

José Rodrigo Orellana-Feijoo; María Lorena Merizalde-Avilés; Ariel José Romero-Fernández

<https://doi.org/10.35381/racj.v8i15.3322>

El deber objetivo de cuidado en los delitos de mala práctica médica

The objective duty of care in medical malpractice offenses

José Rodrigo Orellana-Feijoo

pg.joserof58@uniandes.edu.ec

Universidad Regional Autónoma de Los Andes, Ambato, Tungurahua
Ecuador

<https://orcid.org/0009-0001-3448-1549>

María Lorena Merizalde-Avilés

ua.mariamerizalde@uniandes.edu.ec

Universidad Regional Autónoma de Los Andes, Ambato, Tungurahua
Ecuador

<https://orcid.org/0000-0001-5289-8949>

Ariel José Romero-Fernández

ua.arielromero@uniandes.edu.ec

Universidad Regional Autónoma de Los Andes, Ambato, Tungurahua
Ecuador

<https://orcid.org/0000-0002-1464-2587>

Recibido: 15 de mayo 2023

Revisado: 20 junio 2023

Aprobado: 15 de agosto 2023

Publicado: 01 de septiembre 2023

José Rodrigo Orellana-Feijoo; María Lorena Merizalde-Avilés; Ariel José Romero-Fernández

RESUMEN

El objetivo general de la investigación fue analizar jurídicamente el deber objetivo de cuidado en los delitos de mala práctica médica. La presente investigación utilizó el método cuantitativo el cual produce datos descriptivos, que se originan por la recolección de datos. Se apoyó en la revisión documental-bibliográfica. Además, se aplicó el método inductivo-deductivo. Se planteó además el método analítico-sintético. Se concluye que, la institución del deber objetivo de cuidado y del delito culposo en general, tiene poco desarrollo en las normas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal. Fundamentalmente los presupuestos del delito de homicidio culposo por mala práctica profesional requieren de una descripción clara en base a la teoría universal que ha permitido su evolución, situación que exige del juzgador una preparación especial en materia de derecho penal en su parte general.

Descriptores: Homicidio; medico; derecho penal. (Tesauro UNESCO).

ABSTRACT

The general objective of the research was to legally analyze the objective duty of care in medical malpractice crimes. The present research used the quantitative method which produces descriptive data, originating from data collection. It was supported by the documentary-bibliographic review. In addition, the inductive-deductive method was applied. The analytical-synthetic method was also used. It is concluded that the institution of the objective duty of care and of the negligent offense in general, has little development in the norms contained in the Organic Integral Penal Code. Fundamentally, the assumptions of the crime of culpable homicide due to professional malpractice require a clear description based on the universal theory that has allowed its evolution, a situation that demands from the judge a special preparation in criminal law in its general part.

Descriptors: Homicide; medical; criminal law. (UNESCO Thesaurus).

José Rodrigo Orellana-Feijoo; María Lorena Merizalde-Avilés; Ariel José Romero-Fernández

INTRODUCCIÓN

Lo que caracteriza la mala praxis es que haya habido un daño causado por la intervención del médico, que se añade al propio de la enfermedad o del tratamiento aplicado. Este perjuicio, en el caso de una demanda, se ha de poder probar y se ha de establecer una relación causal entre la prestación profesional y el daño ocasionado (León, 2008). El estudio del derecho penal está cimentado sobre la base de las reflexiones de diferentes corrientes jurídicas, predominando por su alcance y pertenencia las que influyen en los distintos sistemas jurídicos. La teoría del delito, cuya función a decir del maestro Abraldes (2010), permite identificar la existencia de un ilícito, de su autor y de los casos en que este responde por el hecho, posee de un conjunto de elementos adicionales cuya discusión es amplia y permanente. En tal sentido, la tipicidad se constituye en una categoría del delito que debe cumplirse para efectos de la constitución de este, tanto en su parte objetiva como subjetiva. Así, los tipos penales pueden ser dolosos o culposos, acoplando sus conductas sancionables en base a su intención o imprudencia.

Al hablar del tipo imprudente, nos referimos al actuar culposo de una persona en su concepción más clásica y si se quiere más imperfecta, pero muy tradicional. En realidad, hablar de culpa o imprudencia puede ser muy apropiado en la mayoría de los casos, pero en la técnica del derecho penal, ese concepto de culpa es muy limitado, y actualmente al referirnos a un ilícito cometido con culpa, nos debemos remitir a la determinación de un resultado que fue provocado por haberse inobservado el deber objetivo de cuidado.

La legislación del Ecuador, desde el año 2014 se ha ido esforzando por mejorar la estructura de la teoría del delito que se ha desarrollado en la parte sustantiva del Código Orgánico Integral Penal (2014), empezando a definir únicamente el delito culposo como aquel que se produce por una persona al infringir el deber objetivo de cuidado que le corresponde de manera personal. De allí que, la narración del artículo 27 del COIP, termina estableciendo que la conducta culposa es punible solo cuando se encuentra tipificada en el código; y algo muy notorio, es que, en el COIP, ha descrito

José Rodrigo Orellana-Feijoo; María Lorena Merizalde-Avilés; Ariel José Romero-Fernández

muy pocas ilícitos culposos, entre los que se encuentran, el homicidio culposo por mala práctica profesional, tipificado en el artículo 146.

De esta manera, en el Ecuador, en muy pocas ocasiones, se ha logrado responsabilizar penalmente a médicos por muerte culposa derivada de sus actuaciones, ya que, en la mayoría de los casos, no se ha podido determinar con precisión, si el médico inobservó el deber objetivo de cuidado; esto ha sido consecuencia directa de la poca importancia que el legislador le ha otorgado a la estructuración de un concepto específico del deber de cuidado en la práctica médica (Aguilar Cabrera, 2015). La disposición que podría subsumir esta conducta, al ser aplicable a todas las profesiones de manera general, en lugar de ayudar con su descripción, más bien entorpece el ejercicio del proceso penal en cuanto se refiere a la adecuación típica (Crespo, 2020).

En la presente investigación se plantea como objetivo general analizar jurídicamente el deber objetivo de cuidado en los delitos de mala práctica médica.

MÉTODO

La presente investigación utiliza el método cuantitativo el cual produce datos descriptivos, que se originan por la recolección de datos. Apoyado en la revisión documental-bibliográfica. Además, se aplica el método inductivo-deductivo, el cual sugiere que para encontrar una verdad se deben buscar los hechos y no basarse en meras especulaciones, además de partir de afirmaciones generales para llegar a específicas (Dávila, 2006). Se plantea además el método analítico-sintético por medio del cual, se descompone un todo en partes extrayendo cualidades, componentes, relaciones y más para posteriormente unir las partes analizadas y con ello descubrir características y relaciones entre los elementos (Rodríguez y Pérez, 2017).

RESULTADOS

En el concepto más tradicional y sencillo de culpa, se la identifica como una forma de comportamiento desarrollado con imprudencia, impericia, negligencia o inobservancia de las leyes y reglamentos. Nuestro sistema penal que sigue muy de cerca la línea

José Rodrigo Orellana-Feijoo; María Lorena Merizalde-Avilés; Ariel José Romero-Fernández

alemana, lo conceptualizada como una infracción al deber objetivo de cuidado, que es el concepto dominante y de origen alemán (Welzel, 2005).

Desde el punto de visto objetivo, el deber de cuidado se encuentra definitivo por el ordenamiento jurídico, el cual exige un determinado comportamiento en una situación concreta de riesgo, para evitar la lesión de un bien jurídico protegido. A contrario de aquello, la desatención voluntaria de ese deber objetivo convierte a la conducta en penalmente relevante, ya que ha lesionado un bien jurídico protegido a través de un resultado típico (Cerezo Mir, 2001).

La legislación nacional, al sancionar la conducta culposa de causar la muerte, en el ejercicio de la actividad médica, no estigmatizó por así decirlo, esta profesión, sino que consideró integrar a todas las posibilidades profesionales, frente a una posible responsabilidad penal. En concreto, no se estableció un tipo específico de homicidio por mala práctica médica. Ahora bien, el Código Orgánico Integral Penal (2014) al describir la conducta, estableció un conjunto de presupuestos, que se deben comprender para establecer la plena tipicidad, o lo que lo mismo, delimitar el deber objetivo de cuidado, en esta conducta sancionada, de acuerdo con:

Artículo. 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.

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.

En qué profesiones se puede producir la muerte de una persona distinta al profesional que la ejercita; como lo establece el código, en todas existiría la posibilidad y por lo mismo la sanción, aunque llama la atención que se trata únicamente de los resultados de muerte, cuando en muchas ocasiones lo que se produzcan son lesiones. Para no

José Rodrigo Orellana-Feijoo; María Lorena Merizalde-Avilés; Ariel José Romero-Fernández

extender la discusión en esta parte, es necesario adentrarnos a revisar el alcance de los presupuestos que sirven para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado señalados por la misma norma.

Este primer presupuesto, está claramente abstraído de las reglas de la imputación objetiva, en donde excluye las posiciones antiquísimas de que la causación misma del resultado establece el nexo de causalidad (Albán Gómez, 2010). Por ejemplo, si es que el paciente fallece porque el médico tuvo que realizar una operación y este no la resistió, su participación, su conducta, responderían de por sí por el resultado. Mientras, imperó la idea del causalismo pura, el movimiento corporal del médico sin lugar a duda sería causa del resultado, mientras que en el finalismo de Welzel se mira más a la finalidad de la actuación o de la omisión del médico (Welzel, 2005). En la tesis de la equivalencia de condiciones, de corte causalista, causa es toda condición previa al resultado que participa de este sin que pueda suprimírsela sin que desaparezca el resultado. Así, la actuación del médico es una de las respuestas a la interrogante, de qué fue lo que sucedió o más bien cómo se llegó al resultado.

Según la predominante tesis de la imputación objetiva: solo se puede atribuir el resultado al autor, si este con su conducta creó o aumento un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, y este riesgo se concretó en el resultado. El riesgo en este concepto o regla es el que se ubica en la semántica general, esto es, una situación en que determinado bien jurídico corre peligro de resultar afectado, Pero, la misma teoría indica que efectivamente, muchas de las actuaciones comunes de las personas suponen riesgos, pero que estos están socialmente aceptados (Roxin, 1997). Es por esta razón que la regla habla de creación o aumento del riesgo jurídicamente desaprobado. Por ejemplo, portar un arma de fuego sin permiso en un auto bus, crea un riesgo para la seguridad, un riesgo que no es natural, sino más bien extraordinario; entonces al subir una persona con un arma en su mochila sin tener la debida autorización, creo un riesgo para la seguridad, la integridad, el patrimonio y la vida de las personas, creación que sobra decir que esta jurídicamente desaprobada. En el mismo sentido del ejemplo anterior, en el desarrollo del viaje en autobús, las personas están bajo el cuidado y responsabilidad del conductor en primer lugar, lo que

José Rodrigo Orellana-Feijoo; María Lorena Merizalde-Avilés; Ariel José Romero-Fernández

se debe a que la sola conducción vehicular, de manera natural y espontánea, ya supone un riesgo; es decir, es una actividad o conducta riesgosa, pero que esta jurídicamente aprobada. Pero, si el chofer del autobús se sube y conduce estando en estado etílico, o sin haber descansado correctamente, no crea un riesgo, pero aumenta el que existe, y es este aumento lo que está jurídicamente desaprobado (Abralde, 2010).

DISCUSIÓN

La infracción al deber objetivo de cuidado, establecida como elemento del tipo del 146 COIP, que describe el homicidio por mala práctica profesional, constituye únicamente un elemento del tipo subjetivo. Sin lugar a duda, no estamos hablando de un indicio de culpabilidad, sino de un elemento muy lejano a ella. Resaltamos que la profesión de médico no es exclusiva en el tipo sino una posibilidad dentro de un listado amplio. Sería de esta manera, un error pensar que la determinación de una infracción al deber de cuidado, en una muerte causada en la práctica médica, ya responde sobre la responsabilidad penal; si no, que permite avanzar en la discusión sobre la existencia del delito; es decir, se puede constituir el tipo en su parte objetiva y subjetiva, y aun nos faltaría revisar si existe antijuridicidad y culpabilidad.

En este sentido, la imputación objetiva claramente se evidencia y se superpone como condición sine qua non, en lo que respecta a la determinación de existencia del cumplimiento o incumplimiento del deber objetivo de cuidado en una posible conducta típica de muerte por mala práctica médica. Si bien el resultado se debe producirse para la estructuración del tipo, el solo hecho de que un paciente muera en manos del médico, para nada responde sobre la existencia de una infracción al cuidado debido. Al contrario de aquello, para que se pueda configurar el tipo por completo, el resultado debe conectarse a la conducta del médico, pero esa conducta debió crear o aumentar un riesgo jurídicamente desaprobado al no haber observado las técnicas, reglas, normas o lex previsibilidad para el caso; mucho más si el resultado era previsible a su vez evitable.

José Rodrigo Orellana-Feijoo; María Lorena Merizalde-Avilés; Ariel José Romero-Fernández

CONCLUSIONES

La institución del deber objetivo de cuidado y del delito culposo en general, tiene poco desarrollo en las normas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal. Fundamentalmente los presupuestos del delito de homicidio culposo por mala práctica profesional requieren de una descripción clara en base a la teoría universal que ha permitido su evolución, situación que exige del juzgador una preparación especial en materia de derecho penal en su parte general. El deber objetivo debe ser entendido de manera general como el deber de diligencia ante una situación de riesgo o peligrosa. Así, la infracción al deber objetivo de cuidado será, la falta de diligencia que se debió tomar en una situación de riesgo. El primer presupuesto establecido en la ley para la constitución de una infracción al deber de cuidado hace un llamado a la teoría de imputación objetiva, y establece que el resultado es solo un componente del tipo, que no determina el nexo causal por sí mismo.

FINANCIAMIENTO

No monetario.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Regional Autónoma de los Andes, por motivar el desarrollo de la Investigación.

REFERENCIAS CONSULTADAS

- Abraldes, S. (2010). Delito Imprudente y Principio de Confianza. [Reckless Crime and the Principle of Reliance]. Buenos Aires: Rubinzal. <https://n9.cl/yluqc>
- Aguilar Cabrera, D. A. (2015). Problemática en la configuración del tipo. [Problems in the configuration of the type]. *Debate Jurídico*, 1-27. <https://n9.cl/xp1rq>
- Albán Gómez, E. (2010). Manual de Derecho Penal. [Criminal Law Manual]. Primera edición. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. <https://n9.cl/difhn>
- Asamblea Nacional (2014). Código Orgánico Integral Penal. [Comprehensive Criminal Code]. Registro Oficial N° 180. <https://url2.cl/53c6h>

José Rodrigo Orellana-Feijoo; María Lorena Merizalde-Avilés; Ariel José Romero-Fernández

- Cerezo Mir, J. (2001). Curso de Derecho Penal español. [Spanish Criminal Law Course]. Parte General, Teoría Jurídica del Delito. (6ta. Ed.). Madrid: Tecno editores. <https://n9.cl/r1vfm>
- Crespo Berti, L. (2021). La Mala Escritura del Médico como causa de Responsabilidad Penal. [Medical Malpractice as a cause of Criminal Liability]. *Debate Jurídico Ecuador*, 3(3), 215-226. <https://n9.cl/5z4xa>
- Dávila Newman, G. (2006). El razonamiento inductivo y deductivo dentro del proceso investigativo en ciencias experimentales y sociales. [Inductive and deductive reasoning within the research process in experimental and social sciences]. *Laurus*, 12(Ext), 180-205. <https://n9.cl/nx847>
- León, S. (2008). La ética en la práctica. Cuando algo se hace mal: del error médico a la mala praxis. [Ethics in practice. When something is done wrong: from medical error to malpractice]. *Trauma*, 19(3), 138-142. <https://n9.cl/q271t>
- Rodríguez, A., y Pérez, A. O. (2017). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. [Scientific methods of inquiry and knowledge construction]. *Revista EAN*, 82, 179-200. <https://doi.org/10.21158/01208160.n82.2017.1647>
- Roxin, C. (1997). Derecho Penal Parte General. [Criminal Law General Part]. Madrid: Rodona Industrias Gráficas.
- Welzel, H. (2005). Teoría de la Acción Finalista. [Theory of Finalistic Action]. Bogotá: Temis.