/14-01%20Articulo%20146%20COIP.pdf
- Castro Zurita, F. M. P., Moncayo Racines, M. P., y Ontaneda Castillo, J. C. (2023). *La relevancia de la lex artis en la responsabilidad civil: un análisis de estándares de*

conducta. USFQ Law Review, 10(1), 1-21.

<file:///C:/Users/Hewlett%20Packard/Downloads/La+relevancia+de+la+lex+artis.pdf>

Cerón y Pinargote (2024). *Procedimientos Médico-legales para la determinación de la Mala Práctica Médica en el criterio emitido por la Terna Médica*. ArandoUTIC (Revista Científica Internacional- Vol.11, número 2). Página: 3477

Ecuador. Código Civil de la República del Ecuador. 1.^a ed. Quito: [editor], 1861. Art. 1474.

Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.

Espinoza Ariza, H. (2017). La mala praxis médica y la vulneración del deber objetivo de cuidado. *Revista Lex*, 15(21), 81-94. Universidad Alas Peruanas.

<file:///C:/Users/Hewlett%20Packard/Downloads/Dialnet->

[LaMalaPraxisMedicaYLaVulneracionDelDeberObjetivoDe-8254999%20\(2\).pdf](LaMalaPraxisMedicaYLaVulneracionDelDeberObjetivoDe-8254999%20(2).pdf)

Expediente No. 01283-2019-14403G (Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Cuenca 28 de abril de 2022).

Falcone, R. (2018). DOCTRINA UNA APROXIMACIÓN A LA INFRACCIÓN DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO.

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/05/doctrina46524.pdf>

Fuente Del Campo, A., & Rios, A. (2018). El ejercicio de la Medicina y su entorno legal.

Cirugía Plástica Ibero-Latinoamericana, 44(2), 123-130. <https://doi.org/10.4321/S0376-78922018000200002>

García, P. (2005). La imputación subjetiva y el proceso penal. *Derecho Penal y Criminología*,

26(78), 125-136. <file:///C:/Users/Hewlett%20Packard/Downloads/Dialnet->

<LaImputacionSubjetivaYElProcesoPenal-5312302.pdf>

- Ley General de Sanidad de España (Ley 14/1986). Publicada en «BOE» núm. 102, de 29/04/1986.
- López Soria, Y.,(2017). Una visión crítica al tratamiento jurídico penal dado a la mala práctica médica en Ecuador. Uniandes Episteme. Revista digital de Ciencia, Tecnología e Innovación, 4(1), 70-89. <https://www.redalyc.org/pdf/5646/564677243008.pdf>
- Mantilla, C. (2024). El homicidio culposo por mala práctica médica en el Ecuador. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades. <https://latam.redilat.org/index.php/lt/article/view/2540/3170>
- Marcos, L. M. (2011). La graduación del deber de cuidado en el delito culposo por actos de mala praxis médica: un análisis dogmático, jurisprudencial y económico. SCIELO - POLÍTICA CRIMINAL, 1.
- Matin, M. A., Chowdhury, M. A., Haque, M. E., Islam, M. N., Shamim, T., Muqet, M. A., & Ali, M. R. (2013). Coblation Tonsillectomy Versus Blunt Dissectomy Tonsillectomy in Children. *Anwer Khan Modern Medical College Journal*, 4(1), 25–29. <https://doi.org/10.3329/akmmcj.v4i1.13681>
- Malanda, S. (2014). *Consentimiento Informado y Responsabilidad Penal*. JULGAR (Número Especial). Coimbra Editora. Páginas: 185-186.
- Mayorga JL, et al. *Hipertrofia de adenoides: su impacto en la salud de los niños y manejo médico integral basado en la evidencia*. *Revista de Rinología*, 16(2):4-14
- Ojeda, C., & Guerrero, L. F. (2003). Algunas Referencias sobre la Imputación Objetiva en el Ámbito de la Teoría del Delito. . *Acta Universitaria*, 13(2), 5-13. <https://www.redalyc.org/pdf/416/41613201.pdf>

Roxin, C. (1997). Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito. Madrid España: Civitas, S. A. Obtenido de chrome extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://img.lpderecho.pe/wp content/uploads/2020/03/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin-LP.pdf

Rivacoba-Ibarra MA, Gamboa-Baca JM, Trinidad-Guerrero D, González-Galindo T.

Trayecto aberrante de las arterias carótidas internas, kissing carotids. An Orl Mex 2023; 68 (2): 86-90.

Santacruz, R. (2017) *La Reconstrucción del Hecho en el Proceso Penal en México.* Revista Derecho Penal y Criminología (Volumen XXXVIII - número 105). Página: 161.

Instituto Mexicano del Seguro Social (2012). *Amigdalectomía en Niños (Criterios Paradise).* Guía práctica Clínica GPC. Página:12.

Saquicela L, Muzha C, Naula B, Vázquez S. (2022), *Shock Hipovolémico.* Suturando Conocimientos en el Arte de la Cirugía, Primera Edición (ISBN: 978-987-48756-3-1). Páginas: 4-5.

Seoane, J (2022). *Lex Artis.* AFD (XXXVIII). Página 277.

Singh S, Ramli RR, Wan Mohammad Z, Abdullah B. Coblation versus microdebrider-assisted turbinoplasty for endoscopic inferior turbinates reduction. *Auris Nasus Larynx.* (2020); 47(4):593-601. doi: 10.1016/j.anl.2020.02.003. Epub 2020 Feb 19. PMID: 32085929.

Tribunal de Garantías Penales del Azuay. (2022). Sentencia No. 01283-2019-14403G

Troncoso, M. I., (2011). La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño. *Revista de Derecho Privado*, (21), 353-391.

<https://www.redalyc.org/pdf/4175/417537595015.pdf>