



UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO

INFORME FINAL DE PROYECTO DE ESTUDIO DE CASO

Previo a la obtención del título de:

Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República Del Ecuador.

Tema:

Caso Penal N° 17246 – 2014 - 0005, El Estado contra Carlos Julio López Ayala: “La construcción Dogmática y Normativa de los delitos de omisión”

Autora:

Tania Gabriela Villacreses Briones

Tutor:

Ab. Jorge Luis Villacreses Palomeque

Portoviejo - Manabí - Ecuador

2017

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Tania Gabriela Villacreses Briones, de forma expresa, realizo la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo de investigación: Caso Penal N° 17246 – 2014 - 0005, El Estado contra Carlos Julio López Ayala: “La construcción Dogmática y Normativa de los delitos de omisión” a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por haber sido realizada bajo su patrocinio institucional.

Portoviejo, 18 de Agosto 2017.

Tania Gabriela Villacreses Briones

C.C. 1315771327

AUTORA

INDICE

1. Introducción.....	5
2. Marco Teórico.	7
3. 2.1 La teoría del acto como manifestación de la voluntad.	7
2.2 La Acción y la Omisión.	9
2.2.1 La acción.	9
2.2.2 La omisión.....	10
2.3 Evolución histórica de la omisión en el Derecho Penal.....	12
2.3.1 La omisión en el causalismo naturalista.	12
2.3.2 La omisión en el casualismo valorativo.....	13
2.3.3 La omisión en el finalismo.....	13
2.4 La omisión como construcción normativa.....	15
2.4.1 La omisión impropia.	16
2.4.2 La omisión propia.	18
2.4.2.1 La causalidad en los delitos de omisión propia.....	20
2.5 El derecho sanitario o derecho médico.	21
2.5.1 Lex Artis.	22
2.5.2 Protocolos médicos.	23
2.6.2 La culpa como elemento subjetivo del tipo penal.....	25
2.7 La responsabilidad penal culposa del médico.....	26

3. Análisis del caso.....	28
3.1 Reseña del caso.....	28
3.2 Los hechos previos.....	29
3.3 El juicio.....	31
3.3.1 Fiscalía.....	31
3.3.1.1 Intervención y alegatos.....	31
3.3.1.2 Pruebas.....	33
3.3.2 Acusación Particular.....	36
3.3.2.1 Intervención y alegatos.....	36
3.3.2.2 Pruebas.....	37
3.3.3 Intervención y alegatos.....	38
3.3.4 Resolución.....	39
3.3.4.1 Argumento, fundamentación.....	40
3.4 Análisis Personal.....	43
3.5 Conclusiones.....	51
3.6 Bibliografía.....	52

1. Introducción

Para la presente investigación, se tiene como pretensión principal el análisis a través de un marco conceptual, dogmático y normativo, de la conducta ejecutada por el Doctor Carlos Julio López Ayala, y el razonamiento judicial que esta recibe, al ser considerada y sancionada como un delito de omisión propia.

La omisión dentro de la estructura del Derecho Penal ha tenido cambios significativos a lo largo de su desarrollo, tanto en su concepción, como en su valoración jurídico-penal. Cuando se menciona la concepción de la omisión como tal, se hace referencia a su definición; mientras que, cuando se hace referencia a la valoración jurídico penal, se remite al fundamento de la punibilidad de este tipo de delitos.

Dentro de la discusión teórica como académicos se realizan varias preguntas con respecto al tema, tales como: Cuándo nos encontramos frente a un delito omisivo, cuándo un sujeto responde por una conducta omisiva o Cuáles son los requisitos o estructuras de este tipo de delitos, y sobre todo, con énfasis en esta investigación, como se atribuye una conducta omisiva a una persona dentro de la actividad médica. Son las interrogantes que esta investigación pretende responder desde una perspectiva dogmática, y así, luego de esto, poder determinar si las actividades realizadas por Carlos Julio López Ayala dentro de una situación de emergencia, responde o no por una conducta omisiva.

Se abordará un estudio de comprensión acerca de la institución de la omisión, presentando la base de su origen, es decir, a través de lo que llamamos concepción general de conducta, o como se pretende nombrarlo en esta investigación “teoría general del acto,” pasando a exhibir su evolución histórica, formas de ejecutar una omisión y de sucinta manera aproximarnos al entendimiento de la conocida discusión de causalidad en estos delitos. A la vez se presentará concepciones claras de ciertas instituciones penales que se relacionan con la praxis médica.

Se busca mostrar una perspectiva de comprensión acerca de ciertos elementos de la responsabilidad penal médica, y porque no, constituir un aporte a la unificación de los criterios de aplicación de ciertas instituciones del derecho penal y evitar o al menos contribuir en la disminución de la manipulación política, social y mediática que envuelven a este tipo de casos y constituirse en un aporte a la unificación de los criterios de aplicación de la institución de la omisión, en beneficio de la seguridad jurídica necesaria en los procesos de transformación de las estructuras normativas penales del Ecuador.

2. Marco Teórico.

3. 2.1 La teoría del acto como manifestación de la voluntad.

Al inicio del estudio del derecho penal y la propia teoría del delito, suelen enseñar que todo análisis de caso parte o debería partir, de un acto y/o conducta, puesto que por conocimiento general, los pensamientos no son delitos. Dentro de esta instrucción cabe entonces examinar los requisitos necesarios para determinar cuándo se realiza o no una conducta y especialmente, las modalidades de realización de esta.

En el lenguaje ordinario tomando como referencia a Andrés Velásquez, la expresión conducta designa las formas de actuar, el comportamiento o, los diferentes modos de como los hombres gobiernan su vida y dirigen sus acciones (VELÁSQUEZ, 2004, pág. 232).¹ Un intento de definición general y válida, en el que podemos notar que ya se incluye la existencia de diversidad de formas dentro de la denominación de conducta.

La existencia de dos modos de manifestar un acto o conducta dentro del concepto mismo, es una teoría aceptada por casi todos los autores que de una u otra forma, bajo diferentes maneras de explicar su denominación, determinan los modos de exteriorizar un acto o conducta, esto puede ser: de forma dinámica, a

¹ VELÁSQUEZ, A. (2004). *Manual de Derecho Penal*. Bogota: Temis S.A.

través de una acción como la misma manifestación corporal o de manera estática, a través de la inacción o falta de una manifestación corporal, es decir, la falta de manifestación corporal no genera una falta o ausencia de acto o conducta, sino una forma de ella.

La idea de acto supone entonces una manifestación de voluntad y por manifestación se entiende toda forma de expresión, exteriorización hecha por medio de la palabra o de acciones o por la omisión de un deber jurídicamente exigible (VON LISZT, 1994, pág. 134)².

Los códigos penales sancionan conductas (acción y omisión) a través de normas prohibitivas (delitos de acción) y normas prescriptivas (delitos de omisión), lo último dicho en caso de tratarse de una omisión propia, tema y parte de una clasificación de la que se tratará más adelante.

Ante todo lo dicho se puede establecer entonces que la teoría del acto dentro del estudio del derecho penal, define, limita y cumple una función clasificatoria, donde se engloba y diferencia las hipótesis de conducta, “el concepto de acto comprende a todas las modalidades de comportamiento penalmente relevantes” (JESCHECK C. , 2002, pág. 248)³

Previo al estudio de los conceptos de acción y omisión dentro del acto, al ser los delitos por omisión el tema principal de esta investigación, es necesario

² VON LISZT, F. (1994). *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*. Madrid: Instituto Editorial REUS, S. A. Preciados.

³ JESCHECK, C. (2002). *"Derecho Penal, Parte General"*. Granada: Comares.

aclarar, que omisión o inacción no es lo mismo que ausencia de acto. El acto siempre supondrá una manifestación de voluntad que como se estudió en líneas anteriores puede ser estática o dinámica, mientras que en la ausencia de conducta no existe ningún tipo de manifestación propia (VON LISZT, 1994, pág. 294)⁴.

Lo que nuestro actual Código Orgánico Integral Penal, en adelante COIP, define como: Causas de exclusión de la conducta, “No son penalmente relevantes los resultados dañosos o peligrosos resultantes de fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estados de plena inconciencia, debidamente comprobados” (ASAMBLEA NACIONAL, 2014, pág. 34)⁵

Para comprender la figura, si se incurre dentro de alguna de estas causas, no existe acto o conducta, por lo tanto una vez determinado aquello, no queda nada más por analizar porque no podrían existir repercusiones en el plano jurídico.

2.2 La Acción y la Omisión.

2.2.1 La acción.

“Se entiende a la acción o comisión como la manifestación de la voluntad que se expresa aquí, con un movimiento corporal voluntario” (VON

⁴ *Ibíd*em

⁵ ASAMBLEA NACIONAL. (2014). *"Código Orgánico Integral Penal"*. Quito: Registro Oficial N° 180.

LISZT, 1994, pág. 225)⁶. Es decir el resultado del delito, es provocado o causado por un movimiento corporal externo. Acción es, según esto, todo movimiento corporal causado por un acto de voluntariedad, y a este respecto se entendía por voluntariedad a “toda conducta que, libre de fuerza mecánica o fisiológica, estuviere motivada por representaciones” (WELZEL, 1976, pág. 61)⁷.

“Desde la perspectiva de la norma de determinación de conductas, los tipos penales de acción son la base de las infracciones” (GARCÍA FALCONÍ, 2014, pág. 300)⁸ prohibitivamente hablando, lo que respondería a la potestad que se le otorga al legislador de definir conductas como delitos, determinadas por un verbo rector, y revestidas de un sinnúmero de circunstancias, donde se representaría de forma clara, la expresión de un proceso fenomenológico en sus nociones de acto, suceso o estado (VELASQUEZ, 2004, pág. 264)⁹.

2.2.2 La omisión.

La omisión o los delitos por omisión, son aquellos en los que se incurre, no realizando una acción prohibida por la norma, sino absteniéndose

⁶ *Ibídem*

⁷ WELZEL, H. (1976). *"Derecho Penal Aleman, Parte General"*. Santiago de Chile : Editorial Jurídica de Chile.

⁸ GARCÍA FALCONÍ, R. (2014). *"Código Orgánico Integral Penal Comentado"*. Quito : Latitud Cero Editores.

⁹ *Ibídem*

de realizar algo que el imperio de la ley exige que se realice. Radica en no ejecutar la ya mencionada manifestación de la voluntad de forma corporal.

Sin embargo, las definiciones y elementos que caracterizan a la omisión son muchísimos más, autores como (VON LISZT, 1994, pág. 314)¹⁰, para el cual, la omisión consiste en no impedir, voluntariamente, un resultado. “Supone que el resultado producido hubiera sido evitado por la acción, que, a pesar de ser posible por el autor y esperado, fue omitido por este” (VON LISZT, 1994, pág. 315)¹¹, definiciones propias de la escuela causal donde el resultado era la base donde se asienta su teoría.

Define (KAUFMANN, 2006, pág. 49)¹² como omisión “El no llevar a cabo una acción esperada por otro o a lo menos percibida como de posible acaecimiento, cuya realización está dentro del poder volitivo del omitente.” Sin embargo no se trata simplemente de distintas consideraciones con respecto a la omisión, cada una de ellas, responde a un autor perteneciente a una teoría o escuela, temática que se analizará al llegar al punto del estudio de la evolución histórica de la omisión.

(ZAFFARONI, 2006, pág. 444)¹³ Manifiesta que:

En el plano pretípico no existen omisiones, sino sólo acciones, debido a que la omisión no es el paro y simple no hacer (omisión no es ausencia

¹⁰ Ibídem

¹¹ Ibídem

¹² KAUFMANN, A. (2006). *Dogmatica de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons.

¹³ ZAFFARONI, E. R. (2006). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

de acción). Como la omisión no es una mera no acción, sino un no hacer algo (no hay omisión de nada), siempre habrá que tener una instancia de comparación valorativa, por lo cual el concepto de omisión es necesariamente normativo.

Zaffaroni, autor contemporáneo y caracterizado por presentar novedosas visiones acerca de instituciones jurídicas, se suma a la mayor parte de la doctrina actual donde ya no se acepta una concepción de la omisión puramente natural, si no definiciones jurídicas-penales que respondan a construcciones normativas.

2.3 Evolución histórica de la omisión en el Derecho Penal.

2.3.1 La omisión en el causalismo naturalista.

La omisión empieza a tener sus esbozos en el Derecho Penal durante esta etapa, en el último tercio del siglo XIX (SILVA SANCHEZ, 2006, pág. 19)¹⁴ donde se realizan las primeras explicaciones y definiciones de lo que se podría considerar como omisión en el derecho penal.

Uno de los primeros autores en establecer concepciones naturalistas acerca de la omisión fue (BELLING, 2002, pág. 98)¹⁵ quien determinaba a la misma como aquellos delitos que “pueden cometerse solamente por medio del correspondiente no hacer (ya sea por absoluta inactividad, o por omisión de la actividad que interesa al tipo” Este tipo de definiciones sobre el tema, no fueron

¹⁴ SILVA SANCHEZ, J. (2006). *El Delito de Omisión, Concepto y Sistema*. Montevideo: BdeF.

¹⁵ BELLING, E. R. (2002). *Esquema del Derecho Penal la doctrina del Delito Tipo*. Buenos Aires: El Foro.

factibles a la hora de aplicabilidad puesto que, bajo la teoría de este autor, sería muy difícil encontrarse en una situación de inactividad corporal total.

2.3.2 La omisión en el casualismo valorativo.

Dentro de la problemática mencionada, y ante la necesidad de dotar de precisión y fundamentos claros a los delitos de omisión, se atribuyen a la omisión caracteres o también llamadas teorías: “La negatividad y la transitividad” la primera apegada al causalismo natural de total inacción y negación indefinida, mientras que la segunda consistía en un no hacer una acción previamente determinada. (SILVA SANCHEZ, 2006, pág. 24)¹⁶.

Ya para esta nueva concepción, la omisión dependerá de una acción, acción que debe estar normada y/o reglamentada, respetando así también el principio de legalidad. “Omitir no es “no hacer nada” sino, “no hacer algo” (VON LISZT, 1994, pág. 300)¹⁷.

2.3.3 La omisión en el finalismo.

Es en esta etapa del derecho penal donde se le da especial relevancia al concepto de acción, de acuerdo a esta escuela, “la acción humana no es un

¹⁶ *Ibíd*em

¹⁷ *Ibíd*em

simple devenir causal conducido por la voluntad, si no la actividad dirigida a un fin". (KAUFMANN, 2006, pág. 56)¹⁸.

Al ser Welsel el mayor exponente de la corriente finalista, este asume una postura clara acerca de la omisión, quien considero un punto de vista ontológico (WELZEL, 1976, pág. 179)¹⁹ a su estudio, donde la omisión no es en sí misma una acción, ya que es la omisión de una acción.

Es Kaufmann el principal referente de la omisión desde la perspectiva finalista, para él, omite quien no realiza una acción final, pese a tener capacidad de acción (KAUFMANN, 2006, pág. 14)²⁰, por lo cual para esta teoría, no se basa solo en el no actuar, si no el no actuar en determinada dirección (GARCÍA FALCONÍ, 2014, pág. 288)²¹.

Esta capacidad de acción para Kaufmann consta de requisitos, estos son: Posibilidad física de actuar y Capacidad de conducción final (SILVA SANCHEZ, 2006, pág. 35)²² son estos elementos los que se darán a explicar para así entender la concepción de la omisión en esta corriente. La Posibilidad física de actuar, a simple lectura, se cree que se trata de habilidades físicas, habilidades manuales (que no deja de ser así), sin embargo, a lo que hace

¹⁸ Ibidem

¹⁹ Ibidem

²⁰ Ibidem

²¹ Ibidem

²² Ibidem

referencia este elemento es a datos externos, es decir la existencia o no de medios de auxilios para realizar la acción (KAUFMANN, 2006, pág. 55)²³.

No obstante, lo manifestado, no es suficiente para despejar la omisión según esta escuela, es por esto necesario la concurrencia del otro requisito, la capacidad de conducción o dirección final que en palabras del mismo autor, se trata de la existencia en cierta medida del conocimiento referido al curso de la acción, la dirección final requiere supervisión y guía del curso de la acción ya puesto en marcha, hasta que se alcance el fin (KAUFMANN, 2006, pág. 56)²⁴

2.4 La omisión como construcción normativa.

El derecho penal se ve en la necesidad de realizar esquemas y/o construcciones de orientación, para poder diferenciar entre la omisión y la comisión, ya que aunque no parezca complicado reconocer sus diferencias, llevarlo a lo concreto y llegar a una resolución de caso suele ser más complejo de lo que se cree, ya que responden a un sinnúmero de teorías y cada una limitada por la escuela a la que sigue la normativa penal de cada país, que realiza o debería establecer los fundamentos necesarios para la construcción de los delitos de omisión.

²³ *Ibíd*em

²⁴ *Ibíd*em

Para el derecho penal, existen dos clases de omisión, la omisión propia y la impropia, el criterio general suele ser, que la omisión propia no genera problemas a la hora de resolver casos concretos, por lo que bajo simple percepción, no es necesaria la creación de mayor fundamento normativo, sin embargo, es numerosa la doctrina y estructuras propuestas para esta clase de omisión.

La omisión impropia en cambio genera mayor debate y confrontación, ya que esta forma de omisión se construye a partir de tipos de penales de comisión, sin que se encuentre expresamente tipificado el acto. (GARCÍA FALCONÍ, 2014, pág. 361)²⁵.

2.4.1 La omisión impropia.

Se entiende a los delitos de omisión impropia, como aquellos que no se encuentran redactados en un tipo penal como tal, sino que el resultado típico, se imputa a un garante que no ha evitado la producción de un tipo penal, es decir “como si lo hubiese ocasionado mediante un hacer positivo” (JESCHECK H. H., 1981, pág. 835)²⁶, así la omisión se equipara a la comisión.

El principio de legalidad es la principal dificultad que se encuentra en el planteamiento de este tipo de delitos, a más de la problemática de la causalidad

²⁵ *Ibíd*em

²⁶ JESCHECK, H. H. (1981). *Tratado de Derecho Penal Parte General Tomo II*. Barcelona: Bosch.

propia de la omisión, ya que al no encontrarse redactados en un tipo penal, resultan de la interpretación de estos y se consideran consumados con la producción del resultado típico (JESCHECK H. H., 1981, pág. 851)²⁷.

Protagonista de este tipo de delitos será el sujeto que ostente la posición de garante, aquel que tiene un deber específico de actuar para evitar que se produzca el resultado típico. Este cometerá el delito de omisión impropio si se abstiene de cumplir con el deber específico mencionado (GÓMEZ DE LA TORRE, 2004, pág. 235)²⁸. Tanto el deber como la posición deben tener un origen normativo.

Ante los problemas planteados con respecto a la omisión impropia existen dos teorías que procederé a explicar de forma muy breve:

La primera y poco aplicada en las normativas penales, es incluir dentro de la estructura del mismo tipo penal la posibilidad de modalidad de conducta por medio de omisión y comisión, lo que salvaría a primera vista la violación al principio de legalidad.

La segunda teoría y la de mayor aceptación, es la teoría de la cláusula de equiparación, donde se propone la construcción del delito a través del establecimiento de una equivalencia de la omisión con la acción (ZAFFARONI,

²⁷ *Ibíd*em

²⁸ GOMEZ DE LA TORRE, I. B. (2004). *Curso de Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Ediciones Experiencia S.L

2006, pág. 448)²⁹ esto, a través de una cláusula de equiparación, que debe encontrarse establecida normativamente dentro del código de la materia.

Para tener en cuenta, cabe manifestar que nuestro COIP, responde a esta segunda teoría, según la cláusula de equivalencia establecida en el inciso dos, del artículo 23 de la normativa mencionada “No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo” (ASAMBLEA NACIONAL, 2014, pág. 34)³⁰.

2.4.2 La omisión propia.

La esencia de los delitos de omisión propia consiste en la infracción de un mandato (JESCHECK H. H., 1981, pág. 882)³¹ mismo que está establecido como un tipo penal prescriptivo, es decir, el delito se encuentra claramente redactado, siendo el tipo, el elemento básico para su comprensión donde el deber de actuar se encuentra determinado en el mismo.

Sin embargo aunque parezca muy simple de comprender y aplicar, la dogmática penal ha construido una estructura distinta al esquema de los delitos de comisión; tomando como ejemplo el esquema propuesta por (FINGER, 1932, pág. 88)³² donde se encuentran los requisitos de los delitos de omisión propia.

²⁹ *Ibíd*em

³⁰ *Ibíd*em

³¹ *Ibíd*em

³² FINGER, A. (1932). *Derecho Penal Tomo I*. Berlin.

Para esta estructura los mandatos a los que se ha hecho referencia a lo largo de este trabajo, están siempre vinculados a determinados requisitos, por lo tanto, no se establece simplemente el precepto de obrar, sino el de obrar dentro de determinadas circunstancias (KAUFMANN, 2006, pág. 109)³³.

Los requisitos según este esquema serían: “1. Que se dieran las circunstancias previstas en el mandato, 2. Que el obligado pudiera obrar, y no obstante permaneciera inactivo, 3. Que la persona inactiva haya conocido su deber o hubiera podido conocerlo con la atención debida” (KAUFMANN, 2006, pág. 109)³⁴ se entiende entonces para esta tesis, que para la existencia y exigencia de un deber, deben concurrir requisitos, y solo luego de su cumplimiento, se establece un deber de obrar.

WELSEL, crea también una estructura para los delitos de omisión propia, en la que presenta, la forma en la que se debería articular la tipicidad de este tipo de delitos, estudiando el tipo objetivo; para el autor, en su esquema, deben concurrir tres circunstancias:

1. Concurrencia de una situación y circunstancias determinadas, 2. No realización de una acción determinada, y la tercera circunstancia a la que el autor consideraba la más vital, el poder fáctico del omitente para llevar a cabo la acción. (WELZEL, 1976, pág. 174)³⁵. Las dos primeras circunstancias responderían a la adecuación simple a un tipo penal, mientras la tercera,

³³ *Ibidem*

³⁴ *Ibidem*

³⁵ *Ibidem*

corresponde a la capacidad que tenga el sujeto de ejecutar el mandato descrito con respecto a cada caso.

Para el mismo autor, el sujeto tiene que estar en condición de reconocer y de poder seleccionar los medios aptos para llevar a efecto el objetivo prescrito y tener la posibilidad real física de aplicar los medios elegidos ejecutar el acto planeado (WELZEL, 1976, pág. 277)³⁶. Es decir, las circunstancias que deberá valorar el juez al momento de determinar la existencia de un delito de omisión propia, no se encuentran definidas en el tipo penal, como a primera vista se pueda creer, sino que dependerán de circunstancias relativas a cada caso particular.

2.4.2.1 La causalidad en los delitos de omisión propia.

La problemática de la causalidad de la omisión, es siempre materia de discusión cuando se estudian este tipo de delitos, donde se invierte el concepto causal de acción para la omisión, y con ello “el curso causal hipotético, que surgiría al materializarse una acción” (KAUFMANN, 2006, pág. 76)³⁷. La mayoría de autores niegan de plano la existencia de causalidad en la omisión (KAUFMANN, 2006, pág. 76), y autores como SCHMIDT consideran esta discusión como estéril y sin sentido.

La mayoría de las teorías de causalidad en los delitos omisivos se abordan en la omisión impropia, donde incluso es afirmada, mientras que en los

³⁶ *Ibíd*em

³⁷ *Ibíd*em

delitos de omisión propia al consistir en la contravención de una norma de mandato, esta entonces “se ajusta a la redacción expresa del tipo al no llevar a cabo una actividad volitiva, no pudiendo surgir, evidentemente la cuestión causal” (SCHMIDT, 1929, pág. 101)³⁸

Un elemento del concepto de omisión, la ausencia de una determinada acción (la omitida), es, pues, causal de sucesos o de la no producción de sucesos. Y, en esta medida, teniendo en cuenta la causalidad de la ausencia de la acción (omitida) cabe llamar «causal» a «la omisión» (KAUFMANN, 2006, pág. 80)³⁹.

Se estima a lo último señalado como una posición incluso forzada de parte del autor para calificar como causal a los delitos omisivos, e introducir la denominación de causalidad al estudio.

Autores como (ZAFFARONI, 2006, pág. 446)⁴⁰ consideran que “en la tipicidad omisiva no existe un nexo de causación, justamente porque debe existir un nexo de evitación”. Es decir, el delito se determina comprobando la hipótesis de la conducta debida que evita el resultado.

2.5 El derecho sanitario o derecho médico.

Derecho Sanitario o Derecho médico, son denominaciones resultantes de la concepción de una rama o subrama del derecho, cuyo fin es la unificación para el estudio de las normas, reglamentos, acuerdos, resoluciones, políticas

³⁸ SCHMIDT, E. (1929). *Das Resichsgericht Un Die* . Berlin : De Gruyter.

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ *Ibidem*

sanitarias, que regulan el ejercicio de la actividad médica, marcando clara diferencia de lo que es la medicina legal o forense, rama con la cual suelen confundirla. Comprende el estudio de un cúmulo de materia legislativa, que va desde el propio Derecho a la Salud consagrado en la Constitución, hasta la simple regulación de como constituir acuerdos y directrices dentro de una junta médica.

2.5.1 Lex Artis.

De forma general, una lex artis es el conjunto de normas y directrices aplicadas al ejercicio de una profesión u oficio, en el ámbito médico se trata de “la suma de reglas técnicas escritas y no escritas aplicables al conjunto de actividades médico-sanitarias que, han sido aceptadas por la comunidad científica a través de determinados consensos, y que permiten unificar criterios para mejorar la atención al paciente” (CHAI, 2006, pág. 88)⁴¹ donde el medico ejecuta actividades determinadas en un procedimiento establecido para situaciones clínicas concretas.

El fin de una lex artis es estandarizar oficialmente los procedimientos médicos evitando así tratamientos, erróneos, arbitrarios o intervenciones quirúrgicas practicadas sin necesidad ante un método alternativo menos riesgoso y más eficaz (CHAI, 2006, pág. 85)⁴² Volviéndose estos en parámetros de

⁴¹ CHAI, R. A. (2006). *Responsabilidad Penal Médica*. Buenos Aires: Hammurabi.

⁴² *Ibidem*.

evaluación que por la naturaleza de la actividad que regulan, su precisión a la hora de determinarlos se vuelve más que necesaria.

2.5.2 Protocolos médicos.

Los protocolos médicos o protocolos de atención a la salud, son indicaciones oficiales de los pasos a seguir dentro de procedimientos sanitarios, de situaciones y enfermedades específicas, donde se describen la secuencia de un proceso médico. Estos protocolos representan el resguardo, de los galenos ante los eventuales reclamos en caso de lesiones o muerte de los pacientes que atienden en el diario ejercicio de su profesión.

Si los protocolos médicos son seguidos, las actuaciones sanitarias son justificadas, ya que estas, se encuentran avaladas por autoridades científicas, resultado de estudios y consensos, pues parten de la misma *lex artis* médica. Existen dos niveles de protocolos de atención sanitaria, los genéricos, y los establecidos en cada centro de salud.

2.6 La Culpa.

2.6.1 La Culpa dentro del juicio de reproche.

El juicio de reproche, era la forma en la que se denominaba también a la Culpabilidad, como categoría dogmática, comprendida como la concepción o relación psicológica entre los hechos y el autor, “En una primera fase, la culpabilidad se concebía, como relación subjetiva del sujeto con el resultado”. (ROXIN, 1997, pág. 797)⁴³. Bajo esta idea se ubicaban todos los elementos objetivos del delito en el injusto y todos los subjetivos en la culpabilidad, así el dolo y la culpa se encontraban dentro de la categoría de la culpabilidad, posición propia del causalismo.

La culpa bajo esta concepción, y mantenida en nuestra normativa penal hasta antes del COIP, se encontraba ligada a la negligencia, impericia o imprudencia, entendiendo la culpa entonces como el “no actuar sin la debida diligencia” (ALBAN GOMEZ, 2011, pág. 207)⁴⁴. Sin duda los conceptos mencionados (negligencia, impericia o imprudencia) carecen de objetividad y dan vía a la evitada discrecionalidad, por lo que con la evolución de la teoría del delito, se cambia la visión causalista por una normativa donde la culpa cambia

⁴³ ROXIN, C. (1997). Derecho Penal Parte General, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito . Madrid : Cevitas S.A.

⁴⁴ ALBAN GOMEZ, E. (2011). Manual de Derecho Penal Parte General . Quito: Ediciones Legales .

de posición dentro del esquema, ubicándose en la tipicidad de la misma y redefiniendo su propia concepción.

2.6.2 La culpa como elemento subjetivo del tipo penal.

La culpa bajo este esquema, se redefine de forma normativa y constituye su núcleo en la infracción de un deber de cuidado (GARCÍA FALCONÍ, 2014, pág. 337)⁴⁵, lo cual ya recoge nuestro COIP, en su artículo 27, determinando la condición de existencia de un resultado y la reserva exclusiva de tipicidad.

Para la concepción del deber objetivo de cuidado, deben existir reglas y procedimientos concretos o estandarizados y determinados para el ejercicio de las conductas, donde su falta de observación y aplicación acarrearía en una falta al deber objetivo de cuidado, primer elemento constituyente para determinar un delito como culposo, lo siguiente sería establecer la existencia de la relación entre la falta del deber objetivo de cuidado con el resultado producido.

En los delitos culposos debe existir un resultado o una lesión a un bien jurídico determinado, sin embargo la sola existencia de la lesión a un bien jurídico no resulta en un delito culposo, ya que este requiere la infracción a un deber de cuidado, a su vez la sola infracción al deber objetivo, sin resultado tampoco genera un delito culposo.

⁴⁵ *Ibídem*

La complejidad que pueden generar los delitos culposos es la confusión del delito culposo activo con la omisión, si bien en la culpa siempre hay un momento omisivo donde no se pone diligencia o no se observa el cuidado, esto “no puede confundirse, porque el tipo culposo activo prohíbe una acción” (ZAFFARONI, 2006, pág. 430)⁴⁶.

2.7 La responsabilidad penal culposa del médico.

La actividad médica ante el derecho penal, ha sido a través del tiempo motivo de amplias discusiones, por el hecho de que se somete a los posibles errores médicos a una sanción penal, pues adecúa su actuar en un delito. Cabe entonces determinar las reglas o parámetros que precisan la existencia de responsabilidad penal médica.

Sin lugar a duda, las infracciones penales médicas pertenecen al ámbito culposo, por el mismo fin de su profesión que es la protección al bien jurídico vida o salud, “El fin curativo excluye al dolo en esta clase de intervenciones” (CASABONA, 1981, pág. 66)⁴⁷, Sin embargo, algunos juristas consideran la posible existencia de un dolo eventual, cuando es tan grande la cantidad de errores técnicos, de retraso de decisiones y omisiones de reglas o directrices, donde entonces cabe pensar la inexistencia de un fin curativo.

⁴⁶ *Ibíd*em

⁴⁷ CASABONA, R. (1981). *El Médico y el Derecho Penal*. Barcelona: Bosch.

Sin embargo, en principio, se trata de un delito culposo, donde se pretende establecer responsabilidad penal al ejercicio médico por un actuar negligente o imprudente bajo la inobservancia de formulaciones previas (protocolos, Lex Artis, manuales etc.). Es el cumplimiento de estas reglas previas, (falta del deber objetivo de cuidado) lo que determina en principio la responsabilidad médica, ya que si las mismas han sido ejecutadas de forma correcta, los resultados serán penalmente irrelevantes, como ya se explicó en el título de los delitos culposos. Es decir, un médico no responde por resultados, si no por el medio, el cumplimiento o no de los procedimientos establecidos.

3. Análisis del caso.

3.1 Reseña del caso.

Carlos Julios López Ayala, médico de especialidad en cirugía abdominal, es procesado y condenado por el delito de negativa de atención a un paciente en situaciones de emergencia, delito de omisión propia, tipificado en el artículo 13 de “Ley de amparo al paciente”. Al ser un delito de acción penal pública, la titularidad de la acción recae sobre la Fiscalía, quien para efectos del presente caso, fue representada por el señor fiscal abogado Fabián Almeida, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 195 de la Constitución. Además se presenta acusación particular a través de un representante legal, el abogado Emiliano Donoso.

La etapa de evaluación y preparatoria a juicio fue sustanciada por la Jueza del Juzgado Décimo Tercero de Garantías Penales, con sede en la ciudad de Quito, Dra. Geoconda Lorences, quien dictó el auto de llamamiento a juicio; que en lo posterior recaería sobre el Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha, conformado por los señores Dr. Galo Rumiango Urbano, Ab. Mabel Tapia Rosero y el Dr. Edi Villa Cajamarca, de quienes obtuvo el procesado sentencia condenatoria, ratificada en apelación.

3.2 Los hechos previos.

Los hechos ocurrieron el día 12 de septiembre del año 2009, aproximadamente a las 19H30, cuando en la Av. Caminos de Orellana, en la parroquia de Guápulo, la señorita Charlotte Stephanie Marie Mazoyer, fue víctima de un asalto y durante éste, recibe un disparo frontal en el torax, produciéndole una herida a la altura del segundo espacio intercostal izquierdo.

La víctima fue trasladada a la Clínica privada Pichincha, ubicada en la calle Páez, entre la Ramírez Dávalos y Veintimilla, ingresando al área de emergencias a las 20h09, sin embargo al no contar el centro de salud con un médico de interconsulta de la especialidad de cirugía cardiotorácica, no es ingresada inmediatamente a quirófano, **practicándosele hasta las 20H40 un examen de rayos X**, que registraba una hemorragia en abdomen derecho y confirmaba la trayectoria del proyectil y la sospecha de una lesión cardíaca penetrante, radiografía que fue revisada por el médico emergencista a las 20H20, estableciéndose a las 20h40 que el único cirujano cardiotorácico que conformaba el cuadro de llamadas era el Dr. Mario González, quien no se encontraba en la ciudad y al no encontrar un reemplazo a esa hora se convoca al Dr. Carlos Julio López, para que se integre al equipo que ha debido ser liderado por un cirujano cardiotorácico.

Carlos López acude y **a pesar de que se trataba de un caso de trauma cardíaco penetrante por arma de fuego, especialidad distinta a la suya**

asume a su cargo la paciente terminándose la búsqueda del especialista requerido, quedándose el Dr. Carlos López, cirujano abdominal, frente a este caso cardioráxico.

El Dr. Carlos López, cirujano abdominal, **atiende la lesión cardíaca, y realiza transfusiones y maniobras de descompresión torácica**, postergándose la cirugía cardíaca hasta las 21H50 en que **se realiza un Eco Fast**, desechándose el signo del orificio de ingreso del proyectil en la lesión precordial que concatenado con la lesión hepática, marcaba la trayectoria interna del disparo en cuyo intermedio se encuentra el corazón; a las 21H50 el Dr. López describe un episodio de bradicardia que **trata de controlar con medicamentos**, a las 22h10 antes de comenzar la Laparotomía e inducir la anestesia la paciente Mazoyer sufre un paro cardíaco y no responde a estimulación externa y **obliga al cirujano a abrir una ventana a la altura de la apófisis xifoides para alcanzar el corazón y darle un masaje directo, percatándose el Dr. Carlos López que el corazón tenía dos agujeros en su aurícula derecha, por lo que decide realizar una toracotomía**, y exige la presencia de un cirujano cardioráxico, tratando el Dr. Carlos López de suturar las heridas cardíacas, sufriendo la paciente varios paros cardíacos; hasta las 22H50 que ingresa un cirujano cardioráxico, el Dr. Luis Rojas quién le manifiesta al Dr. Carlos López que él ya ha hecho todo, y que la paciente está muerta, porque esta exanguinada y tenía las pupilas midriáticas, pese a esto le colabora y termina de suturar el corazón a las 23H00, luego de lo cual el Dr. Carlos López atiende el problema hepático hasta las 01H15 del 13 de septiembre del 2009, cuando la paciente es declarada muerta.

3.3 El juicio.

Tomaré en cuenta la etapa del juicio como referente principal a detallar, previo a mi análisis personal, no solo por ser la etapa procesal más completa, sino que es de acuerdo a los hechos demostrados en esta audiencia, mediante pruebas, que los jueces del tribunal, toman una decisión y emiten una resolución, misma que es la que pretendo aquejar.

Procederé a detallar, de forma sucinta, **las intervenciones de las partes procesales, sus teorías jurídicas y pretensiones**, dentro de sus alegatos, de igual forma, los testimonios más relevantes como parte del acto probatorio, que conducen a probar sus afirmaciones.

3.3.1 Fiscalía.

3.3.1.1 Intervención y alegatos.

Instalada la audiencia de juicio, el presidente del Tribunal procedió a autorizar la intervención de los sujetos procesales, **actuando el Fiscal en primer orden, quién expuso en su alegato de apertura en forma sucinta los hechos relatados en la denuncia, e indica:**

La víctima de este caso, fue trasladada a la Clínica Pichincha, ingresando a las 20H30 y durante 30 minutos se omite la presencia de un médico especialista en cirugía cardiotorácica, pues el que se encontraba de turno, estaba fuera de la ciudad. A las 20H40 se convoca al cirujano abdominal, Carlos López Ayala, quien no exige la presencia de un especialista cardiotorácico, ni solicita traslado de la paciente a otra clínica, si no que **asume el cargo sin tener la especialidad necesaria**, sin exigir intervención quirúrgica, sufriendo la paciente un grave trastorno a las 22H10 al encontrarse la paciente dentro del quirófano, donde le practicarían una cirugía al hígado, sufriendo un paro cardiaco, por lo que **el Dr. Carlos López abre una ventana pericardiaca para proceder a realizar un masaje**, donde se percata que su corazón ha tenido son agujeros en su aurícula derecha, por lo que decide realizar una toracotomía desde las 22h10 hasta las 22h5, cuando llega el Dr. Luis Rojas, cirujano cardiotorácico, quién le manifiesta que él ya ha hecho todo y que la paciente está muerta.

La teoría jurídica objeto de la acusación, es la negativa de atención al paciente, **pues la Clínica Pichincha niega la atención a la paciente por falta de un cirujano especialista, y porque el Dr. Carlos López al no ser especialista en cirugía cardiotorácica, y al asumir el caso, ha negado la atención que la paciente necesitaba.**

3.3.1.2 Pruebas

A continuación procedió a presentar su prueba consistente en lo siguiente:

Testimonios:

Carlos Franklin Pazmiño Pino, sobre el informe de historia clínica.

En síntesis manifiesta que: La paciente ingresó a las 20H09 según videos de seguridad, encontrándose despierta y con dolor, con disminución del murmullo del aire pulmonar, con un orificio en área intercostal izquierda, **a quien le han realizado ECOFAST y un examen de rayos X de tórax, por parte del Dr. López, obteniendo diagnóstico a las 21H00, además se le colocaron tubos torácicos para la salida de sangre que aplastaba el pulmón;** a las 21H00 pasa a la sala quirófano con las respectivas notas de emergencia determinadas como un SHOK grado 3.

En las conclusiones se establece la necesidad de un cirujano cardior torácico y un cirujano de abdomen verificando además en la historia clínica que a la paciente se le ha tomado 3 presiones arteriales en cirugía general, anestesiología y enfermería, que la toma de cirugía general a las 09H30 era diferente a la de anestesiología que fue tomada a la misma hora describiendo la toma de anestesiología que recibe una paciente shokada, iniciándose la inducción anestésica a las 22h15 y la cirugía a las 22H45.

Miguel Oswaldo Vinueza Rojas, quien es PHD como cirujano cardiotorácico, quien ha realizado un análisis del caso:

Estableciendo que la paciente recibió un disparo que lesionó el pulmón derecho, el hígado y el diafragma y a su entender lesionó el corazón, que una paciente con una herida que compromete los dos hemitorax, **era un caso de cirugía y se debía hacer una toracotomía de manera inmediata y no hacer otros procedimientos**, por cuanto según su opinión **no se debió haber colocado ningún tubo, porque perdió sangre** a través del tubo y era preferible que quede la sangre para que frene el sangrado, que si el proyectil ha realizado un trayecto oblicuo era obvio pensar que lesiono el corazón, que en este caso la mejor opción ha sido realizar una toracotomía y si no había lesión se volvía a cerrar, siendo una operación que debía ser realizada por un cirujano cardiotorácico.

La radiografía permite establecer una lesión a nivel del mediastino, la toracotomía no es operación de corazón abierto, pero se requiere de un especialista cardiotorácico, y el Dr Carlos López no tiene esa especialidad, debiendo tener la clínica dos cirujanos cardiotorácicos a quien poder requerir su presencia, por lo tanto, la responsabilidad era del médico que atendió a la paciente, quien lo hizo dentro de sus capacidades, porque no tenía otra alternativa.

James Iván Franco Vinuesa, cirujano cardiotorácico, con 26 años de especialidad, que en el año 2009 ha sido médico asociado de la Clínica Pichincha, que en su informe se ha referido:

Una paciente de 26 años de edad, que una hora antes de llegar a la clínica sufrió un disparo torácico, **fue atendida en el hospital con signos de shock hipovolémico**, con taquicardia, a quien se le ha realizado rayos X y tomografía y luego de dos horas ha sido ingresada a la sala de operaciones, estableciendo que a su criterio, cuando llegó la paciente requería una atención quirúrgica, porque la lesión podía comprometer el corazón y grandes vasos, al tratarse de una herida de bala en el segundo espacio intercostal, donde además se evidencia un derrame pleural en la cavidad del lado derecho, lo que hacía sospechar que tenía una herida cardiaca, y **se debía hacer una toracotomía para tener control del corazón y de los pulmones, en cambio lo que se lo que se hizo fue colocar un tubo de drenaje torácico a lado derecho e izquierdo, lo que pudo aumentar el nivel de sangrado, al aumentar el fluido de sangre**, y al producirse un desangramiento esto puede generar un shock hipovolémico, el ATLS es un procedimiento que se utiliza en la atención para pacientes politraumatizados, por lo que en este caso no era necesario, y **-más aún cuando todo cirujano cardiotorácico sabe que es una herida mortal-** y que se tiene minutos para solucionar este problema, no siendo el ATLS un examen aconsejable, puesto que no había otras alternativas para tratar un trauma cardiaco.

Testimonio de Manuel Danton Suarez Rites

El día 12 de septiembre del 2009, tras haberse encontrado con su esposa Leticia Pozo en la clínica Nova, puesto que ahí atendían a su suegra, su esposa ha recibido una llamada de uno de sus hijos, indicándole que sus amigos le habían solicitado que acuda a la clínica Pichincha para que ayude en alguna situación, y a las 21h00 aproximadamente se han dirigido a la clínica Pichincha y en la sala de espera de emergencia se han encontrado con algunas personas que manifestaban la existencia de un caso de baleada a una mujer de nacionalidad francesa y solicitaban una tarjeta de crédito.

En el contrainterrogatorio manifiesta que no le consta que Charlotte Mazoyer no era atendida, pero que si pedían un voucher como garantía.

3.3.2 Acusación Particular.

3.3.2.1 Intervención y alegatos.

Se le concede el uso de la palabra al abogado representante de la acusación particular, quien manifiesta:

Durante la presente audiencia se va demostrar que la víctima arribó a la Clínica Pichincha, a las 20H09, luego de ser herida por un arma de fuego a la altura de su corazón, a las 20H22, el emergenciólogo realiza una placa radiológica, recibe los resultados y llama al cirujano cardiorácico de turno,

quien no se encontraba en la ciudad, y a pesar de existir un diagnóstico quirúrgico no se vuelve convocar a un cirujano cardiororácico, arribando a las 20H45 el Dr. Carlos López quien no era un experto en la materia.

Solamente se realizaron simulaciones de atención, valorándola el Dr. López sin ser especialista en la materia, quien realizó una serie de procedimientos que simulaban la operación, que no eran oportunos ni eficaces y provocaron el aceleramiento de su muerte. -La teoría del caso no se conduce a establecer la muerte de la víctima como responsabilidad de los médicos, sino a establecer que estos no la atendieron-.

3.3.2.2 Pruebas.

A continuación procedió a presentar su prueba consistente en lo siguiente:

Testimonio de David Emanuel Bercovici Pineda

Que el 12 de septiembre del 2009 se ha encontrado en la casa de Galo, con Judy y Julia cuando Judy ha recibido una llamada, manifestándole que algo le había sucedido a Charlotte, por lo que se han dirigido a la Clínica Pichincha, lugar donde se ha encontrado con una chica quien le ha preguntado si son amigos de una persona extranjera quien estaba herida de bala y se quejaba mucho, encontrándose además con un señor Crespo quien había sido la persona que había llamado al 911 y se ha encontrado bastante ofuscado, luego de lo cual

Judy le ha manifestado que necesitaba una tarjeta de crédito y al acercarse a la ventanilla un señor le ha manifestado que necesitaban un respaldo bancario, por lo que, su amiga Julia ha manifestado, que iba a buscar la tarjeta a su casa, pero luego una señora se ha acercado a la ventanilla indicando que iba a poner la tarjeta para una chica francesa, luego de lo cual un doctor ha manifestado que la iban a operar y que duraría unas dos o tres horas, por lo que se han retirado a la casa de su amiga Julia donde posteriormente les han comunicado que Charlotte había muerto.

Contrainterrogatorio Defensa Francisco López: No ha pasado al área de emergencias porque el guardia no lo permitió.

3.3.3 Parte procesada

3.3.3 Intervención y alegatos

Se le concede el uso de la palabra al abogado del procesado, quien al presentar su alegato de apertura manifestó en síntesis lo siguiente:

La víctima de este caso llega a la clínica Pichincha a las 20h0, luego de lo cual se le prestan los primeros auxilios por parte del Dr. Vidal y varias enfermeras y constatan el tipo de heridas, se le da oxígeno, se solicita radiografías, pruebas de laboratorio, sin lograr entender dónde está la desatención, al percatarse que el médico especialista no se encuentra en el país, se convoca al Dr. Carlos Julio López Ayala, quien asume sus funciones realizando actos propios de la medicina, quien al establecer que había sangre en

el tórax, por lo que coloca tubos torácicos para eliminar la sangre, brindando atención a la víctima.

A continuación procedió a presentar su prueba consistente en lo siguiente:

Testimonio de Carlos Julio López Ayala, quién en uso de su derecho a la defensa rinde declaración.

3.3.4 Resolución.

3.3.5 Decisión

ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, el Sexto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha dicta sentencia, DECLARANDO LA CULPABILIDAD, de CARLOS JULIO LÓPEZ AYALA, por ser AUTOR del delito tipificado y sancionado en el artículo 13 de la Ley de Derechos y Amparo al Paciente, en concordancia con los artículos 9 y 12 ibídem y 12 y 42 del Código Penal; imponiendo DOCE MESES DE PRISIÓN.

3.3.4.1 Argumento, fundamentación.

Dentro de la fundamentación de la amplia pero nada estructurada resolución del tribunal, los argumentos establecidos más apegados al caso y los hechos son los siguientes:

La conducta a la que se refiere la descripción normativa objeto de la acusación tiene como verbo rector el “negar” la atención a pacientes en estado de emergencia, debiéndose entender que esta negativa se remite a un caso especial emergencia como la urgencia médica que plantea una amenaza inmediata para la vida de una persona que no puede ser demorada y por ende se refiere a la omisión en la prestación del servicio requerido de manera inminente, indispensable, improrrogable y adecuado, tanto en la disponibilidad especial de un espacio físico adecuado, como del conocimiento idóneo del prestador del servicio.

El tribunal analiza la prueba en su conjunto, lo que conlleva a determinar, que existió con certeza una negativa de atención a la paciente Mazoyer, por cuanto como se refirió anteriormente la prestación de atención a un paciente en estado de emergencia requiere un servicio adecuado y de calidad conforme a la gravedad del estado de salud con el que ingresa el paciente, convirtiéndose esta prestación de servicio como el mecanismo para precautelar la salud, demostrándose en la especie con la prueba así referenciada que existió falta de atención a la paciente Mazoyer al exigirse la presentación de una tarjeta de crédito como condicionamiento para su atención, la paciente ingresó a las 20H09'56” al mencionado centro médico, momento **desde el cual se le brindó**

una atención básica sin considerar la gravedad de su estado, sin prestarle la atención médica requerida, y pese al arribo al centro médico a las 20H46 por parte del Dr. Carlos López médico cirujano quien manifiesta haber asumido la atención de la paciente.

En la atención no se contó con el personal necesario y capacitado para atender el caso emergente que requería la paciente, permitiendo que la intervención médica brindada sea inadecuada, denegando la posibilidad de la realización de la cirugía requerida toracotomía por un especialista, circunstancias descritas que permiten establecer que en el caso en concreto no ha existido la prestación de una atención adecuada a la paciente Mazoyer.

Cuando procede el Dr. Carlos López, interviene sin la presencia de un cardiorácico que le colabore al ingresar a la cirugía, contrario sensu a un proceder lógico y racional, que hubiese permitido una adecuada y debida atención a la paciente.

En relación a la responsabilidad de Carlos Julio López Ayala, este juzgador considera que se ha probado con: el testimonio de Miguel Oswaldo Vinuesa Rojas, cirujano cardiorácico quien estableció que a su entender con la lesión de la paciente, quien tenía un trayecto oblicuo del proyectil, era obvio pensar que se lesiono el corazón, y por ende **se requería realizar una toracotomía de manera inmediata para abordar los órganos lesionados, y no hacer otros procedimientos** puesto una vez la paciente ubicada en el quirófano se podía haber pedido una radiografía de torax, una biometría y los demás

exámenes, puesto que la paciente se encontraba inestable perdiéndose tiempo desde que se le recibió hasta que fue operada, **según su criterio lo que se ha debido realizar es una toracotomía de manera emergente, con la presencia de un cirujano cardiorácico**, perdiéndose en el presente caso tiempo desde el ingreso de la paciente hasta cuando ha sido atendida en la sala de emergencias.

3.4 Análisis Personal.

De acuerdo al objetivo general de mi proyecto, corresponde en este análisis, determinar si los actos realizados por el Doctor Carlos Julio López Ayala, responden a un delito omisivo, o a la errónea interpretación del derecho por parte de los jueces del tribunal, de acuerdo a los hechos probados en la audiencia de juicio.

Las normas jurídicas y con cierto grado de especificidad los tipos penales, son la base de la que dispone un juez para determinar la existencia de un delito, estos tipos penales presentan una estructura que relaciona el hecho con la consecuencia jurídica. Entonces como administradores de justicia los jueces **en primer término**, deben observar los hechos probados en la audiencia y estudiar si estos se adecúan al tipo penal.

El artículo 13 de la Ley de amparo al paciente, es un delito de omisión propia, de naturaleza prescriptiva, sin embargo, lo que se acaba de mencionar, es decir, la esencia del delito, en ningún momento fue materia de análisis por parte del tribunal, se hace referencia al termino omitir sin estudiar o analizar la institución de la omisión.

El artículo al que se hace mención establece:

“Los responsables de un centro de salud que se negaren a prestar atención a pacientes en estado de emergencia, serán sancionados con prisión de 12 a 18 meses...” (CONGRESO, 1995). Se trata de un precepto muy general, que llama a un análisis obligado de cada caso concreto a la hora de su aplicabilidad para poder establecer cuando se niega o no asistencia médica dentro del cumplimiento de un deber, característica propia de los delitos de omisión.

En el ámbito de las responsabilidades médicas, estas pueden ser, civiles, administrativas o penales, nos ocupa para este análisis el ámbito penal. Dentro de esta área del derecho, son dos las formas doctrinal y jurisprudencialmente aceptadas de forma mayoritaria, para configurar responsabilidad penal médica, estas son: una omisión o una comisión culpable. Cabe determinar, si el procesado debe responder penalmente por una conducta omisiva.

Analizando el tipo penal con el que se procesa al doctor Carlos López, su naturaleza y el elemento “tipicidad objetiva”, dentro de la estructura típica que presenta este, el verbo rector, determina la modalidad de la conducta, y es esto a lo que me referiré en este análisis.

En el tipo penal con el que procesan al Dr. López, el verbo nuclear es negar, lo que representa una conducta por omisión, redactada en el mismo tipo penal (omisión propia), es decir, el tipo lo describe, y se configuraría este elemento con el no atender sanitariamente, (no cumplo el deber o mandato de atender), lo que es igual a negar atención. Los mandatos son dirigidos a un sujeto activo determinado, que responde a deberes específicos de acuerdo a sus actividades, en este caso, el ejercicio médico.

Para constituir un delito por omisión, debe existir ausencia de manifestación de la voluntad dinámica, o de forma corporal, para este caso entonces, se tenía que configurar la ausencia de atención para solo así determinar la existencia de la omisión. Según lo probado en audiencia de juicio, y lo manifestado en las propias teorías jurídicas de la fiscalía y la acusación particular:

“El Dr. López sin ser especialista en la materia, realizó una serie de procedimientos que simulaban la operación, que no eran oportunos ni eficaces y provocaron el aceleramiento de su muerte” Alegato de apertura, Acusación particular.

“La teoría jurídica objeto de la acusación, es la negativa de atención al paciente, pues la Clínica Pichincha niega la atención a la paciente por falta de un cirujano especialista, y porque el Dr. Carlos López al no ser especialista en

cirugía cardiotorácica, y al asumir el caso, ha negado la atención que la paciente necesitaba” Fiscalía.

Se configura aquí de manifiesto, la prestación de atención sanitaria por parte del procesado, pues en el ámbito del ejercicio de una profesión, la realización de procedimientos propios de su actividad, aunque estos fueran errados, no conllevan a establecer una omisión, mucho menos propia, donde la conducta está definida.

Si bien cuando existen “procedimientos inoportunos” como manifiesta fiscalía, siempre existirán momentos omisivos donde no se pone diligencia o no se observa el cuidado, sin embargo, esto no puede confundirse con la omisión, porque el tipo activo al que si respondería prohíbe una acción, mientras que el omisivo la ordena, mandato que fue acatado, a la hora de atender.

“Era un caso de cirugía y se debía hacer una toracotomía de manera inmediata y no hacer otros procedimientos, por cuanto según su opinión no se debió haber colocado ningún tubo, porque perdió sangre” Testimonio fiscalía, estudio de historia clínica, experto cardiotorácico.

El tribunal:

“El tribunal analiza la prueba en su conjunto, lo que conlleva a determinar que existió con certeza una negativa de atención a la paciente

Mazoyer.. La prestación de atención a un paciente en estado de emergencia requiere un servicio adecuado y de calidad, en la atención no se contó con el personal necesario y permitiendo que la intervención médica brindada sea inadecuada, negando la atención quirúrgica.”

“Procediendo el Dr. Carlos López a intervenir sin la presencia de un cardiorrácico que le colabore al ingresar a la cirugía, contrario sensu a un proceder lógico y racional que hubiese permitido una adecuada y debida atención a la paciente”.

La denegación de socorro, que es la forma general doctrinal como se conoce en el ámbito del derecho sanitario a este tipo de delitos, supone en “no poner en marcha ningún tipo de dispositivo de ayuda sanitaria” (CASABONA, 1981), precepto de naturaleza pasiva, donde se espera para su configuración una conducta estática ante un deber, con esto no se trata de comprender a la omisión como el simple no hacer, si no, entender a la omisión dentro del contexto de las actividades médicas, donde si el deber jurídico de mandato es atender, este deber se configura con la sola realización de labores médico sanitarias, distinto sería, alegar que no hubo omisión por la realización de cualquier actividad fuera del espectro sanitario.

A más de lo ya determinado, dentro de los delitos de omisión propia, deben ser analizados en cada caso, requisitos para configurar un delito por omisión, relacionados a las circunstancias acontecidas en el caso.

El primer requisito es: Que se dieran las circunstancias previstas en el mandato, como ya se explicó en el párrafo anterior, el mandato se cumple o no de acuerdo a las actividades del ejercicio médico.

Segundo: Que el obligado pudiera obrar, y no obstante permaneciera inactivo, el Dr. Carlos López no era el especialista llamado a obrar en este caso, no contaba con las nociones necesarias de acuerdo a su especialidad para atender en este suceso. Para que se configure esta circunstancia o requisito, el sujeto tiene que estar en condición de reconocer y de poder seleccionar los medios aptos para llevar a efecto el objetivo prescrito y tener la posibilidad real física de aplicar los medios elegidos y ejecutar actos.

Por lo que Carlos López, ni siquiera tenía el deber jurídico especificísimamente de hacerlo, sin embargo cumplió el deber supremo médico de atender, de acuerdo incluso a su juramento hipocrático y mandatos normativos, como el Código de Ética Médica, siendo esta la única instancia valorativa de comparación, que acontece al momento de realizar los actos de atención sanitaria.

La posición de garante, la que no deja de remitirnos a un rol específico, que, ya sea por sus conocimientos o capacidad, asume responsabilidades frente a otros, con la posibilidad de evitar resultados dañosos, no se encuentra vulnerada

ni abandonada, ya que no deja de hacer lo que tiene el deber jurídico de hacer, en este caso, no se abstiene de atender.

La posición de garante del profesional de la salud, responde a un compromiso genérico, derivado de su formación médica, lo que le impone a estos, una posición de garantía permanente, es decir, el deber de socorro es impuesto a estos todo el tiempo.

La negligencia e imprudencia se pondrían de manifiesto al no realizar los actos o procedimientos que se consideraron necesarios, y que con relación a la paciente, hubieran evitado el daño que se pretende reparar, lo que a pesar de ser manifestado por la propia fiscalía y acusación particular, tampoco es probado en audiencia, ya que su línea de acusación se basaba en probar una supuesta omisión sin ni siquiera estudiar ésta, y formulando premisas que cabían más para un delito de comisión culposa.

El razonamiento judicial, no presenta una estructura lógica, no satisface a un esquema y menos a una institución jurídica penal, que debe ser construida a partir de los hechos probados en la audiencia en conjunto con la norma, en el argumento de la resolución, los magistrados realizan una interpretación extensiva, prohibida en derecho penal, al entender como inadecuada atención, como una negativa de atención sanitaria.

La conducta típica de la omisión médica, específicamente de este tipo penal, dentro de la omisión, puede a la vez revestir dos modalidades: la denegación de asistencia sanitaria (que se acomoda más al caso) pero también podría comprenderse como el abandono de los servicios sanitarios, ninguno de este tipo de modos se configuró, el delito no se consuma desde el momento en que Carlos López realiza procedimientos médicos.

3.5 Conclusiones

No se configura un delito de omisión, por lo que el razonamiento e interpretación judicial fue errado.

Al analizar la base dogmática y normativa de la punibilidad de los delitos de omisión y describir los requisitos y estructura de este tipo de delitos, se pudo determinar que no existió un delito omisivo en la conducta del Doctor Carlos Julio López Ayala, por lo que no debió responder penalmente por ello.

Se logró determinar a partir de un profundo estudio dogmático y doctrinal y estudiando lo probado en audiencia, que las conductas ejecutadas por Carlos Julio López no configura una modalidad omisiva; los jueces en un intento de dar uso a ciertas instituciones jurídicas y cuerpos normativos de conmoción social, adecúan casi a la fuerza los hechos probados al tipo penal en controversia.

El estudio del juez se debió enfocar, en como a través de lo observado en la diligencia judicial, establecer coherentemente la institución de la omisión, sin embargo esta institución a pesar de ser la estrella del caso, jamás es estudiada en la resolución, realizando una interpretación extensiva, para aplicar el tipo penal en discusión.

3.6 Bibliografía

ALBAN GOMEZ, E. (2011). *Manual de Derecho Penal Parte General* . Quito:
Ediciones Legales .

ASAMBLEA NACIONAL. (2014). "*Código Orgánico Integral Penal*". Quito:
Registro Oficial N° 180.

BELLING, E. R. (2002). *Esquema del Derecho Penal la doctrina del Delito*
Tipo. Buenos Aires: El Foro.

CASABONA, R. (1981). *El Médico y el Derecho Pena*. Barcelona: Bosch.

CHAI, R. A. (2006). *Responsabilidad Penal Médica*. Buenos Aires: Hammurabi.

FINGER, A. (1932). *Derecho Penal Tomo I*. Berlin.

GARCÍA FALCONÍ, R. (2014). "*Código Orgánico Integral Penal Comentado*".
Quito : Latitud Cero Editores.

GOMEZ DE LA TORRE, I. B. (2004). *Curso de Derecho Penal Parte General* .
Barcelona: Ediciones Experiencia S.L.

JESCHECK, C. (2002). "*Derecho Penal, Parte General*". Granada: Comares.

JESCHECK, H. H. (1981). *Tratado de Derecho Penal Parte General Tomo II*.
Barcelona: Bosch.

KAUFMANN, A. (2006). *Dogmatica de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial
Pons.

ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal Parte General, Fundamentos. La estructura*
de la teoría del delito . Madrid : Cevitas S.A.

SCHMIDT, E. (1929). *Das Resichsgericht Un Die* . Berlin : De Gruyter.

SILVA SANCHEZ, J. (2006). *El Delito de Omisión, Concepto y Sistema*.

Montevideo: BdeF.

VELÁSQUEZ, A. (2004). *Manual de Derecho Penal*. Bogota: Temis S.A.

VON LISZT, F. (1994). *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*. Madrid: Instituto

Editorial REUS, S. A. Preciados.

WELZEL, H. (1976). "*Derecho Penal Aleman, Parte General*". Santiago de

Chile : Editorial Jurídica de Chile .

ZAFFARONI, E. R. (2006). *Derecho Penal, Parte General* . Buenos Aires:

Ediar.