



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TITULO:

“Incongruencia entre el Inciso Segundo del Art.146 y el Art 65 del Código Orgánico Integral Penal, acerca del Proceso de Habilitación para volver a ejercer la Profesión luego de cumplida la pena en los Delitos de Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional”.

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN
DEL GRADO DE LICENCIADO EN
JURISPRUDENCIA Y ABOGADO.

AUTOR:

Oscar Patricio Ramón Picoita

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Fausto Noé Aranda Peñarreta Mg. Sc.

Loja - Ecuador
2017

CERTIFICACION

Dr. Fausto Noé Aranda Peñarreta Mg. Sc.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE ÁREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA” DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Que la presente Tesis de Grado previo a optar por el título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, titulada: **“Incongruencia entre el Inciso Segundo del Art.146 y el Art 65 del Código Orgánico Integral Penal, acerca del Proceso de Habilitación para volver a ejercer la Profesión luego de cumplida la pena en los Delitos de Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional”**, elaborada por el señor Oscar Patricio Ramón Picoita, ha sido dirigida y revisada minuciosamente en su forma y contenido, cumpliendo con todos los requisitos exigidos por el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja 21 de julio de 2016



Dr. Fausto Noé Aranda Peñarreta Mg. Sc.
DIRECTOR DE TESIS

AUTORIA

Yo, **Oscar Patricio Ramón Picoita**; declaro de mi absoluta responsabilidad que la planificación de la tesis las ideas, los análisis, comentarios, la redacción las conclusiones y recomendaciones son de exclusiva propiedad del autor y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja, y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por su contenido.

Adicional mente acepto y autorizo a la universidad nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el repositorio institucional-biblioteca virtual.

Autor: Oscar Patricio Ramón Picoita

Firma:.....

Cedula: 110439201-2

Fecha: Loja, Febrero de 2017

CARTA DE AUTORIZACION DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCION PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACION ELECTRONICA DEL TEXTO COMPLETO.

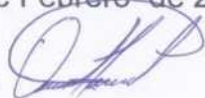
Yo, **OSCAR PATRICIO RAMÓN PICOITA**, declaro ser autor de la Tesis titulada: **“Incongruencia entre el Inciso Segundo del Art.146 y el Art 65 del Código Orgánico Integral Penal, acerca del Proceso de Habilitación para volver a ejercer la Profesión luego de cumplida la pena en los Delitos de Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional”**, como requisito para optar al Grado de **Licenciado en Jurisprudencia y Abogado**; autorizo al sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 14 días del mes de ~~Febrero~~ de 2017. Firma el autor.

Firma:



Autor: **OSCAR PATRICIO RAMÓN PICOITA**

Correo electrónico: **oscar_prp3234@hotmail.com**

Teléfonos: **2 545117 – 0990590863**

DATOS COMPLEMENTARIOS:

Director de tesis: **Dr. Fausto Noé Aranda Peñarreta Mg. Sc.**

Tribunal de Grado: **Dr. Leandro Peña Merino, Mg. Sc. (Presidenta)**

Dra. Susana J. Jaramillo, Mg. Sc. (Vocal)

Ab. Jhonatan Valdivieso N. Mg. Sc. (Vocal)

DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico primeramente a Dios, por dotarme de salud, y fuerza espiritual, a mis padres que han sido un ejemplo de lucha y perseverancia inculcando siempre valores y principios, que constituyen la mejor herencia para sus hijos, a mis hermanos familiares y amigos, que supieron colaborar, moral y emocionalmente, a este humilde servidor a conseguir dar un paso más a la conquista de las metas planteadas.

EL AUTOR

AGRADECIMIENTO

A mis padres familiares y amigos por todo el apoyo brindado en el transcurso de mis estudios.

A la prestigiosa Universidad Nacional de Loja por darme la oportunidad, de formarme dentro de las aulas de tan gloriosa institución.

Al Área Jurídica Social y Administrativa, específicamente a la carrera de Derecho su personal docente y administrativo que en el transcurso de mi formación universitaria supieron brindarme, el apoyo y compartir sus conocimientos de forma entregada a sus labores.

EL AUTOR

1. TITULO

“Incongruencia entre el Inciso Segundo del Art.146 y el Art 65 del Código Orgánico Integral Penal, acerca del Proceso de Habilitación para volver a ejercer la Profesión luego de cumplida la pena en los Delitos de Homicidio Culposos por Mala Práctica Profesional”

2. RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se pretende, demostrar la existencia de una incongruencia entre los artículos 65 y el inciso segundo del 146 del COIP, al momento de establecer el tiempo de la pena accesoria y los procesos para la nueva habilitación para el ejercicio profesional, lo que genera una contradicción, que a su vez vulnera Derechos de los profesionales que cometan el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, si bien es cierto la tipificación de la mala práctica profesional, fue una necesidad y una recomendación por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), también se encuentra esta disposición establecida en la Constitución de la Republica, vigente desde el 2008 en su artículo 54 inciso segundo, que establece; “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.”

Es por esto que, se debía tipificar la mala práctica profesional como delito, constituyendo un tipo penal autónomo en el nuevo COIP, que es el homicidio culposo por mala práctica profesional, conducta que anteriormente era sancionada como homicidio inintencional con el antiguo código penal, lo que no guardaba relación con lo que manda la Constitución, es decir era necesaria la tipificación de esta conducta en la nueva ley penal (COIP), este nuevo tipo penal debe ser claro y preciso acorde a lo que manda la

Constitución garantizando, la seguridad jurídica, el debido proceso, y el Derecho a la igualdad, formal, material y no discriminación, y los principios de legalidad taxatividad y reserva de ley penal, lo que no ocurre en lo que tiene q ver con la pena accesoria pues no se establece ni el tiempo ni los procesos para obtener la nueva habilitación, posterior al cumplimiento de la pena privativa de libertad lo que incluso contradice lo que dispone el artículo 65 del mismo COIP, que establece que el tiempo de inhabilitación estará determinado en cada tipo penal, tiempo que no está prescrito en el tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional pues únicamente se encuentra establecido el rango de tiempo de la pena privativa de libertad, tampoco se encuentran establecidos los procesos de habilitación para volver a ejercer la profesión en esta ley, ni en ninguna otra, del ordenamiento jurídico Ecuatoriano, es por esto que necesariamente amerita un análisis jurídico y doctrinario de estas normas, el cual es realizado en la revisión de la literatura y es corroborado con el estudio de campo, encuestas y entrevistas que sustentaran dichas afirmaciones, y la presentación de una propuesta de reforma que subsane este problema.

2.1 ABSTRACT

In the present research is to demonstrate the existence of an inconsistency between Article 65 and the second paragraph of 146 of the COIP , when setting the time of the accessory penalty and processes for the new qualification for professional practice , which it creates a contradiction , which in turn violates rights of professionals who commit the crime of manslaughter by malpractice , albeit the criminalization of malpractice was a need and a recommendation by the Commission American Commission on Human Rights (CIDH) , also found this provision in the Constitution of the Republic , in force since 2008 in its second paragraph, Article 54 , which states; "People will be responsible for malpractice in the exercise of their profession , trade or occupation , especially that which threatens the integrity or lives of people . "

That is why , one should establish the malpractice as a crime , constituting an autonomous crime in the new COIP , which is manslaughter for malpractice , conduct which was previously sanctioned as involuntary manslaughter with the old penal code, that was unrelated to what the Constitution mandates , ie the characterization of this behavior in the new criminal law (COIP) was necessary , this new offense should be clear and precise according to what the Constitution mandates guaranteeing legal certainty , due process and the right to equality , formal, material non-discrimination and the principles of legality taxatividad and subject to criminal law, which does not occur in what you have q do with the additional penalty because it is not established or the

time or processes for the new qualification after the fulfillment of the custodial sentence which even contradicts the provisions of article 65 of the same law COIP , which states that the time of disqualification will be determined in each criminal, time is not prescribed in the crime of murder culpable for malpractice because only is set the time range of imprisonment , nor are established processes enable to return to practice in the COIP , or any other law of the Ecuadorian legal system is why necessarily warrants a legal and doctrinal analysis of these rules , which is made in the review of the literature and is corroborated by the field study , surveys and interviews that would support such claims , and the presentation of a proposal for reform remedy this problem.

3. INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene como finalidad establecer la existencia de una incongruencia entre dos normas del Código Orgánico Integral Penal, en lo concerniente a la tipificación de la mala práctica profesional, como delito autónomo dentro de este cuerpo legal, lo cual fue una necesidad urgente, dentro del Estado Ecuatoriano, esto por varias recomendaciones por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como también por mandato Constitucional, por lo que en su faceta más grave se estableció en el artículo 146 del COIP, el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, en el cual se describe de forma clara los elementos que constituyen el delito, y el rango de la pena privativa de libertad, así como también sus agravantes, pero lo que no se establece en este artículo es el rango de tiempo de la pena accesoria como también los procesos o métodos que se deberá seguir a fin de obtener la nueva habilitación profesional, luego de cumplida la pena privativa de libertad.

Esta indeterminación de estos aspectos básicos a generado que se inobserve principios Constitucionales, y se vulnere los Derechos de las y los profesionales, incluso contradiciendo una norma del mismo COIP, específicamente el artículo 65 el mismo que en su parte pertinente manifiesta que “la o el juzgador en sentencia, dispondrá que una vez cumplida la pena privativa de libertad, se la inhabilite en el ejercicio de su profesión, empleo u oficio, por el tiempo determinado en cada tipo penal”. Al

no encontrarse determinado el tiempo de la pena accesoria ni descritos los procesos de habilitación en el tipo penal de homicidio culposo por mala praxis, teniendo en cuenta que dentro de un determinado proceso necesariamente debe estar inmerso el tiempo de duración de este, se origina una contradicción entre estas normas la cual genera inseguridad jurídica, para los profesionales y por ende vulneración de sus derechos constitucionales. Esta incongruencia normativa ha hecho necesaria la realización de una investigación acerca de este tema que ayude a proponer soluciones viables al problema planteado de allí que el presente trabajo titulado; INCONGRUENCIA ENTRE EL INCISO SEGUNDO DEL ART. 146 Y EL ART. 65 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL, PENAL ACERCA DEL PROCESO DE HABILITACIÓN PARA VOLVER A EJERCER LA PROFESIÓN LUEGO DE CUMPLIDA LA PENA EN LOS DELITOS DE HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL, ha sido realizado cumpliendo todos los parámetros que recomienda la investigación jurídica y en cumplimiento cabal del Reglamento de Régimen Académico de La Universidad Nacional de Loja, como un requisito indispensable para obtener el grado de licenciado en jurisprudencia y abogado de los tribunales de la república.

El presente trabajo está estructurado conforme a las disposiciones del artículo 151 del Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, y consta de las siguientes partes: título, resumen,

introducción, revisión de literatura, materiales y métodos, resultados, discusión, conclusiones, recomendaciones, bibliografía, anexos e índice.

En el desarrollo de la revisión de literatura se estableció un marco conceptual donde se planteó conceptos que se adecuen al tema a investigarse como: derecho penal, tipo penal, delito, pena entre otros, los mismos que aportaron a un profundo conocimiento del tema planteado; dentro del marco doctrinario se analiza lo que es la mala práctica profesional, sus antecedentes históricos, la inhabilitación en el Ecuador, y los principios y derechos vulnerados por el problema planteado; en el marco jurídico se analiza los preceptos jurídicos establecidos en la Constitución , el Código Orgánico Integral Penal, y demás leyes relacionadas con el tema de investigación. También se realiza un estudio jurídico del Derecho comparando tomando las legislaciones de España, Argentina y Chile, para el desarrollo del marco conceptual y doctrinario se utilizó diferentes textos, que reposan dentro de la biblioteca de la Universidad Nacional de Loja, y otras de instituciones privadas, relacionados al tema de investigación.

Después de la revisión de literatura se especifican los métodos y técnicas que se utilizaron en el desarrollo de la investigación, seguidamente se expone los resultados de la investigación de campo con la aplicación de encuestas y entrevistas. Luego se realizó la discusión con la comprobación de objetivos, contrastación de hipótesis y criterios jurídicos, doctrinarios y de

opinión que sustenta la propuesta. Para finalmente terminar con las conclusiones, recomendaciones y la propuesta de reforma

Si bien es cierto en el desarrollo de este trabajo se corrobora que dentro del ordenamiento jurídico aún no se establece una norma que indique los métodos o procesos que deberán seguir los profesionales que cumplida su pena, y pagada su deuda con la sociedad, quieran volver a ejercer su profesión, tampoco se determina el tiempo de la pena accesoria, en un Estado constitucional de derechos, y justicia social, al establecer normas de Derecho público estas se adecuen a la realidad social del país y guarden concordancia con los preceptos constitucionales.

Dejo a consideración del Tribunal de Grado y de quienes lean este informe final de investigación jurídica, su aprobación, aspirando con este modesto estudio, contribuir a mejorar el Derecho, y ser un aporte para futuras generaciones.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1 MARCO CONCEPTUAL

4.1.1 GENERALIDADES

Dentro del presente estudio es importante determinar el significado de algunos conceptos que nos permitirán delimitar nuestro trabajo, pues es necesario su comprensión para tener una visión clara del objeto de esta investigación, empezaremos con un concepto general de lo que es el Derecho Penal, ya que esta es la rama del Derecho, en la que nos enfocaremos en esta investigación, pero no entraremos a analizar a fondo este concepto, si no que únicamente lo conceptualizaremos de forma general con el único fin de conocer lo que este persigue y cuál es su propósito dentro de las ciencias jurídicas. Así también analizaremos conceptos inherentes al tema de investigación que es: **INCONGRUENCIA ENTRE EL INCISO SEGUNDO DEL ART. 146 Y EL ART. 65 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL, PENAL ACERCA DEL PROCESO DE HABILITACIÓN PARA VOLVER A EJERCER LA PROFESIÓN LUEGO DE CUMPLIDA LA PENA EN LOS DELITOS DE HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL.** Esto con el fin de comprender la importancia de este estudio y facilitar la comprensión del mismo, pues desde mi punto de vista considero necesario realizar un análisis de este tema por estar comprometido en él, un grupo social muy importante para el desarrollo

del Estado Ecuatoriano, como lo es el de los profesionales, cualquiera sea su especialidad, considerando que algunos grupos son más susceptibles de incurrir en estos delitos que otros por el elevado grado de responsabilidad que conlleva el ejercicio de su profesión, por ejemplo los médicos, ingenieros, arquitectos, etc., lo que nos ocupa en el presente trabajo de investigación es lo concerniente al tiempo de inhabilitación para ejercer la profesión, y los procesos que se deben seguir para la nueva habilitación lo cual no está determinado en el COIP, en contradicción a lo que la misma ley establece en una norma previa, pero de este análisis nos ocuparemos más adelante, porque esto genera una vulneración de principios y derechos constitucionales a este grupo social, y atenta contra la seguridad jurídica del Estado.

4.1.2 DERECHO PENAL

Según Ángel Martínez, en su diccionario de derecho penal nos dice; “esta expresión se usa indistintamente para referirse al derecho penal, como conjunto de normas jurídicas que integran un ordenamiento punitivo determinado, o a la disciplina científica cuyo objeto lo constituye el Derecho penal objetivo, vigente en cierto momento y lugar. A pesar de la costumbre del uso indiscriminado de la citada expresión, en las dos acepciones señaladas, debe tenerse el cuidado de darle un contenido preciso, según se

la refiera al ordenamiento jurídico o a la ciencia o disciplina que hace de dichas normas su objeto de estudio”¹.

Aquí evidenciamos un concepto amplio de lo que es Derecho Penal, visto desde la perspectiva del autor de dos formas, la primera como las diferentes normas que forman parte de un ordenamiento jurídico, que regulan el poder punitivo de un estado, dichas normas estarán previamente establecidas por el legislador, la segunda concepción es desde el punto de vista científico es decir las diferentes disciplinas que se encargan de realizar el estudio de estas normas positivas, su naturaleza alcance y peligrosidad dentro de una sociedad. Por tratarse de comportamientos humanos que tienen consecuencias jurídicas, es importante que el Derecho Penal se afirme en ciencias penales, que le permitan conocer el porqué de estos comportamientos antisociales.

El Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas, acerca del Derecho Penal manifiesta; “Conforme a la acepción contenida en el diccionario de la academia, el que establece y regula la represión y castigo de los crímenes o delitos por medio de la imposición de las penas, definición notoriamente equivocada, porque no cabría reprimir y castigar los delitos si previamente no se hubiesen determinado las acciones que han de considerarse delictivas. De ahí que el Derecho Penal lo primero que ha de hacer es fijar los bienes jurídicos que han de ser protegidos penalmente y, sobre estos

¹ MARTÍNEZ, Ángel Núñez. Diccionario de Derecho Penal, 2002, MALEC S.A. México D.F. Pág. 336

principios, variables en el tiempo y en el espacio, configurar específicamente los delitos y establecer la pena que a cada uno de ellos corresponde”.²

Podríamos decir que el derecho penal es el encargado de establecer y regular dentro de un determinado Estado las conductas punibles y los castigos que se debe dar a cada una de estas, teniendo en cuenta que aquellas conductas punibles y sus respectivas sanciones deberán estar previamente establecidas por el legislador dentro de un cuerpo normativo, que se encuentre vigente en el momento que se cometa el acto, esto acorde con los principios constitucionales que son las bases donde se sustenta el Derecho Penal.

Otra definición importante y general de lo que es el Derecho Penal que nos será de mucha ayuda para dilucidar el tema de esta investigación es la que al respecto manifiesta Francesco Antolisei, que dice; “Derecho penal es el grupo de normas jurídicas con las cuales el Estado prohíbe, mediante la amenaza de una pena, determinados comportamientos humanos (acciones u omisiones)”³. Según la citada definición se puede deducir que las normas de derecho penal son de carácter prohibitivo, ante conductas reprochables por un determinado estado, esta definición no es completa ni se adecua a las nuevas tendencias del derecho penal ya que si bien es cierto estas normas castigan con penas a los transgresores, también son de carácter preventivo y deben ser previamente establecidas en un cuerpo legal, a su

² TORRES, Guillermo Cabanellas de. Diccionario de Ciencias Jurídicas; Heliasta. 2012, Buenos Aires-Argentina, pág. 304

³ ANTOLISEI Francesco. Manual de derecho penal. Parte general, Torio, 1960 Buenos Aires, Argentina pág. 1

vez por tratarse de normas de derecho público deberán estar regidas por principios que las regulen, y enmarcadas dentro de los preceptos Constitucionales.

Una definición más completa de lo que es el Derecho Penal contemporáneo sería la siguiente: “Entendemos por Derecho penal aquella parte del ordenamiento jurídico público que estudia científicamente las conductas punibles y sus consecuencias. El Derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección.”⁴

En consecuencia diríamos que el Derecho Penal es la rama del derecho, que se encarga de ejercer el control punitivo del Estado mediante normas de Derecho público pre establecidas, claras y objetivas las cuales precautelaran la seguridad de los ciudadanos mediante la aplicación de penas a las personas que infrinjan dichas normas, todo esto enmarcado dentro del estricto cumplimiento de los principios y derechos constitucionales.

4.1.3 TIPO PENAL

“El tipo penal es la descripción de un comportamiento que, en concepto del legislador, amenaza o lesiona bienes jurídicos, concretándose con ella un

⁴ SIGÜENSA Bravo M. A. & Sigüensa Rojas, J. D. Definiciones doctrinarias en materia penal. 2010. Cuenca, Ecuador, pág. 40

mandato o prohibición genérica. El concepto inicial de tipo penal se comprendió como modelo legal de una conducta, que tan sólo contenía elementos descriptivos de carácter objetivo formal por lo tanto en él no tenía cabida lo valorativo y lo subjetivo. Con este criterio ya se pretendió alcanzar una distinción, también objetiva, entre las conductas penalmente -bajo amenaza de sanción y aquellos comportamientos también antijurídicos de orden civil o administrativo, con lo cual se afirmó que no todo comportamiento indebido, lesivo o antijurídico entraba per se al ámbito penal, sino que tan solo ingresaban aquellas conductas que específicamente estaban previstas o descritas en un tipo penal. La tipicidad entre tanto y desde una visión restrictiva, se definió como proceso de adecuación o subsunción; así “es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de la infracción”.⁵

Según el doctor Alfonso Zambrano Pasquel “es el conjunto de características o elementos de la fase objetiva y subjetiva de una conducta que lesiona un determinado bien jurídico. Es la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable. Aparece así evidenciada la importancia de la tipicidad penal en la ubicación sistemática de la estructura del delito, pues de los comportamientos que el legislador observa en el mundo de los fenómenos sociales y por razones de política criminal hace las descripciones penales y las enlaza con una pena.”⁶

⁵ PARRA, Pedro Alfonso Pavón, Manual de derecho penal, ediciones doctrina y ley, Ltda. 2013, Bogotá, Colombia, Pág. 265

⁶ PASQUEL, Alfonso Zambrano, Manual de Derecho Penal: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, Quito, Ecuador, Pág. 33.

Cabanellas, por su parte manifiesta acerca del tipo penal que es el “conjunto de elementos, definidos por la ley constitutivos de un delito.”⁷ Es decir que el tipo penal es la descripción del delito hecha previamente por el legislador, con la finalidad de proteger bienes jurídicos a conductas reprochables de los individuos que habitan dentro de una sociedad, el mismo que cuenta con algunos elementos que lo determinan. Esta determinación debe estar hecha de manera precisa por parte del legislador. “Es entonces el tipo penal una creación del legislador que estructura los elementos que lo constituyen. Son así diferentes el tipo penal homicidio, del tipo violación o del tipo penal hurto o estafa, etc., y también del delito de violación, homicidio, hurto o estafa.”⁸

4.1.4 DELITO

Etimológicamente la palabra delito, según el autor Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Jurídico Elemental, manifiesta que “proviene del latín delintan, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa.”⁹ El delito es el cometimiento de un hecho antijurídico sancionado por el Estado con una pena.

Para el Diccionario Enciclopédico Castell el delito es la "Acción u omisión voluntaria castigada por la ley con pena grave"¹⁰, en concordancia con esta

⁷ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario jurídico elemental: Heliasta, 2010, Buenos Aires, Argentina. pág. 424

⁸ PASQUEL Zambrano L Alfonso, Manual de derecho penal: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, Quito, Ecuador, pág. 40

⁹ CABANELLAS ibídem

¹⁰ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO CASTELL; Tomo I; Edit. 2004 Castell; Madrid-España; Pág. 665

definición el jurista ecuatoriano Jorge Zavala Baquerizo, considera que el “delito es un acto típico y antijurídico”¹¹.

Para el maestro Francesco Carrara, el delito es "La infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable. Y socialmente dañoso"¹²

El español Luis Jiménez de Asúa, refiriéndose a esta figura jurídica penal sostiene que "es un acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal."¹³

En conclusión diríamos que el delito es un acto típico antijurídico y culpable cometido por una persona, que produce un daño a un bien jurídico protegido por el Estado, ejerciendo este último su poder punitivo mediante la aplicación de una pena. Esto en un Estado constitucional de derechos y justicia deberá cumplirse respetando los principios y derechos constitucionales para de esta manera garantizar la seguridad jurídica a sus ciudadanos.

¹¹ ZAVALA B., Jorge. "Reflexiones Penales: Imputabilidad - Culpabilidad –Responsabilidad"; Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad católica de Santiago de Guayaquil; Pág. 3.

¹² CARRARA, Francisco. "Programa del curso de derecho criminal"; 1986 Edit., Universidad Externado de Colombia; Pág. 34

¹³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. "La ley y el Delito"; 21ava; Edición; Edit. Harla; México; Pág. 218.

4.1.5 HOMICIDIO CULPOSO

Según Ramiro Osorio; “homicidio culposo es aquel que se sanciona cuando se provoca la muerte por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de reglamentos o deberes a su cargo.

Se entiende por negligencia la falta de precaución o indiferencia por el acto que se realiza; la imprudencia implica un obrar que lleva consigo un peligro, generando la falta de ejercicio de la condición para prever y evitar los peligros, esto es actuar en contra de las reglas de la prudencia; la impericia está relacionada con el desempeño de la actividad o profesión que constituye el medio de vida del sujeto activo.”¹⁴

“La culpa es la no previsión de resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad. La previsibilidad es el elemento subjetivo de la culpabilidad sustitutiva del elemento intencional propio del dolo. En cada uno de los delitos culposos de la parte especial, el ordenamiento legal describe las características que debe reunir la conducta que constituye el núcleo del tipo objetivo (imprudente negligente). Sin embargo, a pesar de que esas enumeraciones no son exactamente iguales en todos los tipos, si se advierte, como generalidad, que en la totalidad de los casos se hace referencia a una conducta (activa u omisiva) deficiente por

¹⁴ OSORIO, Ramiro, Diccionario de derecho penal: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012, Quito, Ecuador, pág. 136.

descuidada.”¹⁵ En el homicidio culposo, la culpa es un factor determinante pues este es el elemento subjetivo, que hace suponer que se ha cometido esta infracción por la inobservancia de un deber objetivo de cuidado.

Se podría decir que el homicidio culposo se configura cuando se actúa sin tomar las precauciones necesarias y se comete actos que se pudieron haber prevenido, si se hubiese tenido el debido cuidado, Zaffaroni, acerca del tipo culposo manifiesta que “se sanciona cualquier conducta que causa determinado resultado lesivo, siempre que el resultado sea previsible y la conducta viole un deber de cuidado de modo determinante para la producción del resultado.”¹⁶

4.1.6 PENA

Según el gran diccionario jurídico elemental la pena está definida de la siguiente manera; “la pena es un castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta.”¹⁷

Cabanellas, por su parte la define como “castigo impuesto por la autoridad legítima, especialmente de índole judicial, a quien ha cometido un delito o falta. Mezger dice que en sentido estricto es “la imposición de un mal proporcionado al hecho”, es decir una retribución por el mal que ha sido cometido. Y en el sentido autentico, la pena es lo que “corresponde aun en

¹⁵ ARGNANI, paula Inés, Responsabilidad Penal del Medico: Astrea, 2013, Buenos Aires, Argentina, pág. 39.

¹⁶ ZAFFARONI, , Raúl, Tratado de derecho penal, parte general: Ediar, 1998, Buenos Aires, Argentina pág. 385

¹⁷ GRAN DICCIONARIO enciclopédico universal: Pro libros Ltda. 1986, pág. 970.

lo que respecta al contenido, al hecho punible cometido”, debiendo existir entre la pena y el hecho una equiparación valorativa.”¹⁸ Diríamos que la pena es la consecuencia del cometimiento de una infracción la que por regla general debe estar determinada en el tipo penal correspondiente, esta a su vez debe ser proporcional al hecho cometido.

Otra definición de la pena nos dice que es una “sanción jurídica que se impone al declarado culpable del delito, en sentencia firme, y que tiene la particularidad de vulnerar de la manera más violenta los bienes de la vida. Sanción impuesta a un individuo por contravenir las leyes penales. La cual se establece mediante la sentencia que emite el órgano jurisdiccional competente después de cumplir con las etapas procedimentales.”¹⁹ Está claro que la pena se impone una vez cumplido el respectivo procedimiento preestablecido en la ley adjetiva en cumplimiento de los principios y derechos constitucionales, y habiéndose comprobado en este proceso, la responsabilidad del imputado del delito que se le acusa. “La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas de una comunidad”²⁰ Zaffaroni manifiesta que “la ley penal se compone de un precepto y de una sanción. La sanción que corresponde a la coerción penal es la pena. La pena es la coerción estatal que tiene por objeto proveer a la seguridad jurídica mediante la prevención especial resocializadora de futuras conductas delictivas por parte del autor. Todo el orden jurídico tiene una

¹⁸ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario jurídico elemental: Heliasta, 2012, Buenos Aires, Argentina, pág. 698

¹⁹ MARTÍNEZ, Ángel Núñez. Diccionario de Derecho Penal, 2002, MALEC S.A. México D.F. Pág. 759

²⁰ MUÑOZ, Conde, F. Introducción al derecho penal: Editorial B de F Ltda. 2001, Montevideo & Buenos Aires, pág. 70

aspiración ética, formativa del ciudadano, que trata de hacer de él un hombre capaz de co-existir con sus semejantes.”²¹

La pena a más de ser una sanción de carácter coercitiva, también es preventiva mediante la resocialización que no es más que, reinsertar al reo, una vez que ha cumplido su pena de vuelta a la sociedad, lo cual parecería utópico en algunos Estados que no cuentan ni con los medios ni las herramientas legales para lograr una verdadera reinserción social y así prevenir que el delincuente nuevamente cometa actos lesivos en contra de los bienes jurídicos, es por esto que la pena como medio de prevención es discutida por varios tratadistas del Derecho Penal.

Según el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano las penas se clasifican en principales y accesorias, en este estudio nos enfocaremos únicamente en las segundas las que serán analizadas a fondo más adelante.

4.1.7 PENA ACCESORIA

Según Guillermo Cabanellas, manifiesta que la pena accesoria es “aquella que no puede aplicarse independientemente, sino que va unida a otra llamada pena principal. Las penas accesorias pueden cumplirse al mismo tiempo que las principales o después de estas. Así por ejemplo, la inhabilitación absoluta, cuando tiene carácter accesorio, puede prorrogarse por determinación judicial por un periodo limitado posterior a la extinción de

²¹ ZAFFARONI, Raúl, Tratado de derecho penal, ibídem, pág. 64

la pena principal. Se considera también penas accesorias la privación de la patria potestad, la de la administración de los bienes y la del derecho a disponer de ellos por actos ínter vivos, mientras dure la condena.”²² Las penas accesorias son más bien restrictivas de Derechos y por regla general siempre deben ir acompañadas de una principal.

Las penas accesorias son aquellas que solo pueden ser impuestas junto a una pena principal, en el caso del homicidio culposo por mala práctica profesional la pena accesoria sería la inhabilitación para ejercer la profesión.

Otra conceptualización de la pena accesoria nos dice que es “la que por declaración legal, aun cuando se exija el pronunciamiento por el tribunal sentenciador acompaña a otra, la principal, la que se aplica como consecuencia de ésta. De ese concepto discrepa Capitant, que entiende como pena accesoria la que acompaña de pleno derecho a otra sin necesidad de ser pronunciada por el juez; y agrega que el legislador suele confundirla con la pena complementaria.”²³

Diríamos que la pena accesoria tiene la característica de depender de una principal, pues deriva de aquella, pero existe discrepancia respecto a que esta debe estar o no especificada en la ley, en este caso diríamos que si la misma ley enuncia en un tipo penal esta clase de pena deberá indicar la temporalidad de la misma, más aun cuando se trate de inhabilidades para el

²² CABANELLAS, Guillermo *ibidem*, pág. 689.

²³ CABANELLAS, 2010, *ibidem*, pág. 326.

ejercicio de la profesión, pues el inhabilitado ejerciendo su derecho a la reinserción social, debería poder volver a ejercer la profesión para la cual se preparó durante varios años de su vida, siempre que cumpla con requisitos resocializadores, que la ley debe prever.

Son penas accesorias aquellas que, no imponiéndolas especialmente, la ley declara que otras penas las llevan consigo. Las únicas penas capaces de atraer penas accesorias son las de prisión y pueden ser: suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial, inhabilitación especial para el derecho de sufragio, o inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, empleo, oficio o cualquier otro derecho.²⁴

Podemos decir también acerca de las penas accesorias que “no son propiamente ni una pena ni una medida de seguridad, ni forman parte de la responsabilidad civil, sencillamente se trata de una nueva categoría de efectos predicables de la comisión de algunos tipos de ilícitos penales, que son tratados como una sanción más.”²⁵

4.1.8 PROCESO

Según Cabanellas un proceso es un “progreso, avance, transcurso de tiempo, las diferentes fases o etapas de un acontecimiento, conjunto de autos o actuaciones”²⁶.

²⁴ ORTEGA, José. L. Manual de determinación de la pena. (T. L. BLANCH, Ed.) 2005, Valencia, España. pág. 249

²⁵ BINDER, Alberto, et al. Derecho Procesal Penal: Escuela nacional de la judicatura, 2006, Santo Domingo, pág. 529.

²⁶ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, ibídem, pág. 350.

Ossorio en cambio manifiesta “En un sentido amplio equivale a juicio, causa o pleito. En la definición de algún autor, la secuencia, el desenvolvimiento, la sucesión de momentos en que se realiza un acto jurídico. En un sentido más restringido, el expediente, autos o legajo en que se registran los actos de un juicio, cualquiera que sea su naturaleza.”²⁷

Otra definición de proceso nos dice que “es un conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante una decisión del juez competente”²⁸, de este último concepto no estaría en total acuerdo pues no todo proceso necesariamente se rige por una decisión judicial ya que existen procesos administrativos, pre o pos judiciales que no se dirimen judicialmente, pues un proceso puede ser civil, penal, administrativo, político, etc.

Un concepto general, de lo que sería un proceso sería, que es el conjunto de pasos o etapas necesarios dentro de un tiempo determinado, para llevar a cabo una actividad o lograr un objetivo. En conclusión diríamos que todo proceso ya sea este judicial, administrativo, o de otra índole, está compuesto por varios elementos o pasos, que se dan en un lapso de tiempo preestablecido, es por ello que en el presente trabajo se, pretende establecer los procesos de habilitación dentro del tiempo de inhabilitación que determine el juez, siempre que este preestablecido claramente en la norma.

²⁷ OSSORIO Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales; Datascan, S.A. Guatemala pág. 778.

²⁸ DE PINAR, Rafael. Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa. 1984. México, pág. 400

4.1.9 INHABILITACIÓN PROFESIONAL

La inhabilitación es una de las tres clases de sanciones limitativas de derechos que se aplica en la sentencia como principal o accesoria y produce privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; incapacidad para obtener mandato, cargo empleo o comisión de carácter público. “Es una sanción consistente en la prohibición de ejercer determinados derechos o funciones por el retiro de una autorización previamente otorgada.”²⁹ Según se disponga en la sentencia judicial, la inhabilitación producirá, efectos como; la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; la suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo; y la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.

“La inhabilitación profesional solo resulta aplicable con respecto a actividades en cuyo ejercicio o con ocasión de las cuales fue cometido el delito.”³⁰ La inhabilitación profesional no es más que la prohibición de ejercer determinada profesión por un lapso de tiempo que debe constar en la ley, siempre que esta pena sea producto de un acto cometido en el ejercicio de la profesión por inobservancia de un deber objetivo de cuidado.

²⁹ AKERMAN, Mario, et al. Diccionario jurídico: Rubinzal – Culzoni, 2012, Santa Fe, pág.21

³⁰ BINDER, Alberto, et al. Derecho Procesal Penal, ibídem, pág. 526

Esta inhabilitación es considerada como una pena y al ser considerada como tal diríamos que “Dicha pena consiste en la incapacidad legal para ejercer empleo profesión o para gozar de determinados beneficios”³¹, la inhabilitación puede ser absoluta o relativa, perpetua o temporal.

4.1.10 MALA PRÁCTICA PROFESIONAL

Por mala praxis se entiende aquel acto ilícito e inapropiado en el ejercicio de una profesión. En términos sencillos podríamos decir que se trata de algún tipo de error con unas determinadas consecuencias. Si bien el concepto de mala praxis es aplicable a cualquier actividad profesional, es en la medicina donde se emplea más habitualmente.

“Mala praxis es un término que se utiliza para referirse a la responsabilidad profesional por los actos realizados con negligencia. La forma más conocida de la mala praxis es la negligencia médica o mala praxis médica, pero la misma también se aplica a otros ámbitos profesionales como la abogacía, la contabilidad pública, la escribanía, el tratamiento psicoterapéutico, mala capacitación en sistemas contadores de pasajeros, etc.”³²

La mala práctica profesional también conocida como mala praxis es la actuación imprudente, o negligente en el accionar profesional por inobservancia de leyes y reglamentos o impericia del profesional dentro del

³¹ CHÁVEZ Amado, Diccionario de derecho penal: edigrafi, 1966, Chiclayo, Perú, pág. 186.

³² https://es.wikipedia.org/wiki/Mala_praxis

ejercicio de su profesión lesionando por este accionar un deber objetivo de cuidado, “si partimos de que "mal" es apócope de malo y "praxis" es un vocablo de origen griego sinónimo de "práctica" (ejercicio de cualquier arte o facultad conforme a sus reglas), MALA PRAXIS, significa cualquier forma de ejercicio inadecuado de una profesión.”³³ Cualquier profesional que actúe sin la debida precaución e inobservancia de la lex artis, estará recayendo en mala práctica profesional, la misma que puede ser objeto de sanciones, he incluso inhabilitaciones según la gravedad de la falta cometida.

4.1.11 INCOMGRUENCIA

“En el sentido etimológico: “el término incongruencia proviene del vocablo incongruente que a su vez procede del latín incongruens, entis, que significa incoherente”³⁴, es decir, aquello que no guarda una relación lógica entre sus partes. La incongruencia es definida como: “la falta de acuerdo, relación o correspondencia de una cosa con otra, hecho o dicho ilógico, contradictorio.”³⁵ Se produce una incongruencia cuando se presenta algo opuesto en algún sentido. Cuando se trata de contradicción entre dos normas se considera una antinomia.

“En el ámbito del derecho, se entiende por antinomia jurídica o legal la incongruencia o contradicción real o aparente de las leyes con el sistema

³³ SALASAR Ureña, Bernan Luis; QUINTANA Rodríguez Roxana, La mala praxis, Responsabilidad penal del profesional en medicina, 1994, Medicina Legal de Costa Rica, vol. 10 N°2, pág. 30-33.

³⁴ ETIMOLOGÍAS. (04 de junio de 2015). Etimologías latín. Recuperado el 17 de junio de 2015, de [ww.etimologias.dechile.net](http://etimologias.dechile.net/): <http://etimologias.dechile.net/?incongruencia>.

³⁵ ESPASA. Diccionario Jurídico: Espasa Calpe S.A. 2001 Madrid, España Pág. 49.

jurídico, o consigo mismas, o respecto de otras leyes, o de partes de ellas. Todo ordenamiento jurídico procura tener coherencia interna, es decir que una norma o dos normas aplicables al mismo caso no den soluciones contradictorias. Cuando ello sucede, se aplica en el caso concreto la norma anterior, o la de rango superior o la prevalencia de la especial sobre la general, si tales presupuestos no se dan, ocurre un «conflicto de leyes».³⁶

Otra definición de incongruencia nos dice que es; “disconformidad; falta de pertinencia, relación o conveniencia. Incompatibilidad entre fundamentos y consecuencias. Contradicción en el proceder, los alegatos o las resoluciones. La incongruencia constituye motivo de recurso de casación cuando una sentencia no se ajuste a las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.”³⁷ Diríamos que una incongruencia no es otra cosa que la falta de relación lógica entre dos cosas actos o hechos, los cuales se contradicen entre sí, esta contradicción dentro de las ciencias jurídicas cuando se trata de normas se la considera antinomia y su existencia pone en riesgo la seguridad jurídica de un Estado.

4.2 MARCO DOCTRINARIO

4.2.1 PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL

Los principios Constitucionales son la base del Derecho Penal, tienen la función de regular el poder punitivo de un Estado, y la correcta aplicación de

³⁶ www.diccibibliografia.com

³⁷ <http://www.derechoecuador.com>

estos determinara si un Estado es autoritario o garantista de derechos, en la práctica se evidencia falencias en la aplicación de estos principios en nuestro país, esto talvez porque existen normas que no son lo suficientemente claras y explicitas, porque el legislador no ha sido especifico y muchas de las veces claro al momento de crearlas, lo que induce a que los operadores de justicia cometan errores al momento de aplicar las normas, y al no estar estas lo suficientemente claras la interpretación que le dan los jueces puede ser de forma, algunas veces extensiva y otras sucinta vulnerando principios y derechos constitucionales, haciendo que el Derecho Penal se convierta en una herramienta de coerción a manos del Estado lo cual en algunas ocasiones podría llegar a convertirlo en autoritario.

Conceptualmente podemos decir que; “se entiende por “principios constitucionales del derecho penal” al conjunto de garantías, derechos e ideas fundamentales que rigen las actuaciones de quienes participan o toman parte en un proceso penal. Estos principios constituyen un límite al poder “punitivo o sancionador” del Estado.”³⁸

Según Robert Alexy, los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las

³⁸ CEDEÑO J.A. (17 de julio de 2013). Principios constitucionales del derecho penal. La Hora. Pág. C1

posibilidades reales sino también de las jurídicas.”³⁹ Estos principios están emergidos en todo el ordenamiento interno del Ecuador, y coadyuvan para el ejercicio pleno de aplicación de las normas jurídicas. “Las ideas-fuerza o valores que dan sustento al sistema acusatorio no pueden ser otros que los principios de inmediación, oralidad, concentración, continuidad, contradictoriedad, imparcialidad, presunción de inocencia y publicidad”⁴⁰. Estos principios que son de carácter procesal ya han sido tomados en cuenta en la legislación ecuatoriana en la nueva constitución pero a más de estos también podemos mencionar el de legalidad, y taxatividad, que son los que se analizara más adelante y nos servirán como sustento de esta investigación.

En definitiva los principios “son las directrices fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema, en este caso el penal. Los principios se aplican mediante la ponderación, y de los principios nacen los derechos.

Así principio es una norma que dice lo que debe ser, o sea son normas que ordenan que algo sea realizado en la mejor medida posible, y que su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de

³⁹ ALEXY Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de estudios constitucionales. 1993 Madrid, pág. 86

⁴⁰ BAYTELMAN, Andrés, “El juicio oral”, En El Nuevo Proceso Penal, Universidad Diego Portales, 2000, Santiago de Chile, pág.140.

las jurídicas. Tienen importancia fundamental por lo que respecta a su contenido para el ordenamiento jurídico.”⁴¹

Los principios constitucionales que rigen el derecho penal en nuestro país, son: el principio de legalidad, prohibición de doble juzgamiento, inocencia, etc. los mismos que emanan del Derecho al debido proceso, establecido en el artículo 76 de la constitución de la república, y son de directa e inmediata aplicación.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD: este principio dispone que no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho, es decir que si no se encuentran establecidos los presupuestos legales, que configuren un hecho como punible, no es posible el juzgamiento de tal conducta.

PROHIBICION DE DOBLE JUZGAMIENTO: establece que ninguna persona podrá ser juzgada dos veces por los mismos hechos.

PRINCIPIO DE INOCENCIA: toda persona es inocente mientras no se demuestre lo contrario mediante sentencia ejecutoriada, y deberá ser tratada como tal en el transcurso del proceso.

DEBIDO PROCESO: más que un principio considerado como un derecho, por el cual la constitución de la república, establece una serie de garantías

⁴¹ GARCÍA, Falconi. José Carlos, Análisis jurídico teórico practico del código orgánico integral penal. 2014, indugraf, Riobamba, Ecuador. Pág. 51

para el pleno goce de este, por parte de los ciudadanos a más de los principios antes señalados tenemos los de contradicción, oralidad, igualdad, in dubio pro reo, motivación, imparcialidad, objetividad, entre otros. En esta investigación únicamente abordamos el principio de legalidad y el derecho al debido proceso, por ser estos los que se transgreden, en el problema planteado.

4.2.2 LA MALA PRACTICA PROFESIONAL EN EL ECUADOR

El Ecuador en los últimos años ha asumido, varios cambios en su ordenamiento jurídico, desde la promulgación de la nueva constitución del 2008 todas las normas del ordenamiento jurídico debieron adaptarse al nuevo Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en consecuencia las normas del derecho penal no podían quedar de lado y es por esto que se instauró el nuevo, Código Orgánico Integral Penal, el cual trata de adaptarse a este cambio.

Es en este nuevo cuerpo legal (COIP) que se han penalizado nuevas conductas que el legislador ha visto necesario considerar como delitos, como es el caso del homicidio culposo por mala práctica profesional, dirigida a los profesionales que dentro del ejercicio de su profesión y por mala praxis ocasionen la muerte de una persona, en cumplimiento del art. 54 de la Constitución que prevé la responsabilidad por la mala práctica profesional,

aunque se destaca aquella que “ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas”.

Hay que tener en cuenta que el homicidio culposo por mala práctica profesional no especifica una profesión determinada, es decir que podrán incurrir en este tipo penal todos los profesionales, médicos, ingenieros, arquitectos, etc. que al infringir un deber objetivo de cuidado provoquen la muerte de una persona.

Es necesario indicar también que es en la profesión médica donde se corren más riesgos de cometer este delito, es por esto que los profesionales de la medicina han sido los más aludidos, con este nuevo tipo penal, por obvias razones, sabemos que la medicina es una profesión de alta complejidad, que demanda gran pericia cuidado y aplicación de *lex artis*, por parte de los profesionales de la medicina ya que estos tienen en sus manos la vida de un ser humano, y de su actuar responsable depende mucha gente que confía y se pone al cuidado de ellos.

La mala práctica profesional antes de la promulgación del COIP no estaba tipificada como delito dentro del código penal lo que si se sancionaba era el homicidio inintencional, y sus elementos constitutivos eran falta de previsión y de precaución, art. 459. (Código Penal derogado), y en esta conducta podían incurrir cualquier persona que por falta de previsión o precaución causara la muerte a otra sin intención de atentar contra esta, la pena era de

tres meses a dos años, y multa de 8 a 31 dólares americanos y no existía ningún tipo de inhabilitación, con esta norma se sancionaba a los profesionales que causaren la muerte de una persona dentro de su profesión sin que exista dolo, es decir, la manifiesta intención de causar daño.

Como ya se ha dicho los profesionales de la medicina, son los más propensos a cometer este tipo de ilícitos, por el grado de responsabilidad que tienen en el ejercicio de su profesión, pero esto no significa que los otros profesionales no puedan cometer este delito es más toda profesión conlleva un riesgo, es por esto que el que la ejerce debe actuar con el cuidado y experticia que esta requiere, también es claro que el profesional para obtener tal título debió haber realizado estudios específicos sobre la materia, y obtenido previamente un título profesional, documento que acreditara su pericia, este será emitido por una institución acreditada por los organismos correspondientes, por lo general universidades, recordemos que en años anteriores muchas personas en nuestro país se valían de títulos falsos para ejercer profesiones, no de forma técnica ni aplicando ningún tipo de *lex artis*, sino únicamente con el afán de lucrar, mucha de las veces con la complicidad de instituciones educativas ejerciendo la profesión de forma empírica, sin ninguna preparación previa y sin tener en cuenta la vida de las personas, por esta razón fue necesario la tipificación de este nuevo tipo penal, para de esta forma prevenir estas conductas, que atentan contra un bien jurídico protegido como lo es la vida.

“Debe tenerse presente que en los delitos culposos la conducta prohibida no se individualiza por el fin en sí mismo, sino por la forma defectuosa de seleccionar los medios (violando deberes de cuidado) y poner en marcha la acción para alcanzar la finalidad deseada. En tal sentido se señala que la figura del homicidio culposo constituye un tipo penal abierto porque el legislador no puede prever la infinidad de conductas violatorias del deber de cuidado que provoquen la muerte y es por eso que encomienda al juez cerrar el tipo determinando cuál era el deber de cuidado que tenía el autor en las circunstancias concretas de un caso determinado.”⁴²

Existen varias profesiones que ameritan que la persona que las ejerce tenga presente el deber objetivo de cuidado, pues este delito no solamente puede ser cometido por médicos, sino también por todo profesional que no tenga en cuenta este deber en el ejercicio de su profesión, “actualmente se sostiene que es la conducta violatoria del deber de cuidado, género que admite diversas especies, a saber, imprudencia, negligencia, impericia -en el arte o la profesión- e inobservancia -de reglamentos o deberes a cargo”⁴³.

Podríamos decir que si bien es cierto por una parte es necesaria la tipificación de esta conducta social también se debería intensificar el estudio de las normas deontológicas dentro de las universidades o centros de formación profesional, y así concientizar a este grupo social y prevenir que se llegue al cometimiento de este delito, también es importante que las

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Tomo III, Buenos Aires, Ediar, 1999, págs.383

⁴³ <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado>

normas que tipifican estas conductas sean claras y taxativas, acorde a los preceptos constitucionales.

La mala práctica profesional en el Ecuador ha sido una conducta no tipificada antes de la promulgación del COIP, pero esta conducta ilícita era realizada por las personas desde hace algunos años atrás, siendo juzgada en el caso de muertes por una norma demasiado extensiva, como lo era el homicidio inintencional, lo que provoco que varios delitos relacionados a la mala práctica profesional queden impunes, desde el punto de vista del derecho objetivo, la tipificación de esta conducta era necesaria en el ordenamiento jurídico Ecuatoriano, por el alto grado de proliferación de estas conductas delictivas y en cumplimiento a las disposiciones constitucionales que prevé la sanción de la mala práctica profesional en el inciso segundo del art. 54 “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.”

En el presente trabajo no se pretende analizar si el tipo penal es o no necesario en la actualidad nacional, lo que nos preocupa es la falta de especificación del tiempo de la pena accesoria que en este caso sería la inhabilitación para el ejercicio de la profesión después de haber cumplido la pena, por haber cometido homicidio culposo por mala práctica profesional, esto provoca inseguridad jurídica y vulnera derechos de las personas infractoras, pues es necesario que en un estado de Derecho las leyes

penales sean claras y coherentes acordes a los principios de legalidad, taxatividad, y tipicidad. La inhabilitación profesional entendida como la prohibición para ejercer determinado empleo u oficio es siempre restrictiva de Derechos, es por ello que es necesario delimitarla de forma clara dentro del ordenamiento jurídico y así evitar la vulneración de Derechos garantizados en la Constitución.

4.2.3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS ACERCA DE LA INHABILITACIÓN PROFESIONAL.

La inhabilitación considerada como una prohibición para ejercer algún derecho ha venido siendo utilizada desde la antigüedad, como instrumento del Derecho Penal, así tenemos que “los Derechos de las ciudades griegas hacían uso abundante de las penas inhabilitantes.”⁴⁴

DERECHO ROMANO: El Derecho Romano ya en sus primeros tiempos nos, brinda frecuentes instituciones penales que los historiadores consideran como antecedentes directos de las inhabilitaciones actuales. “Las penas más usuales en el Derecho Romano fueron: la muerte (en multitud de formas), el destierro o la *interdictio aquae et ignis*, la multa, los trabajos forzados, la prisión, las penas infamantes y las privativas de derechos y profesiones.”⁴⁵ Aunque las fuentes y las investigaciones acerca de este tema escasean, sin embargo podemos decir que las penas infamantes e inhabilitantes, en

⁴⁴ BUSOLT, G, *Griechische Staatskunde*, 3.ª edición. (München, 1920, C. H. Beck), I, pág. 230-234.

⁴⁵ T. MAYER-Maly, “*vincula*” en Pauly - Wissowa, *Real encyclopedia*, 8 A/2 (Stuttgart, 1985), pág. 2198

general, significaban una degradación civil, económica o política, dolorosa y humillante para cualquier ciudadano romano; todo cives romnus sufría intensamente al perder su posibilidad y capacidad para intervenir en la vida pública del foro en las elecciones, en la milicia, en las votaciones..., o al verse privado del título para ejercer la profesión que le proporcionaba los recursos necesarios para su sustento. Esas penas privaban al condenado de un oficio o cargo honorífico o le incapacitaban para ejercer una actividad lucrativa, o le excluían del senado, o le prohibían ostentar alguna condecoración, alguna indumentaria distinguida, o le privaban de la facultad de acudir a los comicios, o le inferían otras desventajas procesales o civiles.

Si queremos agrupar sistemáticamente los efectos de estas penas, podemos resumirlos, prescindiendo de algunos detalles concretos, en siete capítulos.

1. La pérdida de la ciudadanía romana (en cierto sentido y en cierto tiempo, pero no siempre, se consideró como pena)
2. La privación del derecho de sepultura.
3. La inestabilidad o incapacidad de testimoniar.
4. La infamia o la limitación, según las épocas y el arbitrio de los magistrados, del derecho a actuar en los tribunales (con frecuencia no se consideró como pena y coincidió con la infamia censoria).
5. La suspensión o interdicción de actividades públicas o privadas.
6. La exclusión del acceso a ciertos cargos; y
7. La exclusión del senado.⁴⁶

⁴⁶ <http://www.ehu.eus/es/documents>

Algunas de las inhabilitaciones usadas en el Derecho Romano eran consideradas como penas principales y otras como accesorias todas ellas traían consigo el repudio y el estigma de la sociedad contra el que las padecía, también al parecer estas inhabilitaciones eran más frecuentes castigos sobre las clase altas y si un delincuente de la clase popular se hacía merecedor a una de estas penas siempre eran más severas, teniendo en cuenta que la legislación romana no era la misma para los hombres libres que para los siervos.

DERECHO GERMANICO: Afirman comúnmente los historiadores que en Derecho Germánico muy al contrario de lo que ocurre en Derecho romano, la inhabilitación aparece únicamente en sus últimos tiempos, y se aplica con parcidad.

La asamblea dirige la vida pública, y está constituida por la reunión de los vecinos que poseen todos los derechos; quien alguna vez ha sido infiel o, por cualquier concepto, tiene mermada su honra, carece de título para participar en esta asamblea, carece de licencia de armas, no puede aparecer en público entre gente honrada, carece de acceso a los gremios artesanos, es incapaz de ejercer algunas profesiones. En ciertas ciudades se registran los nombres en un archivo.

Respecto a la frecuencia de estas penas sabemos que fue aumentando en el transcurso de los siglos, la suspensión de oficio o cargo era una pena

frecuente en la Germania medieval.⁴⁷ La pérdida de derechos se aplicaba a veces como pena autónoma, pero con más frecuencia como accesoria

DERECHO CANÓNICO: En teoría los canonistas reconocen la diferenciación entre la doctrina moral, las relaciones del cristiano con Dios, y la doctrina jurídica, las relaciones del ciudadano con la autoridad civil y sus conciudadanos. Pero, en la práctica, con frecuencia olvidan estas diferencias y equiparan excesivamente el delito con el pecado. En la excomunión puede ubicarse la institución germinal y medular de todo Derecho penal canónico posterior, decimos institución, y evitamos llamarla pena, porque preferimos considerarla como censura como remedio correctivo. La autoridad eclesiástica, al excomulgar a alguien, pretende como fin último no afligirle ni alejarle de la comunidad, sino al contrario, atraerle y forzarle a la resocialización. Impone la separación como medio para lograr la reincorporación por la experiencia triste, aflictiva, de la privación de bienes que lleva consigo el apartamiento de la asamblea. No persigue la eliminación, sino la corrección.⁴⁸

En concreto respecto a nuestro tema hemos de afirmar que el Derecho canónico fomenta la inhabilitación con rasgos semejantes a la actual en sus varias modalidades de inhabilitación, suspensión, privación de oficio, privación de cargo honorífico etc., mucho más que todos los Derechos anteriores.

⁴⁷ HIS, Rudolf, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters (Aalen, 1964, Scientia) I, pág. 582

⁴⁸ HIS, Rudolf, Ibídem pág. 582

4.2.4 ELEMENTOS DEL TIPO PENAL, LA TIPICIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA.

El principio de legalidad como garantía, a los ciudadanos frente al poder punitivo del estado, fue un gran aporte por parte del derecho penal liberal, el cual garantiza que los ciudadanos de un estado solo podrán ser penalizados por una conducta que se encuentre prevista dentro de la ley, por tanto, la tipicidad es la correspondencia entre una conducta humana y la descripción del hecho punible previsto en la ley penal. A esta descripción de la conducta punible en la ley se la conoce como “tipo” penal.

Zaffaroni define al tipo penal como “la fórmula legal necesaria al poder punitivo para habilitar su ejercicio formal”.

Es por esto que el mismo autor manifiesta que el tipo es un “hecho político”, o sea la selección y descripción de hechos punibles que hace el legislador, cuyo fin político criminal de prevención, es decir de motivación a los ciudadanos a no incurrir en la conducta punible bajo la amenaza de una pena, obliga al legislador a describir el tipo lo más claramente posible.

De acuerdo con lo anterior, a la tipicidad se le reconocen las siguientes funciones:

- Una función de selección de los comportamientos humanos penalmente relevantes;
- Una función de garantía, que se traduce en el principio de “nullum crimen, nulla poena, sine lege”; y
- Una función motivadora, pues con la descripción típica el legislador le dice a la sociedad cómo deben comportarse, bajo la amenaza de pena si incurren en las normas prohibitivas.”⁴⁹

Diríamos que una acción es típica cuando esta es la que está descrita en la norma; es decir, quitarle la vida a otra persona es una conducta tipificada en el delito de homicidio. En el transcurso de la evolución de la teoría del delito, a la tipicidad se la entendía únicamente como la descripción objetiva de los hechos en la norma penal y se pensaba que en la misma no existían elementos subjetivos, sino que estos eran analizados en la última categoría dogmática, en la culpabilidad.

En dicha descripción objetiva no existía el elemento subjetivo es decir la voluntad del autor, solamente se consideraba la relación causal (teoría causalista) entre la acción y el resultado, es decir en el homicidio solo era necesario la relación causal, entre la acción y la muerte, sin importar cuál fue la intención, bajo estas circunstancias el acto de dar muerte a otra persona era un acto típico de matar, aunque se haya actuado por error.

⁴⁹ Raúl Plascencia Villanueva, *Teoría del Delito*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 94 y 95.

Hans Welzel, autor de la Teoría de la acción final, concibe al ejercicio de la actividad humana como finalista, es decir que bajo esta perspectiva la acción es un acontecimiento "finalista" y no solamente "causal"; "la finalidad o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos"⁵⁰

El tipo penal de homicidio describe y sanciona el acto de matar, de modo que el acto de matar por error no puede ser considerado como típico, pues su actividad final no fue precisamente el "acto de matar", la persona que mata por error. El mismo Welzel pone el ejemplo de quien creyendo que está cazando un animal mata por error a un ser humano, no está cometiendo un acto final de homicidio, sino el de cazar un animal, y que por tanto esa conducta no es típica.

"La teoría finalista se caracterizó por un concepto de acción basado en la dirección del comportamiento del autor a un fin por este prefijado. De esta manera se oponía el concepto final de acción al concepto causal de acción que sólo tenía en cuenta la producción causal del resultado. Del concepto de acción y de ilícito personal se derivaron consecuencias que alteraron el contenido de las categorías tradicionales de la teoría del delito:

⁵⁰ Hans Welzel, *Teoría de la Acción Finalista*, Buenos Aires, Astrea, 1951, p. 19-20

1. El dolo (reducido al conocimiento y la voluntad de realización del tipo objetivo del delito) se convirtió en elemento de lo ilícito, dando lugar a un "tipo subjetivo" complementario del "tipo objetivo", abandonando así la culpabilidad, categoría a la que había pertenecido hasta ese momento.

2. Los delitos dolosos y culposos se separaron ya en lo referente a la estructura del tipo penal, y no como en la teoría de la acción causal al nivel de la culpabilidad: dolo y culpa son formas de ilicitud (de infringir una norma) y no formas de la culpabilidad.

3. En lo ilícito puede distinguirse junto al disvalor del resultado también un disvalor de acción (que últimamente se entiende por algunos como el único elemento de la ilicitud con exclusión del concepto de ilícito del disvalor del resultado).

4. La culpabilidad se redujo correspondientemente a la capacidad de culpabilidad (= imputabilidad) y a la posibilidad del conocimiento de la prohibición.”⁵¹

Así, la tipicidad está compuesta por elementos objetivos y subjetivos; por un lado la descripción objetiva del hecho punible, y por otro lado el nexo psicológico entre el autor y el resultado típico.

⁵¹ JIMENEZ DE ASUA, Luis, la ley y el delito.

Tipicidad objetiva

La tipicidad objetiva es la descripción abstracta y genérica de la conducta prohibida, la cual debe ser redactada en la ley de tal modo que todos los ciudadanos hacia quienes está dirigida la norma puedan comprender, sin lugar a dudas, cuál es el hecho punible.

Esta descripción es la que encontramos en cada uno de los tipos penales que están en la parte especial del primer libro del Código Orgánico Integral Penal, existen determinados elementos comunes y necesarios que encontramos en todos los tipos penales. El tipo debe componerse mayoritariamente de elementos descriptivos que cualquier persona de un entendimiento promedio pueda comprender, como por ejemplo: matar, robar, lesionar, día, noche, persona, cosa, etc.

Los siguientes son los elementos objetivos que encontramos en los tipos penales; los cuatro primeros son los elementos necesarios comunes a todos los delitos, sin los cuales no hay tipo penal; los tres finales son elementos accidentales que pueden o no estar presentes y que sirven generalmente para diferenciar a los tipos penales base de otras figuras atenuadas o agravadas, a saber:

1. Sujeto activo: Es la persona natural que comete un delito de acuerdo a las diversas formas de participación. El sujeto activo puede ser:

a) Calificado: Cuando para ser sujeto activo se necesita alguna calidad en especial, por ejemplo el profesional en los homicidios culposos por mala práctica profesional.

b) No calificado: Cuando cualquier persona puede ser responsable del delito, que son la generalidad de los delitos, por ejemplo “el que matare”, “el que hurtare”, etc.

2. Sujeto Pasivo: Si bien este elemento no está expresamente señalado en todos los tipos penales, es un elemento que de manera tácita lo está, puesto que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado. A su vez, el sujeto pasivo puede ser:

a) Calificado: Cuando se requiere de una calidad especial para serlo, por ejemplo en el estupro (menor de 18 años y mayor de 14).

b) No calificado: Cuando no se requiere ninguna calidad sino que cualquier persona puede serlo. Ejemplo: robo, asesinato, lesiones, etc.

3. Conducta o verbo rector: Es el núcleo del delito; es el comportamiento humano (acción u omisión) con la cual se lesiona el derecho de otra persona; la acción ejecutiva de cometimiento del delito, la cual generalmente está descrita por un verbo: matar, hurtar, abusar, etc.

4. Objeto: Este se divide en:

a) Objeto material: Se refiere a la persona o cosa sobre la que recae la conducta, por ejemplo la cosa robada en el hurto, el cuerpo en el homicidio, los fondos públicos en el peculado.

b) Objeto jurídico: Es el bien jurídico tutelado, el cual fundamenta y da sentido al delito. Los tipos penales están compilados en los códigos en función del bien jurídico protegido, por ejemplo: de los delitos contra la vida, contra el patrimonio, contra la administración pública, etc.⁵²

5. Elementos normativos: Son descripciones que nos remiten a otras normas o cuerpos normativos para comprender el alcance del tipo. Por ejemplo, cuando en la ley se refieren al “funcionario público”, “cosa ajena”, “mayoría de edad” es necesario remitirse a la ley de servicio público, el código civil y al código de la niñez, respectivamente.

6. Elementos valorativos: Se trata de cuestiones subjetivas en las que es el intérprete el que les da el valor de acuerdo a su modo particular de ver las cosas. Sin embargo, se encuentran presentes en varios cuerpos legales, por ejemplo las buenas costumbres, la moral, el ánimo de apropiación, los fines deshonestos, etc.

⁵² Ernesto Albán Gómez, *Régimen Penal Ecuatoriano*, Quito, Ediciones Legales S.A., 1997, p. 103

7. Otras circunstancias que complementan el tipo: Estos son otros elementos descriptivos que terminan de configurar el tipo penal. En el peculado, por ejemplo, el abuso de fondos públicos “en beneficio particular o de terceras personas”; en el cohecho, el recibir dones o presentes “por realizar un acto de su empleo u oficio”. En la mayoría de casos, estas “otras circunstancias” sirven para atenuar o agravar tipos penales base, como cuando producto del secuestro o durante un robo “muere la víctima”.⁵³

En la tipicidad objetiva es donde se materializa el principio de legalidad mediante el cumplimiento de los elementos antes señalados.

Elementos objetivos del tipo de homicidio culposo por mala práctica profesional: 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.

1. Sujeto Activo: calificado profesional

⁵³ Ernesto Albán Gómez, Régimen Penal Ecuatoriano...p. 104.

2. Sujeto pasivo: No calificado.
3. Verbo rector: ocasione la muerte, al infringir un deber objetivo de cuidado
4. Objeto jurídico: La vida
5. Elementos normativos: no hay.
6. Elementos valorativos: no hay.
7. Otras circunstancias: acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

Tipicidad Subjetiva

Claus Roxin sostiene que “la opinión dogmática reciente se mueve aún en los esquemas neoclásicos y finalistas. No obstante la mayoría de autores se esfuerzan por rechazar la teoría final de la acción, pero asumiendo el traslado del dolo y la culpa al tipo objetivo”⁵⁴. Es decir que más allá de toda esa disputa intelectual entre las escuelas penales causalistas y finalistas, existe el acuerdo de que el dolo y la culpa son parte de la tipicidad subjetiva. : “La parte subjetiva del tipo se haya constituida siempre por la voluntad dirigida al resultado (en los delitos dolosos de resultado), o bien, a una sola conducta (en los delitos imprudentes y en los de mera actividad), y a veces por especiales elementos subjetivos.”⁵⁵ Se refiere a la función de relación psicológica entre el autor y la acción o resultado, de donde se deriva el término desvalor de acción y se refiere a la finalidad, el ánimo, la tendencia que impulsó actuar al sujeto activo a realizar la acción y omisión, a título de dolo o de culpa. De este elemento se deriva el tipo doloso y el tipo culposo.

⁵⁴ Claus Roxin, Derecho Penal Parte General, Tomo I.

⁵⁵ MIR PUIG Santiago, Derecho penal, parte general, pág. 212

Dolo

Es la manifiesta intención de causar daño, es decir tiene como finalidad la realización del tipo objetivo, para lo que requiere de dos elementos, uno cognitivo y otro volitivo. El primero se refiere al conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, y el segundo, a la voluntad de realizar esa conducta.

El conocimiento ha de recaer sobre los elementos objetivos del tipo y se debe tener conciencia de las circunstancias que lo integran. No necesariamente tener conocimientos en derecho si no que tener la suficiente capacidad intelectual para conocer la ilicitud de los actos.

La voluntad tiene diversas manifestaciones, de las cuales unas son más evidentes que otras de allí que se derivan estas clases de dolo: eventual, directo e indirecto.

Culpa

Debido a la importancia de determinados bienes jurídicos como la vida o la salud, los estados se han visto en la necesidad de ampliar dicha protección, no solo prohibiendo esos actos tendientes a la lesión o puesta en peligro, sino sancionando a quienes han afectado esos bienes jurídicos producto de su falta de cuidado. A estos se los llama delitos culposos.

“A los delitos culposos se los conoce también como delitos imprudentes o negligentes, estos tienen dos elementos fundamentales: la acción culposa y el resultado que ella ha causado”⁵⁶. Como no es posible determinar en la norma cuándo una conducta es culposa, se ha establecido que se incurre en esta modalidad de delito cuando se produce el resultado típico al haber violado el deber objetivo de cuidado. Como el ingeniero que construye un puente con materiales inadecuados, a sabiendas de aquello, y el puente cae sobre un vehículo matando a sus ocupantes; o como el médico que por no tomar las debidas precauciones y no aplicar la *lex artis*, produce la muerte de su paciente al aplicar una dosis exagerada de anestesia.

El concepto de deber objetivo de cuidado.

Prácticamente todas las actividades de la vida en sociedad se encuentran normadas, y más aún cuando de estas actividades se desprenden riesgos para los seres humanos. Por tanto, el concepto de cuidado es un concepto objetivo y normativo, por cuanto lo que se debe analizar ante la producción del resultado típico es si el infractor ha actuado o no dentro de los riesgos permitidos. El exceso de riesgo constituye la violación al deber objetivo, por lo que se han creado normas, tanto legales como reglamentarias que rigen la conducción de los vehículos, los códigos de ética de los profesionales, la *lex artis* de los médicos o las normas relativas a la construcción y las industrias en general.

⁵⁶ Francisco Muñoz Conde, Teoría general del delito...p. 56.

Es por esto que la doctrina ha destacado dos clases de culpa:

Culpa consiente: Cuando el sujeto actúa con representación del resultado. Es decir que a pesar de haber previsto el peligro de su actuar culposo o imprudente, este lo realiza.

Imprudencia: afrontar un riesgo de manera innecesaria pudiendo evitarse;
Impericia: Se presenta en aquellas actividades que para su desarrollo exigen conocimientos técnicos especiales; Inobservancia de la ley; Implica dos cosas: que conociendo las normas estas sean vulneradas implicando "imprudencia"; o se desconozcan los reglamentos debiendo conocerse por obligación, implicando ello "negligencia".

Culpa inconsciente: Cuando el sujeto actúa sin representación del resultado. No sabe de las consecuencias que pueden tener sus actos.

Negligencia; Implica una falta de actividad que produce daño (no hacer). Por ejemplo un vigilante que al quedarse dormido se le sustraigan las cosas que vigila.

Una última cuestión referente a la punibilidad de los delitos culposos es que, al no ser querido el resultado típico, el grado de reprochabilidad lógicamente debe ser menor que el de los delitos dolosos, es decir, la pena debe ser menor.

Dentro de esta categoría culposa, se encuentra el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, tipificado en el COIP en el artículo 146, el cual manifiesta que por infringir un deber objetivo de cuidado se establece una pena de uno a tres años y se agrava la pena de tres a cinco años cuando incurren circunstancias peligrosas, innecesarias e ilegítimas. Además esta ley prevé una pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio profesional de la cual no se ha previsto su rango de tiempo.

Antijuridicidad formal y material

Antijuridicidad

Welzel manifiesta que es "la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto."⁵⁷ Es decir que la antijuridicidad se establece cuando la conducta típica es contraria al orden jurídico establecido, o como lo manifiesta el COIP cuando se amenaza o lesiona sin justa causa un bien jurídico protegido.

La simple adecuación de una acción a un tipo legal, no comporta la afirmación de su carácter antijurídico. Es necesario, además, que se compruebe la ausencia de toda causa de justificación. Por lo que es de matizar la afirmación de que la tipicidad no es sino un indicio de antijuridicidad, en el sentido de que también es un fundamento, porque un acto antijurídico es penalmente relevante sólo cuando se adecua a un tipo legal. Correcto es

⁵⁷ WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Roque De Palma Editor, Buenos Aires, 1956 Pág. 47

decir que esto último no "prueba" el carácter antijurídico del acto, ya que puede presentarse alguna causa de justificación⁵⁸

Antijuridicidad formal: Roxin manifiesta que “Una acción antijurídica es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal”⁵⁹, Es formalmente antijurídica la conducta que contraviene una prohibición o mandato legal. Así, como decíamos, en principio, es antijurídica la conducta típica por no haber acatado los mandatos implícitos de hacer o no hacer descritos en los tipos penales.

Antijuridicidad material: “Es la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, con ausencia de causas de justificación en función del principio de lesividad, que según Zaffaroni Implica que ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo”⁶⁰; solo son punibles aquellas conductas que lesionen de manera grave o al menos pongan en peligro efectivo o concreto, bienes jurídicos de relevancia para nuestra sociedad, los cuales por supuesto, los encontramos en la Constitución de la República, particularmente entre los artículos 12 y 82 de la carta fundamental en donde están desarrollados los derechos del buen vivir, los derechos de las personas de atención prioritaria, los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, los derechos de participación, de libertad, de la naturaleza y los derechos de protección.

⁵⁸ HURTADO, José, Manual de Derecho Penal pág. 186.

⁵⁹ CLAUS Roxin, *Derecho Penal Parte General.*, pág. 557-559.

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio R.; *Derecho Penal Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2º Ed., 2005, p. 128

4.2.5 ESTUDIO Y CLASIFICACION DE LA PENA

La doctrina moderna habla acerca de dos teorías de la pena la teoría absoluta o de retribución y la teoría relativa o de prevención, la primera manifiesta que; la pena es una reacción que mira al pasado, es un mal cuya finalidad es el castigo por el hecho cometido, mientras que la segunda dice que; La pena es un mal orientada a la prevención de futuros delitos. La prevención de la delincuencia puede lograrse actuando sobre el propio delincuente o sobre la colectividad, se divide en prevención general y especial. A estas teorías se ha sumado una tercera que es de carácter mixto, la misma que trata de corregir los problemas de las teorías retributiva y preventiva, y reunirlos en una sola, la cual se aplica en el Derecho positivo

Mediante una combinación de las tres ideas fundamentales de las teorías anteriores, pretende llevar a la práctica lo positivo de cada una de ellas eliminando sus aspectos negativos. La pena ha de ser limitada por el grado de reproche del autor, por lo que motivos de prevención general o especial no pueden llevar a imponer a nadie una pena más grave que la que se corresponda con la del hecho cometido y con el grado de su reprochabilidad personal.

La doctrina ha dado varias concepciones de la pena pero la que más se adapta a lo dispuesto en nuestra ley penal es lo que manifiesta Rivera Beiras que dice. “consideramos como pena en sentido jurídico la coartación o

supresión de un derecho personal que el Estado impone a través de su rama jurisdiccional a sujeto imputable que ha sido declarado responsable de infracción penal”

. “La pena puede ser considerada como una especie del género sanción; es decir, dentro de aquellos instrumentos mediante los cuales el aparato coercitivo del Estado reacciona contra las violaciones de normas jurídicas. Presentado en estos términos, el concepto de pena puede ser definido desde un punto de vista estrictamente formal: simplemente como la consecuencia jurídica de un tipo de ilícito representado por el delito...”⁶¹

Zaffaroni en cambio nos dice que la pena es la coerción estatal que tiene por objeto proveer a la seguridad jurídica mediante la prevención especial resocializadora de futuras conductas delictivas por parte del autor.

Finalidad de la pena

Con base en los conceptos anteriormente expuestos, se concluye: que la pena es la última reacción institucional de carácter judicial, establecida por la Ley e impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes al sujeto imputable encontrado culpable de haber cometido un hecho penalmente punible (delito, contravención). Dicha pena, implica privación o restricción de bienes jurídicos, por ejemplo del patrimonio, la libertad de tránsito, etc. De la anterior definición de pena, se puede extraer:

⁶¹ RIVERA BEIRAS, Iñaki. (2006). La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria. 1 ed. Argentina. Editores del Puerto s.r.l. Pág. 183.

*La pena es la última reacción institucional, es decir, se utiliza cuando el control primario y secundario ha fallado.

*La pena debe estar prevista en la Ley, para aplicarse ante un hecho determinado por la misma ley como delito o contravención (Nulla poena sine lege).

*La pena es impuesta por el Estado, por intermedio de sus órganos jurisdiccionales competentes, previa realización de un proceso penal con las formalidades previamente establecidas. Proceso, en el cual se prueba plenamente que la persona es responsable de la infracción penal que se le imputa.

*La pena se impone al sujeto imputable que ha sido declarado culpable de una infracción penal (Nulla poena, sine culpa). Por ende, la pena debe recaer únicamente en la persona declarada responsable de una infracción penal, es decir, nadie puede ser castigado por un hecho ajeno. No obstante, esto es relativo, siendo que los efectos nocivos de la pena, especialmente de la privativa de libertad, alcanzan a los familiares de la persona privada de libertad.

*La pena al restringirle o privarle al condenado de determinados derechos personales de los cuales éste es titular (libertad de tránsito, patrimonio

económico, restricción de derechos, etc.) significa un mal, a razón de implicar una aflicción y un sufrimiento para el mismo.

El artículo 51 del COIP define a la pena como una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Es decir que la pena es una medida coercitiva estatal de carácter restrictiva, contra las conductas punibles establecidas dentro de una ley penal previamente concebida.

La pena también tiene un carácter preventivo y reparatorio y así lo establece el COIP en su artículo 52, también debe estar establecida en la ley conforme el principio de legalidad (Nulla poena sine lege), es impuesta por el estado a cargo del órgano jurisdiccional competente, luego de haberse determinado la responsabilidad o culpabilidad del imputado, siguiendo las reglas del debido proceso, la imposición de la pena restringe derechos y libertades a la persona

Sentenciada.

Clasificación de la pena: Según nuestro Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 58 manifiesta que las penas que se imponen en virtud de

sentencia firme, con carácter principal o accesoria, son privativas, no privativas de libertad y restrictivas de los derechos de propiedad.

En el presente trabajo las penas accesorias son importantes, pues aquí es donde considero se encuentra la contradicción planteada, pero también es importante hacer una clasificación de las penas según el COIP.

Penas privativas de libertad: El artículo 53 del COIP es muy claro al establecer que en lo concerniente a la legalidad de la pena no se impondrán penas más severas que las determinadas en los tipos penales de este Código. **El tiempo de duración de la pena debe ser determinado.** Quedan proscritas las penas indefinidas.

Es decir que la pena ya sea de carácter principal o accesorio deber ser claramente determinada dentro de la ley penal, así como su tiempo de duración garantizando de esta manera su legalidad.

Según Henry El Koury y María Arias, la pena privativa de libertad consiste en: "...privar a una persona del derecho de transitar libremente; se refiere al confinamiento en una institución, llamada centro penitenciario o penitenciaria; por definición esta prohibición de libertad implica otras conculcaciones a derechos de la persona que no se encuentran en su concepto, pero si en su operatividad: al condenarse a prisión a una persona no sólo se le condena a estar encerrada en un establecimiento penitenciario,

sino que se la obliga a estar con personas que no necesariamente ha escogido, a comer lo que allí se cocine, a dormir junto con quien corresponda; esto sin contar con el aumento de las posibilidades de ser violado sexualmente, de no tener ámbito de intimidad, de ser más propenso a ser lesionado o asesinado que en la vida en libertad. Por su parte, esta sanción involucra al núcleo familiar del condenado, máxime cuando la persona sometida al encierro es, a la vez, proveedora del sustento.”⁶²

Las penas privativas de libertad en el Ecuador tienen una duración de hasta cuarenta años y el tiempo de esta se computa desde que el sujeto es aprehendido, también es importante aclarar que en nuestra legislación están proscritas las penas indefinidas y el estado garantiza la inviolabilidad de la vida es decir que no habrá pena de muerte.

Penas no privativas de libertad: Estas penas se encuentran establecidas en el artículo 60 del COIP y la doctrina nos dice que son penas que restringen derechos de forma temporal o definitiva y este código contempla las siguientes:

1. Tratamiento médico, psicológico, capacitación, programa o curso educativo.
2. Obligación de prestar un servicio comunitario.
3. Comparecencia periódica y personal ante la autoridad, en la frecuencia y en los plazos fijados en sentencia.

⁶² EL KOURY, Henry Isaa y ARIAS, María Gerarda. (2002) Derechos Humanos en el Sistema Penal. 2. Reimp. Costa Rica. EUNED. Pág. 105

4. Suspensión de la autorización o licencia para conducir cualquier tipo de vehículo.
5. Prohibición de ejercer la patria potestad o guardas en general.
6. Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio.
7. Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia.
8. Pérdida de puntos en la licencia de conducir en las infracciones de tránsito.
9. Restricción del derecho al porte o tenencia de armas.
10. Prohibición de aproximación o comunicación directa con la víctima, sus familiares u otras personas dispuestas en sentencia, en cualquier lugar donde se encuentren o por cualquier medio verbal, audiovisual, escrito, informático, telemático o soporte físico o virtual.
11. Prohibición de residir, concurrir o transitar en determinados lugares.
12. Expulsión y prohibición de retorno al territorio ecuatoriano para personas extranjeras.
13. Pérdida de los derechos de participación.

Multa

Esta pena es una pena patrimonial o pecuniaria. Dicha pena (multa) consiste en la obligación pecuniaria (pago de una cantidad de dinero) impuesta por el Juez penal al condenado por la infracción a una ley penal.

También se encuentra establecida como pena restrictiva de derechos de propiedad, el comiso penal y la destrucción de los instrumentos o efectos de la infracción.

Inhabilitación

La pena de inhabilitación supone la pérdida o limitación por un tiempo preestablecido de los derechos individuales taxativamente enunciados en la ley.

“Es la pérdida de derechos individuales como el empleo, el cargo o la comisión pública; la incapacidad legal para obtenerlos; la privación de derechos políticos activos y pasivos; la incapacidad para ejercer la profesión, el oficio, arte o actividad que desempeñe; la incapacidad para ejercer la patria potestad, tutela, curatela o administración judicial de bienes. Todo lo anterior, por un tiempo preestablecido. Durante ese tiempo, si la privación es de varios derechos, la pena de inhabilitación se convierte en una muerte civil”⁶³.

Es importante establecer que el mismo COIP en el último inciso del artículo 60 manifiesta que “La o el juzgador podrá imponer una o más de estas sanciones, sin perjuicio de las penas previstas en cada tipo penal”. Es decir que a más de las penas establecidas la ley, le da al juzgador la atribución de imponer una o varias de estas penas no privativas de libertad que serían de carácter de accesorio.

En el caso que nos ocupa la inhabilitación para el ejercicio profesional se encuentra establecido en el artículo 65 que en su parte pertinente manifiesta

⁶³EL KOURY, Henry y ARIAS, María. (2002) Derechos Humanos en el Sistema Penal. *Op cit.*, p.106

que “la o el juzgador, en sentencia, dispondrá que una vez cumplida la pena privativa de libertad, se la inhabilite en el ejercicio de su profesión, empleo u oficio, por el tiempo determinado en cada tipo penal”.

No olvidemos que en el tipo de homicidio culposo por mala práctica profesional, se encuentra únicamente determinado el rango de la pena principal que es de uno a tres años y si se agrava de tres a cinco, es decir la disposición del artículo 65 no se puede cumplir pues el tipo penal no establece el rango de la pena accesoria, lo que es contradictorio ya que, al tratarse de delitos de tránsito el legislador a más de la pena principal que es la privación de libertad, si contempla la pena accesoria que es la suspensión de su licencia de conducir.

Podríamos concluir que en el caso de la pena inhabilitación para el ejercicio de la profesión el COIP no establece el rango de tiempo que tendrá esta, contradiciendo incluso el artículo 53 de la misma ley, que habla sobre la legalidad de la pena y que en su parte pertinente establece que el tiempo de duración de la pena debe ser determinado.

En lo que tiene que ver con los procesos de habilitación para volver a ejercer la profesión, no están considerados en el COIP ni siquiera como medida de seguridad lo que hace suponer que será otra ley la que regule aquellos, la misma que aún no se encuentra establecida en el ordenamiento jurídico Ecuatoriano.

4.2.6 LA INHABILITACIÓN PROFESIONAL EN EL ECUADOR

La inhabilitación profesional en nuestro país ha venido siendo aplicada según la infracción cometida siempre y cuando no sea delito están contemplada en leyes orgánicas, u ordinarias que regulan otros campos del Derecho, estas son las encargadas, de resolver aquellas infracciones, como por ejemplo en el caso de un servidor público destituido por falta grave establecida en la LOSEP, también quedara inhabilitado para ejercer cualquier otro cargo público, así también la Ley Orgánica de la Salud prevé entre otras sanciones la inhabilitación profesional por infracciones cometidas por profesionales de la salud siempre que estén determinadas en esta misma ley. Diríamos que este tipo de sanciones previstas en estas leyes, la inhabilitación es comprendida como la sanción principal, este tipo de sanciones administrativas, también son inhabilitantes pero en el caso de que la inhabilitación sea producto de homicidio en el ejercicio de una profesión, se convierte en un delito y estos únicamente están previstos en una ley penal, en nuestro país en el COIP, la pena privativa de la libertad seria principal y la inhabilitación la pena accesoria.

El capítulo segundo del COIP, que habla acerca de la clasificación de las penas en el art. 65 nos dice: **“Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio.-** Cuando el delito tenga relación directa con el ejercicio de la profesión, empleo u oficio de la persona sentenciada, la o el juzgador, en sentencia, dispondrá que una vez cumplida la pena privativa de libertad, se

la inhabilite en el ejercicio de su profesión, empleo u oficio, por el tiempo determinado en cada tipo penal.”⁶⁴ En este artículo se hace referencia a la inhabilitación profesional que según su texto, el tiempo de esta deberá estar determinado en cada tipo penal, también es considerada como una pena accesoria, pues cuando se trata de delitos siempre la pena privativa de libertad es la principal. Hay que tener en cuenta que en nuestro país la inhabilitación para ejercer la profesión ya sea por sanción administrativa o delito, el tiempo de esta se encuentra establecido en la ley, en algunos casos, y en los casos que la ley no prevé queda la determinación del tiempo a la discrecionalidad del juez, es importante también que estas leyes determinen en el caso de que se trate de inhabilitaciones temporales los mecanismos y procedimientos que debe realizar el profesional para poder volver a ejercer la profesión luego de cumplido el tiempo de la sanción, para lograr así la resocialización que establece la Constitución.

La inhabilitación profesional en el Ecuador, ha sido aplicada a sanciones administrativas, civiles y penales desde hace muchos años atrás, en algunos casos esta ha sido absoluta y en otros temporal, esto por incurrir en actos contrarios a la ley, dichos actos previamente establecidos acorde al principio de legalidad, que es la base del Derecho positivo, el cual rige el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en los casos de inhabilitación para ejercer la profesión por homicidio culposo el tiempo de inhabilitación no está previsto en el COIP, ni en ninguna otra ley del ordenamiento jurídico, peor aún los mecanismos y procedimientos a seguir, para volver a ejercer la

⁶⁴ REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO Nº 180, CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL 2014.

profesión, lo que origina que se vulneren derechos a los profesionales que hayan cumplido su pena sea cual fuere, y quieran reinsertarse a la sociedad tal como lo garantiza la carta magna, vulnerando Derechos como al trabajo, a la igualdad, y no discriminación.

4.2.7 LA INHABILITACION PROFESIONAL COMO PENA ACCESORIA EN LOS DELITOS DE HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRACTICA PROFESIONAL.

Con el objeto de determinar claramente en que situación nos hallamos respecto a la inhabilitación profesional, en primer lugar debemos entender la diferencia que existe entre la pena de inhabilitación como pena principal y como pena accesoria. La inhabilitación se considera impuesta como pena principal cuando el artículo que castiga el hecho prevé dicha pena en su redactado. Por el contrario la inhabilitación se considera como pena accesoria si el artículo en cuestión no la prevé, pero su aplicación puede derivar de otro artículo del mismo código. Refiriéndonos al COIP el artículo 146 tipifica el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, que como ya lo analizamos, tiene que ver con la inobservancia del deber objetivo de cuidado, aquí se describe los elementos del tipo penal y la pena privativa de libertad que se debe imponer al infractor, que para estos casos es de uno a tres años y si incurren agravantes constitutivos del delito, que en este caso serían acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas la pena se agravaría aumentando de tres a cinco años, además describe como se determinaría la

infracción al deber objetivo de cuidado, pero en el inciso segundo al referirse a la pena accesoria que en este caso sería la inhabilitación manifiesta; “El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la ley”,⁶⁵ es decir que en este tipo penal no se encuentra determinada la pena accesoria, simplemente se enuncia que el proceso de habilitación luego de cumplida la pena lo determinara la ley, no especificando a que ley se refiere tampoco establece si el tiempo de inhabilitación sería el mismo que la pena principal, o se prolongara, luego de cumplida esta, hasta que dicho proceso se realice, podríamos decir que se realiza un reenvío a otra ley de igual o menor jerarquía, la cual se encargara de determinar este proceso, ley que no se allá aun en nuestro ordenamiento jurídico. Al parecer nos hallamos frente a una ley penal en blanco que según Muñoz Conde es “aquella cuyo supuesto de hecho viene consignado en una norma de carácter no penal”⁶⁶, la ley penal en blanco determina la sanción aplicable en otra norma jurídica mediante el reenvío. En el caso de Ecuador las leyes penales en blanco del Código Orgánico Integral Penal; no pueden ser encargadas a disposiciones de categoría inferior a las establecidas en este Código Orgánico, es decir reenviando externamente a una Ley Ordinaria o a su vez; a un Reglamento. De lo cual en ciertos casos la ley penal en blanco ejerce una quiebra del Principio de Legalidad. “En relación a las leyes penales en blanco el problema de la seguridad jurídica adquiere

⁶⁵ *Ibidem* COIP.

⁶⁶ MUÑOZ Conde, F. Introducción al derecho penal: Editorial B de F Ltda. 2001, Montevideo & Buenos Aires. 2001, pág.

especial significación, toda vez que el ciudadano no tiene una clara referencia sobre la norma complementaria de la ley penal”.⁶⁷

Esto concierne al nuevo proceso de habilitación profesional descrito como norma penal en blanco en el inciso segundo del Art.146 del COIP, el cual no puntualiza los parámetros, mecanismo o procedimientos técnicos al que deberán someterse las y los profesionales para conseguir la habilitación, asimismo no señala el tiempo de la pena accesoria de inhabilitación del ejercicio profesional.

Diríamos que el art. 146 del COIP es una norma que no está completa, “por norma "completa" se entiende aquella que determina exhaustivamente el contenido del presupuesto y de su consecuencia jurídica (y no sólo toda aquella que posea un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, aunque el contenido de éstos no se halle exhaustivamente precisado).”⁶⁸

Esto es muy difícil de cumplir, en derecho penal, por lo general no todas las normas están completas sino que se complementan con normas que se encuentran en otro capítulo de la misma ley a lo que se le llama remisión. La doctrina manifiesta que, se trata de un procedimiento que obedece a conveniencias de economía legislativa “la razón de la mencionada especialidad es paralela a la que justifica el carácter incompleto de la gran mayoría de preceptos penales: la economía legislativa, que aconseja reducir

⁶⁷ BACIGALUPO, Enrique Derecho penal parte general. Segunda edición. 1999, Buenos Aires capital de Argentina: Editorial Hammurabi, pág. 153.

⁶⁸ PUIG, Mir Santiago, introducción a las bases del derecho penal Montevideo - Buenos Aires 2003; B de F Ltda. pág. 30

a fórmulas generales la posibilidad de extender el elenco de hechos típicos por razón de imperfecta ejecución, de participación o de realización de ciertos actos preparatorios de cada uno de los actos descritos en la Parte Especial, en lugar de repetirlos para cada caso".⁶⁹ Esta complementación de normas que se realiza a través de la remisión, que se trata de completar con otra norma, la parte que le faltare determinar a aquella o remitente, esto es algo típico de las normas penales en blanco.

En el caso que nos ocupa, es claro que el art. 146 del COIP, que tipifica el homicidio culposo por mala práctica profesional no especifica la pena accesoria, que es el tiempo de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, simple mente hace referencia a la pena principal, entonces diríamos que para completar esta falta nos debemos remitir al capítulo dos del mismo cuerpo legal que habla acerca de la clasificación de las penas, y específicamente el artículo 65, es el encargado de completar lo concerniente a la inhabilitación para el ejercicio de la profesión empleo u oficio, pues en el inciso segundo del artículo 146 únicamente habla acerca del proceso de habilitación, el cual tampoco es claro por falta de una ley que regule este procedimiento, a su vez tampoco manifiesta el tiempo de inhabilitación, por ello es necesario remitirnos al mencionado artículo el cual manifiesta: Art. 65.- "Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio.- Cuando el delito tenga relación directa con el ejercicio de la profesión, empleo u oficio de la persona sentenciada, la o el juzgador, en sentencia, dispondrá que una vez cumplida la pena privativa de libertad, se

⁶⁹ Ibídem, introducción a la bases del derecho penal. Pág. 34

la inhabilite en el ejercicio de su profesión, empleo u oficio, por el tiempo determinado en cada tipo penal.”⁷⁰ Aquí es donde se origina el problema, pues esta norma, que es, en el capítulo dos del COIP la única que habla acerca de la inhabilitación profesional, nos indica que deberá ser el mismo tipo penal quien prevea el tiempo de inhabilitación para ejercer la profesión empleo u oficio, es más manifiesta que esta pena accesoria deberá correr a partir de que se ha cumplido la pena privativa de la libertad.

Esto desde mi punto de vista genera una incongruencia normativa, ya que es evidente que entre estas normas, no se guarda una relación lógica, pues aun aplicando la remisión de norma no se subsana la indeterminación de la pena accesoria porque en el art. 65 del COIP, claramente prescribe que el tiempo de inhabilitación para el ejercicio de la profesión empleo u oficio deberá preverlo, el tipo penal correspondiente, esta incongruencia genera inseguridad jurídica, y se contrapone a los principios de taxatividad y legalidad, que son fundamentales dentro del Derecho penal.

“En el campo de la lógica indicativa, entendemos por contradicción aquel enunciado –o grupo de enunciados– que por su mera forma siempre es falso y se caracteriza porque niega lo que simultáneamente afirma; por tanto, no informa sobre los hechos. Su contenido es imposible de facto, sin importar cómo sea la realidad. Por su parte, en la lógica deóntica, la contradicción normativa tiene dos tipos. El primero (en analogía a la lógica indicativa) se traduce en que un pretendido lenguaje regulador de conducta, por su mera

⁷⁰ COIP, *Ibidem*, pág. 28

forma, carece de significado como tal. Por ejemplo, si en un proyecto de ley se establece, dentro de una misma norma, que determinada conducta está prohibida y permitida, no hay norma en realidad; sin embargo, si tal regulación se separa en normas distintas, es decir, si –siguiendo el ejemplo– la prohibición de esa conducta se encuentra en una norma y la permisión de la misma conducta se ubica en una norma diferente, entonces no existe contradicción lógica sino un conflicto de normas, que para Kelsen son diferentes aunque se suele decir que las normas en conflicto se “contradicen”...

El segundo tipo de contradicción normativa es el que se presenta, aparentemente, como un conflicto entre normas de diferente nivel jerárquico. En realidad, no es propiamente un conflicto de normas porque existe certeza– para el órgano competente –de cuál de las normas es la que se debe aplicar: si se trata de un sistema jerarquizado, debe ser la norma superior. Por esta razón, sólo puede hablarse de invalidez de la norma inferior.

Así, se debe distinguir entre las siguientes situaciones:

- La inaplicable contradicción deóntica del primer tipo, cuyo efecto es la carencia de significado normativo.
- La contradicción deóntica, de segundo tipo, en donde ambas normas pueden ser aplicadas pero cuya consecuencia es que necesariamente la norma inferior tiene el problema de invalidez.

-El conflicto de normas, que sólo se presenta dentro del mismo nivel jerárquico y donde ambas pueden ser aplicadas y las dos ser válidas, aunque para una aplicación racional se requiera del auxilio necesario de un explícito.”⁷¹

En lo que respecta al COIP, entre el art 65 y el 146 diríamos que existe una contradicción deóntica de primer tipo, porque estas normas, en el caso de la determinación del tiempo de la pena accesoria deberían complementarse entre sí, y resolver la primera la carencia de la segunda, lo que no ocurre, porque no se resuelve el tiempo de inhabilitación para ejercer la profesión.

También es necesario señalar que al no estar determinado el tiempo de la pena accesoria, ni los procesos de habilitación en el COIP, ni en ninguna otra ley, del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se vulnera el derecho de los profesionales a reinsertarse a la sociedad de forma digna luego de cumplida la pena privativa de libertad.

4.2.8 PRINCIPIOS QUE SE VULNERAN POR LA NO DETERMINACION DEL TIEMPO DE INABILITACION PROFESIONAL EN EL COIP

Todo ordenamiento jurídico de un Estado se debe regir a ciertos principios, establecidos en su Constitución, tratados y convenios internacionales, y demás leyes, estos describen y coadyuvan al cumplimiento de los Derechos,

⁷¹ LARIOS Velasco, Lógica y constitucionalidad de la función legislativa, Quehacer Parlamentario (2), 2001: pág. 11-12

según Robert Alexy, “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.”⁷² Es decir que los principios, interactúan con el resto de normas, mostrándoles el camino que estas deben seguir para lograr la seguridad jurídica que debe existir en un estado de Derecho.

La Carta Magna del Ecuador, establece que los principios, derechos y garantías, son de directa e inmediata aplicación dirigida hacia las y los ciudadanos, porque el Principio de Aplicabilidad de Derechos está orientado a ejercer de forma total e igualitaria, los Derechos de los ecuatorianos.

El principal inconveniente que concurre dentro del tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional, es la inexistencia de una norma jurídica que describa el rango de tiempo de la pena accesoria de inhabilitación del ejercicio profesional, la cual será cumplida luego de haber terminado con la pena principal privativa de libertad. Asimismo no existe norma jurídica respecto de los parámetros, formas, procedimientos o mecanismos técnicos al que deberán someterse las y los profesionales médicos a fin de conseguir un adecuado proceso de habilitación profesional.

⁷² ALEXY Robert. Teoría de los Derechos fundamentales, 1993, Madrid; Centro de estudios Constitucionales; pág. 86.

Frente a la falta de estos dos aspectos en el tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional, y pese a que en una disposición anterior establecida dentro de la parte general del COIP, en lo que concierne a la pena accesoria manifiesta que es el tipo el que deberá determinar el rango de tiempo de esta, estaríamos frente a una ley penal en blanco pudiendo causar problemas de constitucionalidad, porque atenta contra el Principio de Legalidad, Taxatividad, Reserva de Ley, a consecuencia de aquello también vulnera Derechos de Protección, como: el Debido Proceso, La Seguridad Jurídica y Tutela Efectiva.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El derecho a la legalidad penal comprende una doble garantía. Una, de carácter formal, que da lugar a la exigencia de una ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado y que, en el ámbito penal, ha de ser entendida como reserva de ley e, incluso cuando se trata de penas privativas de libertad, de Ley Orgánica. La otra se refiere a la necesaria predeterminación normativa de las conductas y sus penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción en la descripción de las mismas.⁷³

En el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, tipificado en el COIP, al no establecerse el tiempo de la pena accesoria, atenta contra

⁷³ ORTEGA, J. L. Manual de determinación de la pena. (T. L. BLANCH, Ed.) 2005, Valencia, España. pág. 23

este principio, pues toda restricción de Derechos por el cometimiento de una conducta antijurídica debe estar prevista en la ley penal.

“Una conducta humana que se opone a lo que la ley manda o prohíbe bajo la amenaza de una pena. Es la ley la que establece que hechos son delitos, es la ley la que denomina que hecho va ser considerado como delito, es la ley la que designa y fija caracteres delictuales a un hecho, si en algún momento esta ley es abrogada el delito desaparece.”⁷⁴

“El principio de legalidad impone necesariamente que los tipos penales que elabora el legislador sean claros, expresos y concisos, en relación a la conducta que se le da relevancia penal como también respecto a la pena con la cual se la conmina, ya que ésta es precisamente una de las derivaciones más importantes del principio, pues a los fines de saber si una conducta humana está castigada como delictiva será menester que su descripción sea lo más determinada posible: Nullum crimen, nullam poena sine lege. Por lo tanto, la descripción de la conducta no podrá ser indeterminada, imprecisa, de conceptos vagos, oscuros, equívocos ni confusos. De aquí deriva el principio de máxima taxatividad: la criminalización de una conducta debe ser efectuada en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible”.⁷⁵

⁷⁴ MUÑOZ CONDE Francisco, Derecho Penal. Parte General, Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 6ª, 2004, pág. 205

⁷⁵ Sentencia constitucional del 21 de agosto de 2013.

El inciso segundo del art. 146 del COIP, claramente no cumple con lo impuesto por el principio de legalidad pues carece de precisión técnica al no determinar el tiempo de inhabilitación, ni los procesos de rehabilitación para volver a ejercer la profesión, atentando contra la seguridad jurídica del Estado, y en contradicción a lo que prescribe el art. 65 de la misma ley.

“El principio de legalidad es un principio fundamental del Derecho Público conforme al cual todo ejercicio de potestades debe sustentarse en normas jurídicas que determinen un órgano competente y un conjunto de materias que caen bajo su jurisdicción. Por esta razón se dice que el principio de legalidad asegura la seguridad jurídica. Se podría decir que el principio de legalidad es la regla de oro del Derecho Público y en tal carácter actúa como parámetro para decir que un Estado es un Estado de Derecho, pues en él, el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas”⁷⁶

Podríamos decir que la pretensión del legislador al referirse en el art. 65 del COIP que el tiempo de inhabilitación, para el ejercicio de la profesión será el determinado en cada tipo penal, fue de asignar el mismo rango de tiempo de la pena privativa de libertad, a la pena accesoria, no sería más acertado para evitar todo tipo de confusiones y en concordancia con el principio de legalidad emitir normas claras, precisas y concisas, determinar el tiempo de inhabilitación de conformidad con este principio, más aun cuando en el mismo COIP, al referirse a los profesionales del volante, por el homicidio culposo de tránsito, establece la suspensión por seis meses de su licencia

⁷⁶ SEGOVIA, José Luis, La Audiencia Preliminar vs la Preparación de Juicio en el Código de Procedimiento Penal. 2010, Quito: Imprenta del Consejo de la Judicatura Pág. 29

de conducir, estaríamos aquí frente a una suspensión provisional para el ejercicio de la profesión de chofer, pero en este caso, se estaría cumpliendo lo que dice el art. 65, es decir la determinación del tiempo de inhabilitación para ejercer la profesión en el correspondiente tipo penal.

Zaffaroni acerca del principio de legalidad manifiesta “Aunque la ley penal se expresa en palabras y éstas nunca son totalmente precisas, no por ello debe despreciarse el principio de legalidad, sino que es menester exigir al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra”.⁷⁷

PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD

Más que un principio diríamos que la taxatividad es un sub principio el cual complementa al principio de legalidad, se trata de un principio que en Derecho penal exige estrictamente que los delitos y penas estén tan pre establecidas como fuese posible. “Cuando el legislador prescinde del verbo típico y cuando establece una escala penal de amplitud inusitada, como cuando remite a conceptos vagos o valorativos de dudosa precisión, el derecho penal tiene dos posibilidades: (a) declarar la inconstitucionalidad de la ley; o (b) aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa.”⁷⁸ En lo concerniente al inciso segundo del art. 146 del COIP, este principio se ve gravemente lesionado al no determinar con precisión el tiempo de inhabilitación para el ejercicio de la profesión.

⁷⁷ ZAFFARONI, ibídem, pág. 116.

⁷⁸ ZAFFARONI, ibídem, pág. 117.

“La taxatividad o predeterminación legal de los supuestos punibles se configura pues como una garantía a la seguridad jurídica de los ciudadanos y, al propio tiempo, como una barrera a la discrecionalidad judicial, que siendo siempre inevitable en toda aplicación del Derecho, se acentúa a medida que se incrementa la vaguedad de los conceptos usados por el legislador, como ocurre en los llamados conceptos jurídicos indeterminados en que se expresan algunas nociones con fuerte contenido valorativo.”⁷⁹

Diríamos que la falta de determinación de la pena accesoria en el COIP, para los delitos de homicidio culposo por mala práctica profesional, vendría a atentar contra la seguridad jurídica de los ciudadanos, al no determinar de forma clara y precisa el tiempo de inhabilitación y los procesos de rehabilitación, y estos últimos no estar reglados en ninguna otra ley del ordenamiento jurídico.

4.2.9 DERECHOS DE PROTECCIÓN QUE SE VULNERAN A LOS PROFESIONALES QUE SEAN SANCIONADOS POR EL ART. 146 DEL COIP.

Los Derechos de protección son las garantías constitucionales que otorga el Estado a sus ciudadanos para salvaguardar, que las actuaciones procesales no se lleven a cabo, de forma autoritaria, “Entre los derechos de protección encontramos el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la tutela efectiva, el derecho al debido proceso, el derecho a protección especial de

⁷⁹ El principio de legalidad penal Pág. 105

las víctimas de violaciones a derechos, la imprescriptibilidad de los delitos considerados a nivel internacional como graves e imperdonables (agresión, lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra), la protección especial a personas víctimas de violencia familiar, crímenes de odio, delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, adultas mayores; finalmente, el derecho a la seguridad jurídica⁸⁰. En la presente investigación, considero que la falta de determinación del tiempo y de los procesos de rehabilitación para volver a ejercer la profesión, en el art. 146 del COIP, vulnera, el Derecho al Debido Proceso y el Derecho a la Seguridad Jurídica de las y los profesionales, por este motivo es necesario analizar cada uno de estos Derechos, consagrados en la Constitución de la república.

DEBIDO PROCESO

Sobre el debido proceso, Hugo Hernández Bernal Vallejo y Sandra Milena Hernández Rodríguez, en su obra El debido proceso disciplinario, manifiestan: “En sentido amplio, el debido proceso es el conjunto no sólo de procedimientos, legislativos, judiciales y administrativos que deben cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa que se refiera a la libertad individual sea fundamentalmente válida, sino también para que se constituya en garantía del orden, de la justicia, de la seguridad en cuanto no se lesionan de manera indebida la seguridad propuesta como intangible para

⁸⁰ ÁVILA, R, Los derechos y sus garantías: ensayos críticos (Primera reimpresión) Quito: Corte Constitucional de Ecuador para el Período de Transición. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012, (CEDEC). pág. 108

el ciudadano en el Estado democrático. En sentido restringido, la doctrina define el debido proceso como todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia; que le aseguren la libertad y la seguridad jurídica, la nacionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho. Desde este punto de vista, entonces, el debido proceso es el principio madre o generatriz del cual dimanarían todos y cada uno de los principios del derecho procesal penal, incluso el del juez natural que suele regularse a su lado”.⁸¹ El debido proceso se constituye en una garantía, de la cual se deben valer todos los ciudadanos, que sean imputados en un Estado democrático, este Derecho está constituido, por principios como el de legalidad, oportunidad, imparcialidad entre otros.

Prosiguiendo con el tema, el Dr. Alfonso Zambrano Pasquel señala: “Entendemos por debido proceso el que se inicia, se desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivos los presupuestos, los principios y las normas constitucionales, legales e internacionales aprobados previamente, así como los principios generales que informan el Derecho Procesal Penal, con la finalidad de alcanzar una justa administración de Justicia, provocando como efecto inmediato la protección integral de la seguridad jurídica del ciudadano, reconocida constitucionalmente como un derecho”.⁸²

⁸¹ BERNAL Vallejo Hugo Hernando y Sandra Milena Hernández Rodríguez, El debido proceso disciplinario, Biblioteca Jurídica Dike, 2001, Medellín, pág. 22.

⁸² PASQUEL Zambrano Alfonso, Biblioteca de autores de la Facultad de Jurisprudencia, 2005, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, pág. 48-49.

El Derecho al debido proceso está garantizado en la Constitución en su art. 76, en el cual se establecen las garantías en las cuales se sustenta, entre las cuales prevé que la persona procesada deberá obtener una sentencia justa y motiva emanada de un Tribunal competente, imparcial e independiente, a su vez hace alusión, al principio de legalidad manifestando que “nadie podrá ser juzgado por una acción u omisión que al momento de cometerse no este tipificado en la ley como infracción penal”, podríamos decir que al ser la pena accesoria el resultado de una principal, el tiempo de esta también debería estar contemplado, en el tipo penal correspondiente, y así evitar que esta, quede a la discrecionalidad del juzgador, lesionando así el principio de legalidad que es uno de los pilares del debido proceso, considerando que este último no es más que una garantía del Estado para asegurar a las partes la defensa adecuada de sus derechos. Jorge Zavala Baquerizo manifiesta: “Hablar del debido proceso penal es referirnos igualmente al respeto a los derechos humanos en la Administración de Justicia Penal, que como sabemos se refieren a aquellos derechos fundamentales que le son reconocidos a cualquier persona que, por una u otra razón, justa o injustamente, entra en contacto con los sistemas de justicia penal en un país, refiriéndonos a un concepto de justicia penal en sentido amplio; es decir, teniendo en cuenta no solo la fase judicial-penal, sino que cubre la actividad de los órganos represivos del Estado conforme dijimos precedentemente”⁸³

⁸³ ZAVALA B. Jorge, El debido proceso penal, Guayaquil, 2002, Editorial Edino, pág. 25.

Es decir que el debido proceso a más de asegurar una tutela judicial efectiva debe, como propósito principal ponderar los derechos humanos, de las y los ciudadanos, convirtiéndose de esta manera en una medida de protección, de los abusos que pudieran darse en un Estado del poder punitivo, la falta de congruencia entre el art. 65 y el inciso segundo del 146 del COIP, a más de generar inseguridad jurídica, la no determinación de los procesos o mecanismos de habilitación luego de cumplida la pena principal, para continuar ejerciendo la profesión, para la cual estos profesionales se prepararon varios años de su vida, atenta contra su derecho al trabajo y a ser reinsertados en la sociedad, una de las finalidades de la rehabilitación social, lo que a más del estigmatismo social, también estaríamos frente a un estigmatismo por parte del Estado a los profesionales, vulnerando también el Derecho a la igualdad formal, material, y no discriminación. “El hecho de que la ley sea la única fuente de derecho penal se conoce generalmente con el nombre de principio de reserva o legalidad, es decir es una garantía constitucional propia de los regímenes democráticos y liberales en la cual solamente la ley puede crear delitos y establecer sus penas.”⁸⁴

SEGURIDAD JURIDICA

Uno de los Derechos de protección del cual gozamos todos los ecuatorianos es el Derecho a la seguridad jurídica y, así lo manifiesta la Constitución del Ecuador en el art. 82, y lo conceptualiza de la siguiente manera: “ El derecho

⁸⁴ ETCHEBERRY, A. Derecho penal parte general. (Reimpresión tercera edición Tomo I). 1999, Santiago capital de Chile: Editorial jurídica de Chile, pág. 77

a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”⁸⁵ Sáinz Moreno expresa que la seguridad jurídica es “la cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es derecho en cada momento y sobre lo que previsiblemente lo será en el futuro. Es, pues, la cualidad del ordenamiento que permite a cada cual orientar su vida en el mundo jurídico en base al conocimiento de la calificación jurídica que cada supuesto de hecho, real o imaginado, va a recibir, previsiblemente, del mismo”.⁸⁶ Por su parte Ferreres Comella, sostiene que “por ‘certeza jurídica’ podemos entender la posibilidad de predecir el contenido de los actos del poder público a partir de la lectura de los textos jurídicos vigentes que contienen las normas que regulan el ejercicio de ese poder. En el ámbito de las sanciones, se trata de asegurar que los individuos, tras consultar los textos jurídicos relevantes (por sí mismos, o a través de un abogado), puedan anticipar cuáles serán las consecuencias penales de sus posibles acciones u omisiones”⁸⁷.

Podríamos decir que en el tema que estamos investigando, el inciso segundo del art. 146 del COIP, al no determinar el tiempo de inhabilitación, ni los mecanismos de cómo se realizará el proceso de habilitación, entenderíamos que se trata de una ley penal en blanco, pero el problema surge cuando al remitir a otra norma del mismo cuerpo legal, o a otra ley de igual o mayor jerarquía, no se subsana, esta falta pues con el art 65, no

⁸⁵ CONSTITUCION 2008

⁸⁶ MORENO Sáinz, “Seguridad Jurídica”, en Enciclopedia Jurídica Básica, tomo IV (Madrid, 1995), pág. 6108

⁸⁷ COMELLA Ferreres, El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional) (Madrid, 2002), pág. 43.

guarda congruencia porque no resuelve esta indeterminación y no existe ninguna ley dentro del ordenamiento jurídico Ecuatoriano, que señale los procesos, medios o mecanismos, que los profesionales que hayan purgado su pena, deban seguir para poder reincorporarse, a su profesión, transgrediendo de esta manera la seguridad jurídica, que establece la necesidad de normas previas claras, y congruentes que brinden al ciudadano la certeza, de que no serán vulnerados sus Derechos.

La seguridad jurídica dentro de un estado de Derecho, como lo es el ecuatoriano es de suma importancia, pues no basta con tener una Constitución que la garantice sino que debe ser aplicada, a todas las normas del ordenamiento jurídico vigente.

Fernández Galiano, acerca de la seguridad jurídica, expresa que el Derecho “debe proporcionar seguridad al individuo en el sentido de que en todo momento sepa con entera claridad hasta dónde llega su esfera de actuación jurídica y dónde empieza la de los demás; que conozca con plena certeza a lo que le compromete una declaración de voluntad y, en general, las consecuencias de cualquier acto que él o los otros realicen en la órbita del Derecho; que pueda prever con absoluta certidumbre los resultados de la aplicación de una norma; en fin, que en todo instante pueda contemplar, deslindados con perfecta nitidez, los derechos propios y los ajenos.... Lo que interesa es que el Derecho, aparte sus inevitables fallos, tienda a la creación de una seguridad para el particular que se acoja a sus normas, de manera

que nunca pueda ser sorprendido por un resultado imprevisible con arreglo al propio ordenamiento.”⁸⁸

Entendemos que en Derecho penal, al tratarse de normas de Derecho público es importante que estas sean lo más claras, taxativas, y determinadas, teniendo en cuenta que en esta materia se debe tener un estricto respeto al sentido literal de la norma, pues no se puede dejar a la discrecionalidad de un juez ciertos aspectos inherentes a los tipos penales, los cuales deben ser previstos por el legislador, como es el caso del tiempo de las penas accesorias, pues en el COIP, en algunos casos se establece y en otros no lo que evidencia una falta de congruencia en la redacción de las normas por parte del legislador, como lo ocurrido en la tipificación del delito homicidio culposo por mala práctica profesional.

4.3 MARCO JURIDICO

4.3.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

El Art. 146 del COIP, en primer lugar vulnera Derechos de Protección como la Seguridad Jurídica, Debido Proceso, así como principios constitucionales, los cuales están consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, en razón del numeral tercero del Art. 76, que textualmente dice: “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá

⁸⁸ FERNÁNDEZ-GALIANO, Introducción a la Filosofía del Derecho (Madrid, 1963), pág. 139

las siguientes garantías básicas: 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.⁸⁹

La falta de determinación del tiempo de la pena accesoria en el inciso segundo del art. 146 del, COIP, y por remisión, tampoco se encuentra establecido en el art. 65 del mismo cuerpo legal, que habla acerca de la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, empleo, u oficio va en contra de las garantías del debido proceso, específicamente con el numeral tercero que tiene relación con el principio de legalidad.

Acerca de los principios la misma carta magna manifiesta, “art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación

⁸⁹ Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial 449 del 20 de Octubre de 2008.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.
6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.
9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”⁹⁰.

Es decir que es deber primordial de un Estado hacer respetar los derechos consagrados en la Constitución, para ello todas las normas de su ordenamiento jurídico se deben regir a ciertos principios que son las bases de un estado de derechos y justicia social. La incongruencia existente entre el art. 65 y el inciso segundo del 146 del COIP queda evidenciada en el hecho de que ninguna de estas normas establece la temporalidad y modalidad de la pena accesoria, transgrediendo el derecho de los profesionales, a que las infracciones que comprometen su ejercicio profesional sean claras y coherentes, acordes con el principio de legalidad.

Esta falta de determinación del tiempo de la pena accesoria en el COIP, también va en contra de la seguridad jurídica garantizada en la Constitución que en su art. 82 manifiesta: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”⁹¹. La incongruencia de estas normas del COIP, constituye una

⁹⁰ Constitución 2008 ibídem

⁹¹ Constitución 2008 ibídem

grave transgresión a la seguridad jurídica, pues las mismas no son claras, no establecen el tiempo de la pena accesoria, ni determinan los procesos de habilitación, todo lo contrario de lo que se entiende por seguridad jurídica en un estado constitucional de derechos y justicia social.

También podríamos añadir que esta indeterminación además transgrede el Derecho al trabajo consagrado en el art. 33 De la Constitución que manifiesta: “El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido y aceptado”⁹². En este sentido el trabajo es un derecho que debe entenderse que se lo ejercita por medio de diversas actividades, siendo una de ellas el ejercicio de una profesión, arte u oficio, es decir, la debida capacitación académica profesional que le habilita, o le privilegia para ejercer sus conocimientos en función del beneficio social, como primer objetivo, y luego para el logro de un pleno desarrollo que le permita llevar una vida digna, que asegura para sí el solventar sus necesidades.

Por último tenemos el art. 201 de la Constitución del Ecuador, la cual señala: “El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la

⁹² Constitución 2008 ibídem

garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad”. Dentro de esta norma constitucional entendemos que las y los profesionales que hayan incumplido la Lex Artis, gozan del Derecho a la Seguridad Jurídica y una Rehabilitación Integral, es decir tendrán que ser sometidos a una capacitación exhaustiva a fin de conseguir la nueva habilitación profesional para ejercer nuevamente la medicina, pero lastimosamente estas condiciones no son contempladas dentro del ordenamiento interno, ya que hasta la actualidad no se forma o configura jurídicamente los parámetros, formas, mecanismos o procedimientos a fin de que la o el profesional infractor obtenga un adecuado proceso de habilitación.

4.3.2 CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

La normativa analizada en este trabajo de investigación se encuentra descrito en el segundo inciso del art. 146 Código Orgánico Integral Penal, el cual habla sobre el homicidio culposo por mala práctica profesional, cuyo contenido específico está inmerso dentro del Libro I, del Título IV del Capítulo II de los Delitos contra los Derechos de Libertad, Sección Primera de los Delitos Contra la Inviolabilidad de la Vida, el cual manifiesta en su parte pertinente: “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.

El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley”⁹³.

En primer lugar debemos entender que actualmente en el Ecuador no existe normativa legal alguna que amplifique o detalle técnicamente los factores o mecanismos al que se sujetarán las y los profesionales dentro del proceso de habilitación profesional, así también existe en el Código Orgánico Integral Penal, la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, pero lamentablemente el ordenamiento interno no señala el rango de tiempo que será inhabilitado el profesional infractor. En general el tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional establece como sanción la pena principal privativa de libertad, claramente establecida en el tipo penal, así como también la pena accesoria no privativa de libertad de inhabilitación profesional, esta como objeto de prevención social, pero esta última no se establece en este artículo a lo que la doctrina, manifiesta que esta se la puede complementar mediante la remisión a una norma de la misma ley penal, de allí que nos remitimos al art. 65 del mismo COIP el cual se encuentra establecido en el Libro I del Título II del Capítulo II que habla acerca de la Clasificación de la Pena el cual manifiesta: “Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio.- Cuando el delito tenga relación directa con el ejercicio de la profesión, empleo u oficio de la persona

⁹³ Código Orgánico Integral Penal

sentenciada, la o el juzgador, en sentencia, dispondrá que una vez cumplida la pena privativa de libertad, se la inhabilite en el ejercicio de su profesión, empleo u oficio, por el tiempo determinado en cada tipo penal”.⁹⁴

Es aquí donde se genera el problema jurídico, porque de forma clara y taxativa el artículo 146 de la norma penal establece el rango de la pena privativa de libertad principal por el cometimiento de delitos culposos, en cambio este mismo tipo penal y ninguna otra norma del ordenamiento jurídico interno señala de forma clara, precisa y taxativa el rango de tiempo de la pena accesoria de inhabilitación del ejercicio profesional, es decir la figura jurídica de la pena accesoria por mala práctica profesional no cumple ni satisface parámetros constitucionales, tal incumpliendo e insatisfacción configurativa de norma ha generado leyes penales en blanco que degradan principios y derechos constitucionales de las y los profesionales infractores que potencialmente pudieran ser juzgados judicialmente, esto en contradicción al art. 65 que establece que el tiempo de la inhabilitación deberá determinarse en cada tipo penal.

El artículo 17 del COIP dice: .- Ambito material de la ley penal.- Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia.”⁹⁵

⁹⁴ COIP ibídem

⁹⁵ COIP ibídem

Es decir que aun si existiere, una norma que no se encuentre dentro del COIP, que estableciese el tiempo de inhabilidad para el ejercicio profesional, por acciones u omisiones punibles, esta no tendría validez jurídica, lo que hace aún más importante, la necesidad de establecer en este cuerpo legal el rango de tiempo de la pena accesoria de inhabilitación y los procesos y mecanismos de habilitación.

Tal inconveniente jurídico no encaja también dentro del contenido del Art. 53 del COIP, el cual señala: “Legalidad de la pena.- No se impondrán penas más severas que las determinadas en los tipos penales de este Código. El tiempo de duración de la pena debe ser determinado. Quedan proscritas las penas indefinidas.”⁹⁶

Es importante también citar la clasificación de las penas en este proyecto de investigación, precisando que el inciso segundo del Art. 146 del Código Orgánico Integral Penal, guarda concordancia también con el Art. 58 ibídem, el cuál manifiesta: “Clasificación.- Las penas que se imponen en virtud de sentencia firme, con carácter principal o accesorio, son privativas, no privativas de libertad y restrictivas de los derechos de propiedad, de conformidad con este Código”. En concordancia a lo que señala el numeral sexto del Art. 60 de la ley penal, que en su parte pertinente establece: “Penas no privativas de libertad.- Son penas no privativas de libertad: 6. Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio. La o el juzgador

⁹⁶ COIP ibídem

podrá imponer una o más de estas sanciones, sin perjuicio de las penas previstas en cada tipo penal”⁹⁷.

Diríamos que el COIP prevé en el capítulo de las penas todas las que el juzgador podrá imponer como accesorias, a las privativas de libertad, donde el art. 146 debiera complementarse mediante la remisión, lo cual no es posible porque el tiempo de las penas accesorias en lo concerniente a la inhabilitación para el ejercicio profesional no se encuentra establecido en este capítulo.

4.3.3 LEY ORGANICA DE LA SALUD

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano esta es una de las leyes que prevé sanciones pero únicamente a los profesionales de la salud, así: “Art. 193.- Son profesiones de la salud aquellas cuya formación universitaria de tercer o cuarto nivel está dirigida específica y fundamentalmente a dotar a los profesionales de conocimientos, técnicas y prácticas, relacionadas con la salud individual y colectiva y al control de sus factores condicionantes”.⁹⁸

Además dentro del mismo cuerpo normativo, tenemos lo siguiente: “Art. 202.- 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)

⁹⁷ COIP ibídem

⁹⁸ Ley Orgánica de Salud del Ecuador, Registro Oficial Suplemento 423 de 22 de diciembre del 2006.

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” Las diferentes infracciones determinadas en La Ley Orgánica de Salud, son sancionadas bajo esta modalidad: “Art. 240.- Las infracciones determinadas en esta ley se sancionarán con: a) Multa; b) Suspensión del permiso o licencia; c) Suspensión del ejercicio profesional; d) Decomiso; y, e) Clausura parcial, temporal o definitiva del establecimiento correspondiente”. La mala práctica profesional en el ámbito médico, la cual está contenida en el Art. 202 de la Ley Orgánica de Salud, es única y simplemente sancionada con multa sin perjuicio de las acciones civiles y penales que dieran lugar. Art. 241.- Será sancionado con multa de un salario básico unificado del trabajador en general, el incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 32, 53, 61, 64, 74 inciso segundo, 101, 111 inciso segundo, 115, 120 inciso segundo, 122, 123, 167, 195, 198 y 202 literal a), de esta Ley.

Es importante señalar que la Ley Orgánica de la Salud únicamente impone sanciones a los profesionales de la medicina, y en lo que tiene que ver con la inhabilitación profesional, solamente se imponen para para los artículos que a continuación se describen:

Art. 253.- La infracción a lo dispuesto en los artículos 213 y 214, será sancionada con suspensión del ejercicio profesional, multa de cien salarios básicos unificados del trabajador en general y clausura definitiva del establecimiento, sin perjuicio de las sanciones civiles y penales a que hubiere lugar.

Art. 213.- No se podrán patentar genes ni derivados celulares humanos naturales.

Art. 214.- Se prohíben las prácticas de clonación de seres humanos, así como la obtención de embriones humanos con fines de experimentación.

La autoridad sanitaria nacional procurará y fomentará la integración y trabajo cooperativo de los centros de investigación y desarrollo de la genética

Art. 255.- Será sancionado con la suspensión del ejercicio profesional por cinco años y clausura temporal o definitiva del establecimiento correspondiente, el incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 210 de esta Ley. Art. 210.- Sólo podrán hacerse pruebas de identificación humana, filiación y compatibilidad de antígenos para:

- a) Trasplantes;
- b) Estudios mutacionales;
- c) Ligamiento genético;
- d) Pruebas predictivas de enfermedades genéticas.

- e) Pruebas para detectar la predisposición genética a una enfermedad;
- f) Fines terapéuticos; y,
- g) Otras que se desarrollen con fines de salud genética.

Estas pruebas deberán contar con asesoramiento y supervisión genético especializado, siguiendo procedimientos científicamente probados, con sujeción y respeto a los principios bioéticos.⁹⁹

Es decir, esta ley cuando se trata de “homicidio culposo” por parte del profesional de la medicina únicamente le impone a este una multa, claro está que la ley no habla de homicidio culposo en sí, sino que en el art. 202 únicamente manifiesta “todo acto individual e intransferible, no justificado, que genere daño en el paciente...”, sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil a que hubiere lugar, también es importante para el propósito de esta investigación, hacer referencia a esta ley pues es la única dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, que impone sanciones a los profesionales, en este caso los médicos, que tengan que ver con inhabilitación para el ejercicio de la profesión, pero se debe aclarar que, estas sanciones se imponen por otras circunstancias, diferentes al homicidio culposo por mala práctica profesional.

4.3.4 DERECHO INTERNACIONAL

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o llamado Pacto de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San

⁹⁹ Ibídem Ley Orgánica de Salud.

José en Costa Rica, cuyos preceptos entraron en vigencia en 1978, siendo la columna vertebral del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, esto relacionado a la integridad de las personas manifiesta en su parte pertinente:

“Art. 5.-Derecho a la integridad personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física psíquica y moral
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”¹⁰⁰.

En el caso de Ecuador dentro del extinto Código Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 147 de 22 de enero de 1971 y el Código de Procedimiento Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 360 del 13 de enero de 2000 y de ambos cuerpos normativos todas sus reformas posteriores, tenían la necesidad de crear una norma jurídica específica para relacionar a la mala práctica profesional y establecer un reclamo legal contundente por parte de las víctimas, en aquel tiempo varios países exceptuando Ecuador consideraban la mala práctica profesional como un delito justiciable, por este sentido se emitió varias sentencia internacionales en contra del país.

De esta forma el Estado quedó obligado a tipificar y sancionar la mala práctica profesional, la cual está encasillada como delito culposo dentro del

¹⁰⁰ PACTO DE SAN JOSÉ, de Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, en la ciudad de San José en Costa Rica

Código Orgánico Integral Penal, publicación dada en el Registro Oficial Suplemento No. 180 de fecha 10 de febrero del 2014 y de conformidad con la disposición final de este cuerpo legal su entrada en vigencia fue a partir del 10 de agosto del 2014.

4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA

“El Derecho Comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo, con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un Estado determinado”¹⁰¹. Dentro de la presente investigación es importante establecer una comparación de la legislación ecuatoriana con la de otros países que, al igual que nuestro país también tipifican el homicidio culposo por mala práctica profesional, en sus Códigos Penales, lo cual nos permitirá conocer cuál es el tratamiento que estas le dan a la pena accesoria de inhabilitación profesional.

4.4.1 NORMATIVA ESPAÑOLA

Según el Código Penal de España, vigente, en su libro segundo cuando habla sobre el homicidio y sus formas establece:

“Art. 142

¹⁰¹AGUIRRE, R. B. (26 de marzo de 2010). Derechoecuador.com. obtenido de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocomparado>

1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.
3. Cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años”¹⁰².

En este sentido la norma penal española es taxativa entorno al homicidio por mala práctica profesional ya que es sancionado con pena privativa de libertad de uno a cuatro años y pena especial de inhabilitación profesional que va de tres a seis años, cuyo rango temporal es determinado por la o el juez competente, es así que cumple con todos los parámetros constitucionales de legalidad y seguridad jurídica hacia las y los profesionales incurso en estos tipos penales, lo cual es diferente a nuestro ordenamiento jurídico penal entorno al homicidio culposo por mala práctica profesional.

4.4.2 NORMATIVA ARGENTINA

Según el Código Penal de la Nación Argentina, vigente al año 2015, en la parte pertinente del libro segundo dentro del ámbito de los delitos contra la vida, establece;

¹⁰² Código Penal de España.

“Art. 84.-Será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte.

El mínimo de la pena se elevará a dos años si fueren más de una las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor”¹⁰³.

En términos generales este enunciado jurídico penal argentino establece que el homicidio por mala práctica profesional se castiga con prisión de seis meses a cinco años, de lo cual lleva consigo una inhabilitación especial por el lapso de cinco a diez años, es decir a más de la pena principal existe una pena accesoria, con lo cual esta norma jurídica cumple con todos los requisitos de legalidad y constitucionalidad porque esta ley penal es completamente taxativa, lo cual genera seguridad jurídica para las y los profesionales infractores, a diferencia de nuestra norma penal por homicidio culposo por mala práctica profesional en el que genera una ley penal en blanco que vulnera el principio de legalidad y la seguridad jurídica de los sancionados, y contradiciendo al artículo 65 de la ley ibídem, que manifiesta que al igual que esta legislación Argentina el tiempo de inhabilitación debe estar determinado en cada tipo penal.

¹⁰³ Código Penal de la Nación Argentina.

4.4.3 NORMATIVA CHILENA

Según el Código Penal de Chile, vigente al año 2016 cuando hace referencia sobre la clasificación de las penas, en el Art. 21 nos establece las siguientes clases dentro del marco de las penas temporales, en la parte pertinente, de la norma jurídica, dispone lo siguiente:

“Inhabilitación especial temporal para algún cargo u oficio público o profesión titular”.

“Suspensión de cargo u oficio público o profesión titular”.

Esta clasificación antes referida está dentro de las penas accesorias temporales, la pena de inhabilitación especial va de cinco años y un día hasta diez años, en segundo lugar las penas de suspensión van de sesenta y un días a tres años. En ese mismo panorama la normativa penal chilena cuando hace referencia sobre los límites, naturaleza y efectos de las penas, en la parte pertinente del Art. 25, manifiesta lo siguiente:

“Las de inhabilitación absoluta y especial temporales para cargos y oficios públicos y profesiones titulares duran de tres años y un día a diez años”¹⁰⁴.

También hay que destacar que las sanciones jurídicas por mala práctica profesional dentro de la jurisdicción chilena son taxativas, porque las sanciones están incursas dentro de la misma normativa penal, es decir cumplen con todos los preceptos de legalidad, proporcionalidad y

¹⁰⁴ Código penal chileno

constitucionalidad en razón de los derechos y garantías que tienen los infractores por negligencia profesional, es así que nos establece lo siguiente: “Art. 22.- Son penas accesorias las de suspensión e inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesionales titulares en los casos en que, no imponiéndolas especialmente la ley, ordena que las otras penas las lleven consigo”¹⁰⁵.

Cuando se habla en relación a los efectos jurídicos y consecuencias de las penas, hay lo siguiente:

“Art. 39. Las penas de inhabilitación especial perpetua y temporal para algún cargo u oficio público o profesión titular, producen:

1. La privación del cargo, empleo, oficio o profesión sobre que recaen, y la de los honores anexos a él, perpetuamente si la inhabilitación es perpetua, y por el tiempo de la condena si es temporal.
2. La incapacidad para tener dicho cargo, empleo, oficio o profesión u otros en la misma carrera, perpetuamente cuando la inhabilitación es perpetua, y por el tiempo de la condena cuando es temporal”.

En definitiva el Código Penal chileno tipifica la mala práctica profesional como un cuasidelito, es decir este tipo penal se castiga como lo establece el Art. 56 ibídem, es decir: de cinco años y un día a diez años o también llamado en el argot jurídico penal chileno como una relegación menor en sus grados mínimos a medios, es así que nos manifiesta lo siguiente:

¹⁰⁵ Código penal chileno Ibídem.

“Art. 490. El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, será penado:

1. Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen.
2. Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando importare simple delito”¹⁰⁶.

“Art. 492.- Las penas del artículo 490 se impondrán también respectivamente al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas”¹⁰⁷.

En la legislación chilena se aplica la remisión de norma dentro de la misma ley penal, ya que para determinar la temporalidad de la pena accesoria, de los delitos tipificados en el art. 490 y 492, se remite a otro artículo de la misma ley penal, que complementa el tiempo de la pena accesoria, aplicando esta misma fórmula en el COIP, ecuatoriano no podemos establecer el tiempo de la pena accesoria, más bien se evidencia una incongruencia jurídica, que atenta contra la seguridad jurídica del Estado.

¹⁰⁶ Código penal chileno Ibídem

¹⁰⁷ Código penal chileno Ibídem

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1 METODOS

METODO CIENTIFICO

Siendo este el método más idóneo para realizar el presente trabajo de investigación al ser muy utilizado para la producción de conocimiento científico, mediante el uso del procedimiento inductivo-deductivo el cual permitirá luego del correspondiente análisis establecer en que radica el problema y el planteamiento de posibles soluciones, dado que la metodología científica tiene una forma lógica, estructurada y sistematizada.

Esta investigación jurídica se encuentra dentro del área del conocimiento de las ciencias sociales, es por esto que el método científico coadyuvara a la obtención de nuevos conocimientos, previo a la correspondiente contrastación de hipótesis.

METODO ANALITICO

Dentro de este estudio socio-jurídico utilizaremos el método analítico el que consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos. El análisis es la observación y examen de un hecho en particular. Es necesario conocer

la naturaleza del fenómeno y objeto que se estudia para comprender su esencia. Este método nos permite conocer más del objeto de estudio, con lo cual se puede: explicar, hacer analogías, comprender mejor su comportamiento y establecer nuevas teorías.

Mediante este método se realizara un análisis de cada uno de los conceptos, que serán objeto de esta investigación, para de esta manera establecer la existencia de la incongruencia que se plantea estudiar.

Así también serán de gran utilidad otros métodos como; El método exegético, el mismo que me permitirá la aclaración e interpretación de las normas legales. El método estadístico, que servirá para demostrar la realidad objetiva a través de cuadros estadísticos. El método mayéutico, el cual me servirá para elaborar el banco de preguntas de la encuesta y entrevista.

5.2 PROCEDIMIENTOS Y TECNICAS

Para la realización de este trabajo, se revisó la Constitución del Ecuador el Código Orgánico Integral Penal, y demás leyes, relacionadas con el tema de investigación, a más de la doctrina y jurisprudencia obtenidos de diversas fuentes como son libros, revistas, y periódicos de las diferentes bibliotecas de la ciudad de Loja como la Biblioteca de la Universidad Nacional, y bibliotecas, particulares, información que fue sustraída mediante técnicas de

fichaje tanto bibliográficas como nemotécnicas, además ha sido utilizada la red de internet, el cual ha sido una herramienta muy útil para obtener la legislación comparada, y alguna otra información de gran relevancia para el tema de investigación.

Las técnicas que serán utilizadas en esta investigación serán la observación, fichas bibliográficas, nemotécnicas encuestas y entrevistas.

Observación. Permite observar la problemática que existe en el lugar a investigarse, con la finalidad de que la información obtenida sea real y objetiva, y poder llegar a formular el problema.

Fichaje. Esta técnica será de mucha utilidad en el ordenamiento y utilización de las consultas bibliográficas que realizaré para el desarrollo de la tesis.

Encuesta. Esta técnica me permitirá recopilar los datos necesarios para reforzar el eje teórico de mi investigación así como para contrastar la respectiva hipótesis. El modelo de encuesta oportunamente aprobado por el Director de Tesis será aplicado a treinta profesionales del derecho de la ciudad de Loja.

Entrevista. Permite el contacto interpersonal, tiene por objeto el acopio de información primaria de testimonios orales para lo cual se requiere la preparación de cuestionarios. Es una técnica de investigación dedicada a

obtener información mediante un sistema de preguntas a través de la interrelación verbal entre dos o más personas, esta técnica se aplicara a tres profesionales del Derecho los mismos que tengan conocimiento sobre el tema.

La investigación de campo estará dirigida a los jueces, fiscales, defensores públicos, abogados, estudiantes de derecho, y profesionales que conozcan del tema a investigarse.

Los resultados de este trabajo serán graficados e interpretados mediante cuadros estadísticos los que luego de un análisis servirán para obtener conclusiones y recomendaciones, adecuadas del estudio realizado.

6. RESULTADOS

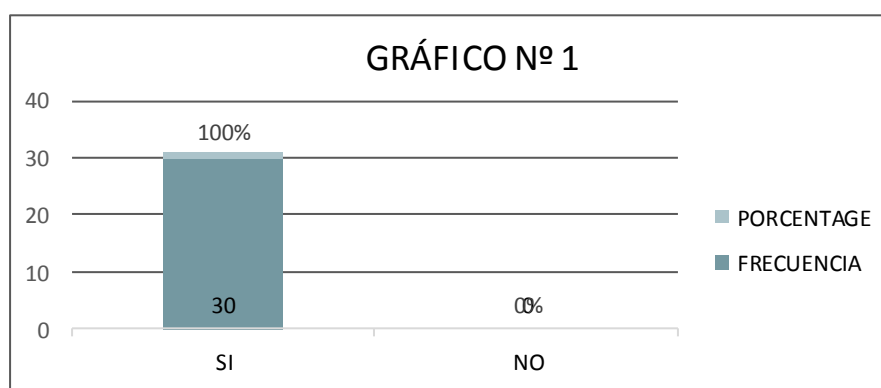
6.1 RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS

Los resultados obtenidos de la encuesta aplicada a 30 profesionales del Derecho, distribuidas entre Abogados en libre ejercicio, docentes, y funcionarios judiciales, son los siguientes:

PRIMERA PREGUNTA: ¿Tiene usted conocimiento en que consiste la pena accesoria de inhabilitación para ejercer la profesión, por mala práctica profesional, considerando que la pena principal es la privativa de libertad?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAGE
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%

CUADRO Nº 1



Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja
Autor: Oscar Patricio Ramón Picoita

INTERPRETACIÓN

En la primera pregunta efectuada, tenemos que de los 30 encuestados, todos han contestado afirmativamente es decir que el 100% de ellos conoce de qué se trata la pena accesoria de inhabilitación profesional.

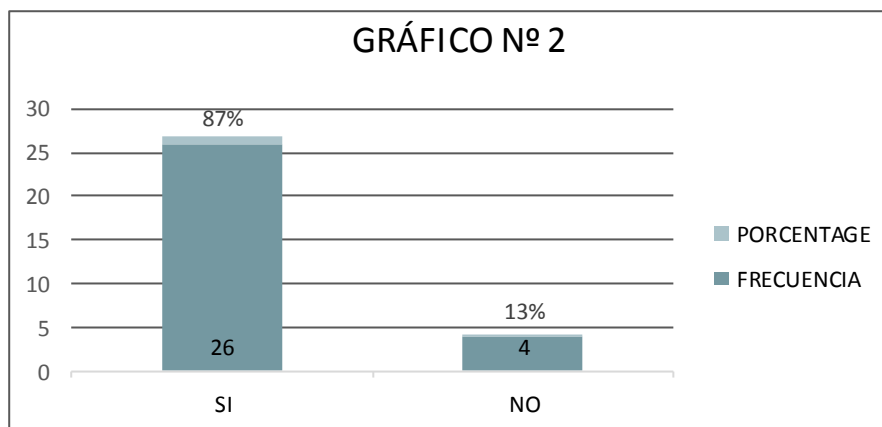
ANÁLISIS

Al tratarse de profesionales del Derecho los encuestados, diríamos que todos conocen de qué se trata la pena accesoria, coincidiendo todos en que esta es la que acompaña a la principal, la misma que es restrictiva de Derechos en este caso a los profesionales infractores pierden el Derecho a ejercer su profesión, una vez cumplida la pena principal.

SEGUNDA PREGUNTA: ¿Según su criterio, cree usted que el rango de tiempo de la pena accesoria de inhabilitación profesional debería estar descrito claramente en el inciso segundo del art.146 del COIP, el cual tipifica el homicidio culposo por mala práctica profesional?

CUADRO Nº 2

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAGE
SI	26	87%
NO	4	13%
TOTAL	30	100%



Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja
 Autor: Oscar Patricio Ramón Picoita

INTERPRETACIÓN

En esta pregunta observamos que del total de 30 encuestados el 87% de ellos, se ha manifestado afirmativamente mientras que el 13% lo ha hecho de forma negativa, es decir que cuatro profesionales del Derecho encuestados consideraron que no es necesario establecer el tiempo de la pena accesoria en el inciso segundo del art. 146 del COIP.

ANÁLISIS

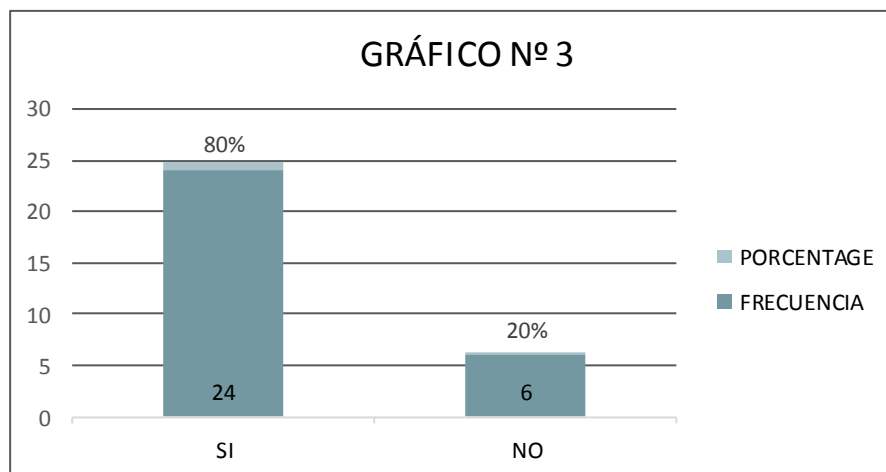
Quienes contestaron afirmativamente manifestaron que es necesario que se establezca el tiempo de la pena accesoria en el mencionado artículo del COIP, pues la no determinación de la misma, puede producir vulneración de Derechos de las y los profesionales, que han infringido esta norma, en cambio las personas que contestaron de forma negativa, manifestaron que no necesariamente se debería señalar en este inciso, dicha indeterminación sino que se la podría determinar en el capítulo que habla sobre las penas y

su clasificación, precisamente en el art. 65 el cual habla sobre la inhabilitación para el ejercicio de la profesión empleo u oficio.

TERCERA PREGUNTA: ¿Cree usted que la indeterminación de la pena accesoria en el art.146 transgrede el artículo 65 del COIP, que señala en su parte pertinente, que las sanciones de inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio, se aplicará “por el tiempo determinado en cada tipo penal”?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAGE
SI	24	80%
NO	6	20%
TOTAL	30	100%

CUADRO Nº 3



Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja
 Autor: Oscar Patricio Ramón Picoita

INTERPRETACIÓN

En esta pregunta vemos que de los 30 encuestados, que corresponde al 100%, el 80% lo hace de forma afirmativa, es decir que consideran que la indeterminación del tiempo de la pena accesoria del art. 146 transgrede lo dispuesto en el art. 65 del COIP, mientras que el 20% de los encuestados considera que no existe ninguna transgresión en este artículo.

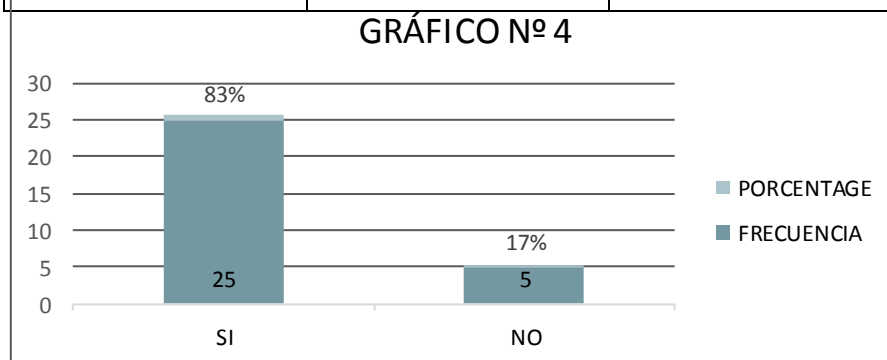
ANÁLISIS

El 80% de los profesionales encuestados, que lo hicieron de forma afirmativa, manifestaron, que existe contradicción porque la norma es clara, y al referirse exclusivamente a la pena accesoria esta no se halla en el tipo penal correspondiente lo que no ocurre con la pena principal la cual es privativa de libertad, y se describe claramente en el art. 146, en cambio los profesionales que se manifestaron de forma negativa, manifiestan que si bien es cierto el legislador no fue lo suficientemente claro al redactar esta norma consideran que el art. 65, al referirse al tiempo determinado en cada tipo penal están hablando del mismo tiempo de la pena principal.

CUARTA PREGUNTA: ¿Considera usted que se debería establecer en el COIP, de forma clara, los mecanismos, formas y parámetros técnicos al que deberá someterse el profesional infractor, a fin de conseguir la nueva habilitación profesional, ya que no existe ninguna otra ley que lo determine?

CUADRO N° 4

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAGE
SI	25	83%
NO	5	17%
TOTAL	30	100%



Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja
Autor: Oscar Patricio Ramón Picoita

INTERPRETACIÓN

De las 30 personas encuestadas, que equivale al 100% vemos que 25 de ellas respondieron de forma afirmativa lo cual equivale al 83%, y solo 5 personas lo hicieron de forma negativa lo que porcentualmente equivale al 17%, diríamos que la mayoría de los encuestados considera que se debe establecer de forma clara en el COIP, los mecanismos formas y parámetros al os que se debe someter el profesional, a fin de obtener su nueva habilitación.

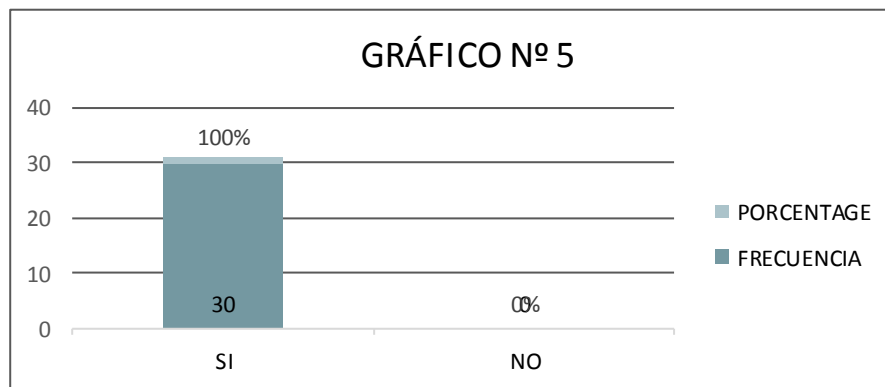
ANÁLISIS

De los profesionales encuestados la mayoría considera que se debería establecer en el COIP, los mecanismos que deba seguir el profesional infractor, con la finalidad, de que este pueda volver a ejercer su profesión una vez, cumplida la pena de homicidio culposo por mala praxis, y así se cumpla con una rehabilitación integral y una resocialización con la comunidad, los profesionales que consideraron que no se debería establecer estos mecanismos en el COIP, que son 5 concordaron en que estos procesos deberían ser establecidos por cada gremio profesional, ya que todas las profesiones, no se pueden guiar por un mismo proceso, pero algunos están de acuerdo en que se podría establecer tal vez el tiempo que este debería durar dentro del COIP.

QUINTA PREGUNTA: ¿Considera usted pertinente una reforma al COIP, la misma que establezca el rango de tiempo de la pena accesoria, y los procesos de habilitación para volver a ejercer la profesión, en los delitos de homicidio culposo por mala práctica profesional, acorde con los principios de legalidad, taxatividad y reserva de ley penal?

CUADRO Nº 5

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAGE
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%



Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Loja
 Autor: Oscar Patricio Ramón Picoita

INTERPRETACIÓN

De los 30 encuestados que equivale al 100% todos han considerado necesario una reforma al COIP, que establezca el rango de tiempo de la pena accesoria, y los procesos de habilitación para volver a ejercer la profesión, en los delitos de homicidio culposo por mala práctica profesional.

ANÁLISIS

De los profesionales encuestados, todos estuvieron de acuerdo en que se realice una reforma al COIP, que establezca de forma clara el tiempo de la pena accesoria, y los procesos de habilitación para volver a ejercer la profesión, la mayoría coincidieron que acorde al principio de legalidad estos aspectos deberían estar establecidos de forma clara en el COIP, también manifestaron que es importante la especificación de estos aspectos dentro de las normas penales, para garantizar la seguridad jurídica a los ciudadanos, como sugerencias establecieron la creación de un artículo

innumerado, que determine el tiempo de la pena accesoria y los procesos de habilitación

6.2 RESULTADO DE LA APLICACIÓN DE ENTREVISTAS

Para reforzar el presente trabajo de investigación e considerado necesario utilizar la técnica de la entrevista, la misma que será aplicada a dos profesionales del Derecho que tengan conocimiento acerca del tema de investigación, de las cuales se obtuvieron los siguientes resultados:

ENTREVISTA Nº 1 REALIZADA AL DR. ROBERTO JAVIER CUENCA, ABOGADO EN LIBRE EJERCICIO.

PRIMERA PREGUNTA: ¿Considera usted que el art. 146 del COIP que tipifica el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional está completo, al no considerar el tiempo de la pena accesoria de inhabilitación para ejercer la profesión?

RESPUESTA: Considerando que se debió haber tomado en cuenta en su redacción el rango de tiempo de la pena accesoria, y de esta forma evitar caer en inconstitucionalidades.

COMENTARIO: En esta pregunta concuerdo plenamente con el entrevistado, pues se debió considerar el tiempo de la pena accesoria, tal como ocurre en otras legislaciones, lo cual ya fue analizado con anterioridad.

SEGUNDA PREGUNTA: ¿Cuál es su criterio, con respecto a lo que prescribe el art. 65 del COIP, al hacer referencia al tiempo de la pena accesoria de inhabilitación profesional que en su parte pertinente manifiesta “la o el juzgador, en sentencia, dispondrá que una vez cumplida la pena privativa de libertad, se la inhabilite en el ejercicio de su profesión, empleo u oficio, por el tiempo determinado en cada tipo penal.”?

RESPUESTA: Mi criterio sería que el legislador, como medida de precaución considero necesario, establecer una norma para que los operadores de justicia al momento de dictar la sentencia, apliquen al infractor una pena accesoria que lo inhabilite para el ejercicio profesional después de haber cumplido la privativa de libertad, cuyo tiempo estará determinado en el tipo penal correspondiente, es decir que la intención del legislador no es inhabilitar al profesional de por vida, pues las penas indefinidas están proscritas, más bien le da la posibilidad que en un tiempo prudencial, y cumpliendo los procesos determinados en la ley el profesional pueda nuevamente volver a ejercer su profesión.

COMENTARIO: Diríamos que el entrevistado entiende la norma, como una medida de seguridad, pues es necesario que el profesional que cometió este delito se someta a un proceso de habilitación una vez cumplida la pena en caso de que quisiera volver a ejercer su profesión, pero el problema es que no se encuentran determinados claramente ni el tiempo de esta

inhabilitación ni los procesos a que deberá someterse el profesional para esta nueva habilitación.

TERCERA PREGUNTA: ¿Considera usted que el art. 146 del COIP, al no establecer el tiempo de inhabilitación profesional, y los procesos para la nueva habilitación, contradice lo dispuesto en el art. 65 del mismo cuerpo legal?

RESPUESTA: Si nos remitimos a lo que prescribe la norma podríamos decir que si existe falta de claridad, del legislador al redactarla, porque no se prevé el tiempo de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, tampoco se hallan descritos en el COIP, los procesos que deberán seguir los infractores, para volver a ejercerla, y al no poder la ley complementar estos vacíos se podría generar una grave transgresión al principio de legalidad.

COMENTARIO: El entrevistado manifiesta que la no determinación del tiempo, ni de los procesos a seguir, para ser habilitado nuevamente para ejercer la profesión, genera vacíos legales, los mismos que estarían vulnerando los derechos de los profesionales.

CUARTA PREGUNTA: ¿Cree usted que es necesario que se establezca de forma clara y taxativa en el COIP el tiempo de inhabilitación y los procesos y mecanismos que ha de seguir el profesional infractor, para volver a ejercer su profesión y así garantizar sus Derechos?

RESPUESTA: Considero que es muy necesario establecer de forma clara estos aspectos dentro del COIP, más aun cuando en este mismo cuerpo legal se manifiesta que los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma, también la misma ley nos dice que las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia, en este caso no se cumple a cabalidad con estos preceptos, lo que por supuesto genera que se vulneren Principios y Derechos Constitucionales.

COMENTARIO: El profesional entrevistado considera oportuna una reforma al COIP, estableciendo los parámetros que se deban seguir para la nueva habilitación y el rango de tiempo de inhabilitación que se le impondrá en sentencia al profesional infractor para de esta forma garantizar la seguridad jurídica y no se vulneren Derechos a los profesionales que cometan este delito.

ENTREVISTA Nº 2 REALIZADA AL DR. MIGUEL BRITO DOCENTE DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

PRIMERA PREGUNTA: ¿Conoce usted cuales son los procesos que siguen los profesionales médicos para obtener la nueva habilitación, cuando hubieren cometido el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional?

RESPUESTA: Estos procesos aún no se conocen, porque no están establecidos en ninguna ley ni reglamento, lo que deja una norma abierta que genera un vacío legal.

COMENTARIO: Es claro que estos procesos no se conocen porque a más de no estar previstos por la ley, aún no hay profesionales que exijan la nueva habilitación que hayan sido juzgados con el COIP.

SEGUNDA PREGUNTA: ¿Considera usted que el art. 146 del COIP que tipifica el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional está completo, al no considerar el tiempo de la pena accesoria que sería la inhabilitación para ejercer la profesión y los procesos a seguir para la nueva habilitación?

RESPUESTA: Debe hacerse constar la pena accesoria para no vulnerar los Derechos de los profesionales.

COMENTARIO: Según el criterio del entrevistado dentro de un tipo penal se debe hacer constar todos os elementos que lo configuran como sus penas.

TERCERA PREGUNTA: ¿Cuál es su punto de vista acerca del art 65 del COIP, que habla de la inhabilitación para el ejercicio de la profesión empleo u oficio cuando manifiesta que “la o el juzgador, en sentencia, dispondrá que una vez cumplida la pena privativa de libertad, se la inhabilite en el

ejercicio de su profesión, empleo u oficio, por el tiempo determinado en cada tipo penal”?

RESPUESTA: Solo se debería inhabilitar, por el tiempo de la pena privativa de libertad, al no establecer el tiempo de la accesoria.

COMENTARIO: Según el entrevistado el art. 65 da a entender que el tiempo de inhabilitación es el mismo de la pena principal, pues así también lo entienden los jueces al momento de dictar sentencia.

CUARTA PREGUNTA: ¿Cree usted que al no estar determinado el tiempo de la pena accesoria en el art.146 del COIP, este contradice al art. 65 del mismo cuerpo legal o se deberá considerar el mismo rango de la pena principal o privativa de libertad?

RESPUESTA: Creo que es el mismo rango, pero sí debió estar mejor tipificado porque no consta la norma penal que contenga el tiempo de suspensión de la licencia profesional.

COMENTARIO: el entrevistado considera que se considera el mismo rango de la pena privativa de libertad, pero concuerda en que se debe establecer de forma clara el tiempo de la pena accesoria, considerando que dentro de este tiempo se deben aplicar también los procesos de habilitación.

QUINTA PREGUNTA: ¿Considera usted que en el art. 146 del COIP, se debería establecer el tiempo de inhabilitación profesional, y los procesos para la nueva habilitación de forma clara?

RESPUESTA: Por supuesto para que se sepa con anticipación y en forma clara.

COMENTARIO: Es evidente que aunque al determinar el tiempo de la pena accesoria, y al no estar este prescrito en el art.146 se aplique el mismo rango de la principal pero, para el caso de los procesos de habilitación no se ha creado aun la norma que los contenga es por esto que concuerdo con el entrevistado que es necesario una reforma, al COIP, que considere estos aspectos.

6.3 ESTUDIO DE CASOS

Aquí algunos casos antes de la promulgación del COIP sobre homicidios culposos por mala práctica profesional que da a conocer el diario el telégrafo en un artículo publicado el día 31 de enero de 2014:

Primer caso. El 15 de julio de 2013, al norte de la capital, colapsó el túnel de la avenida Tufiño y causó la muerte de Milton Córdor, de 38 años, y su esposa, Marianela Quishpe, de 34. Las investigaciones, que se extendieron por meses, concluyeron que se trató de negligencia. Dos funcionarios fueron

separados y se fijó una pensión vitalicia para la hija de la pareja hasta que culmine su educación.

Segundo caso. En febrero de 2012, un autobús de la Cooperativa de Transporte Espejo cayó a un abismo de 10 metros en la vía Ibarra-San Lorenzo, causando la muerte de 29 personas. Los informes preliminares determinaron que el chofer conducía a exceso de velocidad. Poco después la cooperativa fue suspendida únicamente por 15 días, lo que provocó el malestar de los familiares de los fallecidos y de 20 heridos. Muchos de los afectados tuvieron que costear operaciones que superaron los 10 mil dólares.

Tercer caso. En 2011 murió una niña de 7 meses de edad por asfixia, tras la ingesta de líquidos en la guardería Sembrando Futuro de Quito. Aunque el centro fue clausurado, días después la madre de la pequeña denunció que al parecer su hija se cayó de las manos de una cuidadora desde el segundo piso.

Estos ejemplos tienen algo en común: varias personas murieron por presuntas negligencias humanas, dejando a sus familiares con más interrogantes y menos esperanzas.

Si bien el debate por el artículo 146 del nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP), sobre el homicidio culposo por mala práctica profesional, se

ha centrado solo en los médicos, lo cierto es que el enunciado se extiende a otros ámbitos.

“Va dirigido a las profesiones en las cuales se presta un servicio y exista el peligro de un daño concreto a una persona”, explica el abogado penalista Eduardo Estrella. Cita por ejemplo dos casos concretos: un arquitecto y un ingeniero. Explica que ellos no solo tienen la responsabilidad de levantar una casa sino también de regirse por ordenanzas, protocolos y normas para evitar que ocurran tragedias que cobren vidas.

“Quien construye una casa o un puente, también está diseñando todas las seguridades y establece cuáles son las reglas para que se haga esa construcción. Lo mismo pasa con el médico cuando opera. En el momento que inicia la operación no se pide la autorización a enfermeras o ayudantes; es él quien tiene el control”, explica Estrella, quien señala que esto se conoce como el deber objetivo de cuidado.

Para el ingeniero Gonzalo Torres, la mala práctica profesional sí debería pensarse cuando se determine una negligencia en la construcción. Comenta que existen casos de malas construcciones para abaratar tiempo y costos. “Una obra falla cuando hay mucho descuido. A veces se le deja todo el trabajo al ayudante, no hay mucha prolijidad en ver los materiales y sé de casos en la zona de El Tingo o de Quitumbe. Esto requiere mucho control”, indica.

Pese a ello, considera que quizá el tiempo de prisión estipulado entre uno y cinco años es excesivo.

Con esto coincide Vicente Bedoya, conductor profesional desde hace 35 años. “Estoy de acuerdo con que se penalice la mala práctica profesional porque también hay víctimas inocentes. Pero la prisión debería ser de dos a cinco meses”, dice. Asegura que un accidente no siempre depende del chofer, sino de la imprudencia del peatón, de la mala señalización y de personas que manejan a la ofensiva.

En el país, los accidentes de tránsito son una de las primeras causas de muerte. De acuerdo con la Agencia Nacional de Tránsito (ANT), en 2013 se reportaron 2.812 siniestros, a diferencia de los 1.990 de 2012.

Hay profesiones enfocadas, específicamente, al cuidado de las personas, como las parvularias.

Una de ellas, MM (nombre protegido), asegura que debe existir un protocolo de cuidado para los niños. Por ejemplo, una guardería debe tener máximo 15 niños entre los 6 meses y los 3 años; y 25 entre 4 y 5 años. Adicionalmente, considera que ciertos espacios peligrosos para los menores, como las escaleras, deberían tener protección o cerramiento extra.

Según la parvularia, es difícil comprobar que la culpa sea de la maestra porque la muerte de un menor puede ocurrir por un accidente en cuestión de segundos.¹⁰⁸

La mala práctica profesional en el Ecuador ha sido una conducta no tipificada antes de la promulgación del COIP, pero esta conducta ilícita era realizada por las personas desde hace algunos años atrás, siendo juzgada en el caso de muertes por una norma demasiado extensiva, como lo era el homicidio inintencional, lo que provocó que varios delitos relacionados a la mala práctica profesional queden impunes, desde el punto de vista del derecho objetivo, la tipificación de esta conducta era necesaria en el ordenamiento jurídico Ecuatoriano, por el alto grado de proliferación de estas conductas delictivas y en cumplimiento a las disposiciones constitucionales que prevé la sanción de la mala práctica profesional en el inciso segundo del art. 54 “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.”

En el presente trabajo no se pretende analizar si el tipo penal es o no necesario en la actualidad nacional, lo que nos preocupa es la falta de especificación del tiempo de la pena accesoria que en este caso sería la inhabilitación para el ejercicio de la profesión después de haber cumplido la pena, por haber cometido homicidio culposo por mala práctica profesional,

¹⁰⁸<http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/4/articulosobremalapracticanoseaplicasoloalos-medicos?tmpl=component&print>

esto provoca inseguridad jurídica y vulnera derechos de las personas infractoras, pues es necesario que en un estado de Derecho las leyes penales sean claras y coherentes acordes a los principios de legalidad, taxatividad, y tipicidad. La inhabilitación profesional entendida como la prohibición para ejercer determinado empleo u oficio es siempre restrictiva de Derechos, es por ello que es necesario delimitarla de forma clara dentro del ordenamiento jurídico y así evitar la vulneración de Derechos garantizados en la Constitución.

DATOS REFERENCIALES : El día 14 de julio de 2016 el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, con sede en Quito, encontró a tres médicos de la Clínica Steticus Cirugía Plástica y Afines (Steticusplast Cía. Ltda.), como responsables del presunto delito de homicidio culposo por mala práctica profesional y los sentenció a ocho meses de privación de la libertad.

La sentencia fue de un año de privación de la libertad, conforme lo dispone el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), pero por atenuantes justificadas por los abogados de la defensa, la pena se modificó y dejó en ocho meses de prisión.

El dictamen de los jueces incluye un año de suspensión del ejercicio profesional de los médicos Carlos Hurtado, Edwin Cevallos y Patricio Toscano, así como el cierre de esta casa de salud por ese mismo tiempo. A

manera de indemnización, los sentenciados deberán pagar una multa de 10.000 dólares cada uno.

SÍNTESIS DE CASOS : Este caso de aparente mala práctica médica tiene como antecedente, la cirugía de lipoescultura que se realizó el 16 de julio de 2015 a Yadira Cáceres Loyola, pero la paciente fallece por hemorragia y paro cardiorrespiratorio, de lo que, según el fiscal del caso, Nelson Pazmiño, se colige mala práctica profesional. La causa penal es la N°. 17282-2015-03147, la cual recayó en el Tribunal Tercero de Garantías Penales de Pichincha conformado por los señores jueces Dra. Ivon Catterine Vásquez Revelo, Dr. Julio Cesar Obando Guzmán y Dr. Vladimir Jhayya Flor. Como ofendido consta el señor Paz Noguera Andrés Vinicio y el Abg. André Pazmiño Fiscal De Pichincha, como representante del Estado.

ACTA DE RESUMEN

Después de la deliberación del Tribunal se ha llegado a una decisión por unanimidad, de conformidad con el art. 610 COIP, esta audiencia se ha llevado a cabo bajo los principios de oralidad, contradicción, inmediación, concentración. la conducta por la que se acusa se adecua al delito tipificado en el art. 146 COIP, al respecto el COIP dice que el homicidio culposo tiene una pena de 1 a 3 años, el tribunal al hacer el análisis sobre el deber objetivo de cuidado es algo que debe ser construido caso a caso, se ha podido determinar la existencia de la clínica (steticus), ubicada en Quito en

la calle Francisco Alaba OE6-64 y san Gabriel se ha probado que la señora acudió antes de la cirugía a consultar el procedimientos costos así como también quien le atendería refiriéndose al doctor toscano el mismo que refirió como va a realizarse la intervención así como el costo de este, siendo un valor de \$2.200 dólares los mismos que han sido referidos por los testigos ha probado que le programaron la operación a que le realice la operación el doctor Hugo Patricio Toscano Reyes, quien dispuso se realicen los exámenes preoperatorios se ha probado también que el 16 de julio del 2015 la señora acudió en compañía de su amiga después llegó su hermana, que la intervención quirúrgica la realizó Carlos Walter Hurtado Bucheli, Edwin Ricardo Cevallos Jácome a más del anestesiólogo y personal auxiliar, así también se ha demostrado que la causa de la muerte fue por una hemorragia aguda por laceración hepática muerte que ha sido considerada violenta, se ha determinado que existe la infracción, así como la responsabilidad que los doctores Carlos Walter Hurtado Bucheli, Edwin Ricardo Cevallos Jácome al intervenir en la cirugía los dos tuvieron el dominio del acto e incumplieron el deber objetivo de cuidado, igualmente el doctor Patricio Toscano Reyes, como persona natural es responsable puesto que no cumplió su función de garante, él tenía la obligación de precautelar el bienestar de la víctima en el espacio que ejerce su dominio voluntad y acción el mismo que se comprometió que operaría a la víctima, la clínica steticus debía velar por el cuidado de la víctima en su función de garante que no lo hizo cuando contrató profesionales que no tenían el título en cirugía estética reconocido por la senescyt, los testimonios han referido que existe la clínica

steticus, con relación al Doctor Cevallos Jácome Edwin Ricardo no contaba con el título de especialista en cirugía estética sino solamente como médico cirujano,

RESOLUCIÓN: ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR LA FACULTAD QUE LES CONFIERE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se declara la culpabilidad de los procesados Hurtado Bucheli Carlos Walter, Cevallos Jácome Edwin Ricardo, Toscano Reyes Hugo Patricio, en calidad de autores directos, de conformidad con el artículo 42 numeral 1 literal a, del delito tipificado en el artículo 146.1 COIP, en consecuencia se impone la pena de 1 año de privación de libertad, más al haberse probado las atenuantes establecidas en el artículo 45 numerales 3 que es intentar en forma voluntaria anular o disminuir las consecuencias de la infracción o brindar auxilio o ayuda inmediata a la víctima, y otra al haberse probado las atenuantes numeral 5 art. 44, al existir dos atenuantes, pena mínima reducida en un tercio, 8 meses de privación de libertad, pago de 4 salarios básicos unificados a cada uno de los sentenciados, reparación integral daños materiales e inmateriales, de 10.000 cada uno de los sentenciados al acusador particular, con relación a la persona jurídica declara su responsabilidad, y de conformidad clausura temporal de la misma por el tiempo de 1 año, sentenciados a excepción de la clínica penas no privativas de libertad, art. 65 60.6, inhabilitación del ejercicio profesional una vez cumplida la pena, durante un año.

COMENTARIO: En este proceso estamos frente a un homicidio culposo por mala práctica profesional en el ámbito médico, luego de haberles seguido el debido proceso, a los tres médicos implicados, tal como lo prevé la ley, se estableció la responsabilidad de estos, los mismos que fueron condenados a un año de privación de la libertad luego de aplicarles las atenuantes la pena quedo en ocho meses, para la determinación de la pena accesoria, evidenciamos que el juez considera el mismo rango de tiempo de la pena, principal y cita el art. 65 y 60.6 del COIP, considera la suspensión para ejercer la profesión de un año luego de cumplida la pena principal, acerca de los procesos de habilitación no se los menciona en dicha sentencia a lo que podemos decir que, una vez cumplido el año de inhabilitación, los profesionales podrán volver a ejercer su profesión, ya que en la resolución judicial, no se hace constar si los sentenciados deberán realizar algún tipo de proceso, para obtener esta habilitación, ni existe ley que lo establezca.

7. DISCUSIÓN

7.1 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

Los objetivos que se propuso verificar en el presente trabajo de investigación son uno general y cuatro específicos, de los cuales se obtuvo los siguientes resultados:

OBJETIVO GENERAL

Realizar un estudio jurídico doctrinario para establecer la existencia de una incongruencia jurídica dentro del Código Orgánico Integral Penal entre los artículos 65 y el inciso segundo del 146, la misma que atenta contra los Derechos Constitucionales de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, debido proceso y el Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

Este objetivo ha sido comprobado en la revisión de la literatura específicamente en el marco doctrinario y jurídico, donde al analizar dichas normas, se hace evidente una norma penal en blanco y una falta de claridad por parte del legislador al momento de redactar ambos artículos del COIP, por una parte el art. 65 dispone que se inhabilite al profesional infractor una vez cumplida la pena por el tiempo determinado en cada tipo penal, lo cual no lo determina el tipo penal de homicidio culposo por mala práctica

profesional tipificado en el art. 146 de la ley ibídem, lo que contradice principios constitucionales y transgrede Derechos de los profesionales verificado en el análisis doctrinario y jurídico de esta normativa. Por otra parte la falta de determinación de los procesos de habilitación, genera un vacío legal, pues dichos procesos no se encuentran previstos en el COIP, ni en ninguna otra norma del ordenamiento jurídico ecuatoriano, atentando contra la seguridad jurídica que el estado debe garantizar a los ciudadanos, y el derecho a la igualdad formal material y no discriminación, el resultado de las encuestas reforzaron el análisis normativo específicamente la tercera y cuarta pregunta las mismos que al arrojar, resultados afirmativos se comprobó que dichas normas no guardan relación lógica.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

PEIMERO: Realizar un análisis jurídico comparativo entre el Art. 65 y el inciso segundo del Art. 146 del Código Orgánico Integral Penal, a fin de establecer la incongruencia.

Este objetivo ha sido debidamente verificado en el marco jurídico, dentro del cual se analizó las distintas normas relacionadas con el tema en cuestión comenzando con la Constitución del Ecuador Código Orgánico Integral Penal y demás normas que guardan relación con el tema investigado, se estableció que estos artículos mediante remisión de norma deben complementarse, en lo que tiene que ver con el tiempo de la pena accesoria,

lo cual no ocurre pues ninguno de ellos establece este rango de tiempo, así también no se determinan los procesos, de habilitación para volver a ejercer la profesión luego de cumplida la pena principal, lo que también se verificó con la tercera pregunta de la encuesta donde se comprobó que estas normas carecen de claridad, al referirse a estos dos aspectos.

SEGUNDO: Analizar los principios constitucionales vulnerados por esta incongruencia normativa y los efectos jurídicos que esta produce a los infractores.

La verificación de este objetivo tuvo lugar en el desarrollo del marco doctrinario, donde se estableció la vulneración de Derechos como el de la seguridad jurídica debido proceso e igualdad formal material y no discriminación, lo cual se reforzó con la pregunta cuatro de la encuesta, en la cual los encuestados manifestaron que es necesario que se establezca en el COIP, el tiempo de la pena accesoria y los mecanismos y procesos a seguir para la nueva habilitación, acorde al principio de legalidad y taxatividad penal, pues la no determinación de estos aspectos genera que se vulnere los derechos de los profesionales.

TERCERO: Realizar un análisis de la normativa en derecho comparado acerca de la pena accesoria de inhabilidad para ejercer la profesión.

Este objetivo fue verificado en el punto cuarto de esta tesis, el cual trata sobre la revisión de la literatura, específicamente al revisar la legislación comparada, donde se pudo verificar que en otras legislaciones se establece claramente el rango de tiempo de la pena accesoria, se citó la legislación Española, Argentina, y Chilena, comprobando que en estas tres, se establece con claridad el tiempo de la pena accesoria.

CUARTO: Proponer una posible reforma al Código Orgánico Integral Penal a fin de subsanar esta incongruencia.

La verificación de este objetivo se llevó a cabo tanto en la revisión de la literatura, como en el desarrollo del trabajo de campo, donde se determinó que es necesario una reforma al COIP, que establezca el rango de la pena accesoria y los parámetros y mecanismos que deban seguir los profesionales, que cometan homicidio culposo, para obtener su nueva habilitación para el ejercicio de su profesión.

7.2 CONTRASTACION DE HIPOTESIS

La hipótesis que se planteó al inicio de la presente investigación fue la siguiente:

La falta de aplicación de lo prescrito en el artículo 65 del Código Orgánico Integral Penal, acerca de la pena accesoria, en el inciso

segundo del artículo 146 del mismo cuerpo legal, y la no determinación de los procesos de habilitación, para volver a ejercer la profesión, genera una incongruencia jurídica, la cual vulnera los derechos constitucionales de las y los profesionales del Ecuador.

La presente hipótesis fue verificada dentro de la revisión de la literatura la misma que se contrastó positivamente, pues se determinó que la falta de claridad de las normas antes citadas genera inseguridad jurídica y vulnera Derechos y principios Constitucionales a los profesionales, que cometan este tipo de delito, además al no establecerse en ninguna norma del ordenamiento jurídico Ecuatoriano los procesos de la nueva habilitación, no se cumple con la resocialización de los privados de libertad que establece la carta magna, lo que se corroboró también con la aplicación de la encuesta y entrevista, al obtener resultados acordes con este planteamiento.

7.3 FUNDAMENTACION JURIDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

Los fundamentos, donde se sustentara la propuesta de reforma legal, se encuentran establecidos dentro de las normas del ordenamiento jurídico vigente, considerando el orden jerárquico, empezaremos citando la Constitución de la República del Ecuador, luego el Código Orgánico Integral Penal, que es la norma que se pretende reformar, es importante destacar los artículos que se relacionan con el tema de investigación y que hacen

necesaria una reforma, para de esta manera garantizar los Derechos de los ciudadanos y garantizar la seguridad jurídica, estableciendo normas claras acordes con los preceptos constitucionales, por parte de los legisladores, pues de su actuar depende, el efectivo goce de derechos de las personas y que estas convivan en un estado de Derecho y justicia social como lo establece la Constitución, en su primer artículo, de allí que es necesario, que las normas que rigen un Estado, cumplan con el requisito de no transgredir preceptos Constitucionales.

Para la elaboración de esta propuesta jurídica tomaremos en cuenta los preceptos Constitucionales que guardan relación con la norma que se pretende reformar, y por ello es pertinente establecer dicha reforma, así tenemos los numerales 4 y 9 del artículo

11; 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales;

9. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Estableciendo como una de las garantías del debido proceso la tipicidad previa de las infracciones penales así como sus penas, acorde con el principio de legalidad es indispensable que las normas del ordenamiento

jurídico más aun las de Derecho público, como las penales deben ser coherentes con este principio.

El numeral cuarto del art. 66 el cual manifiesta: Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas; 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

Al referirnos al homicidio culposo por mala práctica profesional, entendemos que solo los profesionales dentro del ejercicio de su profesión, serán susceptibles de incurrir en este delito por lo tanto no se puede dar un tratamiento específico para este grupo ni tampoco discriminatorio, por lo tanto al igual que otros tipos penales este tiene que determinar de forma clara la pena principal y accesoria.

También se tomara en cuenta el tercero del Art. 76, que textualmente dice: Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas; 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley.

Como ya se dijo anteriormente esta disposición constitucional garantiza el principio de legalidad taxatividad y debido proceso.

El art. 82 manifiesta: El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Al no establecerse los procesos de habilitación en el inciso segundo del artículo 146 del COIP, ni el tiempo de la pena accesoria en concordancia con el artículo 65 del mismo cuerpo legal, se cae en una incongruencia que contradice la seguridad jurídica, que no es otra cosa que la existencia de norma jurídicas previas claras y presisas.

El art. 201 de la Constitución del Ecuador, la cual señala: “El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad.

Del COIP se tomara en cuenta los siguientes artículos:

El numeral 1 del artículo 5 que habla sobre los principios procesales el cual manifiesta; Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla.

La importancia de tomar este artículo como sustento de la propuesta legal se basa en la importancia que tiene el principio de legalidad dentro de esta investigación, y la grave vulneración a este principio.

Art. 53.- Legalidad de la pena.- No se impondrán penas más severas que las determinadas en los tipos penales de este Código. El tiempo de duración de la pena debe ser determinado. Quedan proscritas las penas indefinidas.

Este artículo es muy claro al establecer en legalidad de la pena, como requisito que la duración de esta debe estar determinado, cosa que no ocurre con la pena accesoria en el tipo de homicidio culposo por mala práctica profesional.

También es importante mencionar el Art. 58 el cual habla sobre la clasificación de las penas y manifiesta Clasificación.- Las penas que se imponen en virtud de sentencia firme, con carácter principal o accesorio, son privativas, no privativas de libertad y restrictivas de los derechos de propiedad, de conformidad con este Código.

La importancia de citar este artículo dentro de la fundamentación no es otra que dentro de esta clasificación se encuentra establecida la pena accesoria que es la que genera el problema planteado.

Por último el Art. 65.- Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio.- Cuando el delito tenga relación directa con el ejercicio de la

profesión, empleo u oficio de la persona sentenciada, la o el juzgador, en sentencia, dispondrá que una vez cumplida la pena privativa de libertad, se la inhabilite en el ejercicio de su profesión, empleo u oficio, por el tiempo determinado en cada tipo penal.

Este artículo es de suma importancia pues es aquí donde se genera la incongruencia normativa, al no solucionar esta falta de determinación de la pena accesoria, que tampoco se establece en el tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional, así como tampoco se define que procesos deberá seguir el profesional para poder acceder a la habilitación para volver a ejercer su profesión, luego de haber cumplido la pena por haber incurrido en este tipo penal y desee, volver a ejercer la profesión para la cual este se ha formado pues para estos casos aún no se ha definido la suspensión definitiva, del ejercicio profesional ni se ha centrado en alguna profesión en particular.

8. CONCLUSIONES

- ❖ La tipificación del homicidio culposo por mala práctica profesional, fue una necesidad dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en atención a lo dispuesto en la Constitución y los tratados y convenios internacionales.
- ❖ Al no establecerse el rango de tiempo de la pena accesoria en el art. 146 del COIP, que tipifica el homicidio culposo por mala práctica profesional, diríamos que, este tipo penal no está completo, lo que no permite, que se cumpla con la finalidad del COIP.
- ❖ La interpretación errónea del art. 65 del COIP, y su vaga redacción, produce que se confunda el tiempo de la pena principal con el de la accesoria, por la no determinación del tiempo de esta última.
- ❖ La no determinación de los procesos de habilitación para volver a ejercer la profesión, causa incertidumbre entre los profesionales y vulnera su Derecho a la seguridad jurídica, debido proceso e igualdad formal material y no discriminación.
- ❖ La falta de determinación del tiempo de la pena accesoria de forma clara vulnera los principios de legalidad y taxtividad penal.

- ❖ Los juzgadores al establecer la pena accesoria por el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, consideran el mismo rango de la pena principal, para determinar esta, y no establecen los parámetros a seguir para la nueva habilitación.

- ❖ El inciso segundo del art. 146 al manifestar que; el proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley, la misma que en los actuales momentos no existe.

- ❖ Al interpretar el artículo 65 del COIP, de forma estricta como manda la ley, en el caso de interpretación Penal, diríamos que esta no guarda relación lógica con el 146 del mismo cuerpo legal.

9. RECOMENDACIONES

- ❖ Si bien es cierto la tipificación del delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, fue en cumplimiento al pacto de san José de Costa Rica, este tipo penal debe adecuarse a los preceptos Constitucionales, de nuestro país.
- ❖ Conforme manda el principio de legalidad en materia penal se debería establecer, todos los aspectos inherentes al tipo penal, tal como se describen sus elementos, se deberían, describir sus penas principal y accesoria.
- ❖ Si la intención del legislador fue establecer el mismo rango de la pena principal a la pena accesoria, se debería realizar una redacción, clara y precisa como se lo hace en otras legislaciones del Derecho comparado.
- ❖ En un estado de Derechos y justicia social, al hablar de normas de Derecho público, es necesario que estas no tengan vacíos legales, pues todo proceso que derive de una sanción penal debe estar pre establecido y contenido en estas normas jurídicas.
- ❖ Es necesario establecer una reforma la cual indique el rango de tiempo de la pena accesoria, conforme demanda el principio de legalidad y taxatividad penal.

- ❖ La determinación del tiempo de la pena accesoria de forma clara y de los procesos o mecanismos para la nueva habilitación una vez cumplida la pena principal, es necesario para que los operadores de justicia tengan las herramientas legales al momento de emitir las sentencias.

- ❖ Es necesario que la asamblea nacional, emita una ley que se refiera al inciso segundo del COIP, por cuanto no existe una norma, que establezca los mecanismos que deban seguir los profesionales para ser nuevamente habilitados al ejercicio profesional.

- ❖ Conforme a los principios de legalidad, taxatividad y reserva de ley penal, es necesario establecer una reforma al COIP, la cual prevea los procesos que deberán seguir los profesionales que infrinjan el Art. 146 de esta ley, y el tiempo que duren estos, para garantizar la seguridad jurídica del Estado.

9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURIDICA



PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, COIP

ASAMBLEA NACIONAL

EL PLENO

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador enmarca al ordenamiento jurídico nacional dentro de los lineamientos de un Estado constitucional de derechos y justicia;

Que, el numeral 4 del Art. 11 de la Constitución del Ecuador manifiesta que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

Que, el inciso cuarto contante en el numeral 9 del Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que el Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso;

Que, el numeral cuatro del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que las y los ecuatorianos tienen el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación;

Que, el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso;

Que, el numeral tercero del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, señala que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley;

Que, el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, determina el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes;

Que, el Art. 5 del Código Orgánico Integral Penal, establece como principio procesal la legalidad, el cual se rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla;

Que, el Art. 53 del Código Orgánico Integral Penal prescribe que, no se impondrán penas más severas que las determinadas en los tipos penales de este Código. El tiempo de duración de la pena debe ser determinado. Quedan proscritas las penas indefinidas

Que, el Art. 58 del Código Orgánico Integral Penal, señala que las penas tiene un carácter principal o accesorio, que contienen una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles;

Que, el Art. 65 del Código Orgánico Integral Penal, determina la inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio por un tiempo determinado en cada tipo penal; y,

En uso de sus atribuciones constitucionales y legales expide la siguiente:

REFORMA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, COIP:

ARTÍCULO 1.- sustitúyase el inciso segundo del artículo 146 por uno que diga:

Para determinar el tiempo de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, se considerara el mismo rango de tiempo de la pena privativa de libertad. Dentro de este período de inhabilitación

profesional las y los infractores deberán someterse a procedimientos o programas de educación y capacitación que establezca el ministerio de educación, de acuerdo a la profesión correspondiente, a fin de obtener su nueva habilitación profesional”.

DISPOSICIÓN FINAL.- Esta Ley Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, COIP, entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a los siete días del mes de noviembre de dos mil dieciséis.

f.....

LA PRESIDENTA.

f.....

ELSECRETARIO.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXI, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- ARGNANI, P. I. (2013). Responsabilidad Penal del Médico. Buenos Aires, Argentina: ASTREA.
- ANTOLISEI F. (1960) Manual de derecho penal. Parte general, Torio, Buenos Aires, Argentina.
- AKERMAN, M. et al. Diccionario jurídico: Rubinzal – Culzoni, 2012, Santa Fe
- ÁVILA, R. (2012) Los derechos y sus garantías: ensayos críticos (Primera reimpresión) Quito: Corte Constitucional de Ecuador para el Período de Transición. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, (CEDEC).
- BINDER, A. et al. (2006) Derecho Procesal Penal: Escuela nacional de la judicatura, Santo Domingo.
- BAYTELMAN, A. (2000) “El juicio oral”, En El Nuevo Proceso Penal, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.
- BUSOLT, G, Griechische Staatskunde, 3^a edición. (München, 1920, C. H. Beck), I.
- BACIGALUPO, E. (1999). Derecho penal parte general. Segunda edición. Buenos Aires capital de Argentina: Editorial Hammurabi.

- BERNAL V. et al. (2001) El debido proceso disciplinario; Biblioteca Jurídica Dike, Medellín
- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario jurídico elemental: Heliasta, 2010, Buenos Aires, Argentina.
- CARRARA, Francisco. “Programa del curso de derecho criminal”; 1986 Edit., Universidad Externado de Colombia.
- CEDEÑO, J. A. (17 de julio de 2013). Principios constitucionales del derecho penal. La Hora.
- COMELLA F. (2002) El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional) Madrid.
- CHÁVEZ A. Diccionario de derecho penal: edigrafi, 1966, Chiclayo, Perú.
- DE PINAR, Rafael. (1984) Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa. México.
- DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO CASTELL; Tomo I; Edit. 2004 Castell; Madrid-España.
- DICCIONARIO Jurídico: Espasa Calpe S.A. 2001 Madrid, España.
- ETCHEBERRY, A. (1999) Derecho penal parte general. (Reimpresión tercera edición Tomo I). Santiago capital de Chile: Editorial jurídica de Chile.

- FERNÁNDEZ-GALIANO (1963) Introducción a la Filosofía del Derecho. Madrid
- GARCÍA, F. J. (2014). Análisis jurídico teórico práctico del código orgánico integral penal (primera edición ed.). Riobamba, Ecuador: indugraf.
- GRAN DICCIONARIO enciclopédico universal: Pro libros Ltda. 1986.
- HIS, R. DAS S. (1964) des deutschen Mittelalters, Aalen, 1964, Scientia
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. “La ley y el Delito”; 21ava; Edición; Edit. Harla; México.
- LARIOS V. (2001) Lógica y constitucionalidad de la función legislativa, Quehacer Parlamentario (2).
- MARTÍNEZ, A. N. (2002). Diccionario de Derecho Penal. México D.F: MALEC S.A.
- MUÑOZ, C. F. (2001) Introducción al derecho penal: Editorial B de F Ltda. Montevideo & Buenos Aires.
- MORENO S. (1995) “Seguridad Jurídica”, en Enciclopedia Jurídica Básica, tomo IV Madrid.
- ORTEGA, J. L. (2005). Manual de determinación de la pena. (T. L. BLANCH, Ed.) Valencia, España.
- OSSORIO M. (2000). Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales; Datascan, S.A. Guatemala

- OSORIO, R. (2012). Diccionario Derecho Penal. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- PARRA, P. A. (2013). Manual de derecho penal. Bogotá, Colombia: ediciones doctrina y ley, Ltda.
- PASQUEL, A. Z. (2008). Manual de Derecho Penal. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- PUIG, M. S. (2003) introducción a las bases del Derecho Penal. Montevideo - Buenos Aires; B de F Ltda.
- SIGÜENZA Bravo, M. A., & Sigüenza Rojas, J. D. (2010). Definiciones doctrinales en materia penal. Cuenca, Ecuador.
- SALASAR U. BERNAN L; QUINTANA R. R. La mala praxis, Responsabilidad penal del profesional en medicina, 1994, Medicina Legal de Costa rica.
- SEGOVIA, J. L. (2010) La Audiencia Preliminar vs la Preparación de Juicio en el Código de Procedimiento Penal. Quito: Imprenta del Consejo de la Judicatura.
- TERRAGANI, M. (2008). Autor, participe y víctima en el delito culposos. Santa Fe: Rbinza I- Culsoni.
- TORRES, G. C. (2012). Diccionario de Ciencias Jurídicas. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- T. MAYER-MALY, et, al. (1985) Real enciclopedia, 8 A/2 (Stuttgart).

- ZAVALA B. J. “Reflexiones Penales: Imputabilidad - Culpabilidad – Responsabilidad”; Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad católica de Santiago de Guayaquil; Guayaquil-Ecuador.
- ZAVALA B. J. (2002) El debido proceso penal, Guayaquil, Editorial Edino.
- ZAFFARONI, Raúl, Tratado de derecho penal, parte general: Ediar, 1998, Buenos Aires, Argentina.

NORMATIVA LEGAL:

- “Constitución de la República del Ecuador”, (2008), Legislación codificada, Corporación de Estudios y Corporaciones, Quito.
- “Código Orgánico Integral Penal”, (2014) Legislación codificada, Corporación de Estudios y Corporaciones, Quito.
- “Ley Orgánica de Salud”, (2006) Legislación codificada, Corporación de Estudios y Corporaciones, Quito

LINKOGRAFÍA:

- <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derecho-comparado/2010/03/26/derecho-comparado>.

- <http://etimologias.dechile.net/?incongruencia>.
- <http://www.diccibibliografia.com>
- <http://www.derechoecuador.com>
- <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/4/articulosobremala-practicanoseaplicasoloalosmedicos?tmpl=component&print>
- <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado>
- <http://www.ehu.eus/es/documents>

11. ANEXOS

ENCUESTA



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

Me dirijo a usted solicitando su valiosa opinión, con el propósito de fundamentar mi investigación, previo la obtención del título de abogado, sobre el tema intitulado: INCONGRUENCIA ENTRE EL INCISO SEGUNDO DEL ART. 146 Y EL ART. 65 DEL COIP, ACERCA DEL PROCESO DE HABILITACIÓN PARA VOLVER A EJERCER LA PROFESIÓN LUEGO DE CUNPLIDA LA PENA EN LOS DELITOS DE HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL.

1. ¿Tiene usted conocimiento en que consiste la pena accesoria de inhabilitación por mala práctica profesional, considerando que la pena principal es la privativa de libertad?

Si () No ()

Explique.....

2. ¿Según su criterio, cree usted que el rango de tiempo de la pena accesoria de inhabilitación profesional debería estar descrito claramente en el inciso segundo del art.146 del COIP, el cual tipifica el homicidio culposo por mala práctica profesional?

“Art. 146, inciso segundo.- El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley.”

Si () No ()

Porque.....
.....

3. ¿Cree usted que la indeterminación de la pena accesoria en el art.146 transgrede el artículo 65 del COIP, que señala en su parte pertinente, que las sanciones de inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio, se aplicará “por el tiempo determinado en cada tipo penal”?

Si () No ()

Porque.....
.....

4. ¿Considera usted que se debería establecer en el COIP, de forma clara el tiempo, los mecanismos, formas y parámetros técnicos al que deberá someterse el profesional infractor, a fin de conseguir la nueva habilitación profesional, ya que no existe ninguna otra ley que lo determine?

Si () No ()

Porque.....
.....

5. ¿Considera usted pertinente una reforma al COIP, la misma que establezca el rango de tiempo de la pena accesoria, y los procesos de habilitación para volver a ejercer la profesión, en los delitos de homicidio culposo por mala práctica profesional acorde con los principios de legalidad, taxatividad penal y reserva de ley?

Si () No ()

Porque.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ENTREVISTA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

ENTREVISTA.

Me dirijo a usted solicitando su valiosa opinión, con el propósito de fundamentar mi investigación, previo la obtención del título de abogado, sobre el tema intitulado: **INCONGRUENCIA ENTRE EL INCISO SEGUNDO DEL ART. 146 Y EL ART. 65 DEL COIP, ACERCA DEL PROCESO DE HABILITACIÓN PARA VOLVER A EJERCER LA PROFESIÓN LUEGO DE CUNPLIDA LA PENA EN LOS DELITOS DE HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL.**

NOMBRE:

OCUPACION:

FECHA:

HORA:

1. ¿Conoce usted cuales son los procesos que siguen los profesionales médicos para obtener la nueva habilitación, cuando hubieren cometido el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional?

.....
.....
.....

2. ¿Considera usted que el art. 146 del COIP que tipifica el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional está completo, al no considerar el tiempo de la pena accesoria que sería la inhabilitación para ejercer la profesión y los procesos a seguir para la nueva habilitación?

.....
.....
.....

3. Cuál es su punto de vista acerca del art 65 del COIP, que habla de la inhabilitación para el ejercicio de la profesión empleo u oficio cuando manifiesta que “la o el juzgador, en sentencia, dispondrá que una vez cumplida la pena privativa de libertad, se la inhabilite en el ejercicio de su profesión, empleo u oficio, por el tiempo determinado en cada tipo penal”.

.....
.....

4. ¿Cree usted que al no estar determinado el tiempo de la pena accesoria en el art.146 del COIP, este contradice al art. 65 del mismo cuerpo legal o se deberá considerar el mismo rango de la pena principal o privativa de libertad?

.....
.....
.....

5. ¿Considera usted que en el art. 146 del COIP, se debería establecer el tiempo de inhabilitación profesional, y los procesos para la nueva habilitación de forma clara?

.....
.....
.....



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

INCONGRUENCIA ENTRE EL INCISO SEGUNDO DEL ART.146 Y EL ART 65 DEL COIP ACERCA DEL PROCESO DE HABILITACIÓN PARA VOLVER A EJERCER LA PROFESIÓN LUEGO DE CUMPLIDA LA PENA EN LOS DELITOS DE HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL.

PROYECTO DE TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE LICENCIADO EN JURISPRUDENCIA Y ABOGADO.

AUTOR:

Oscar Patricio Ramón Picoita

Loja - Ecuador

2016

1. TEMA.

INCONGRUENCIA ENTRE EL INCISO SEGUNDO DEL ART.146 Y EL ART 65 DEL COIP, ACERCA DEL PROCESO DE HABILITACIÓN PARA VOLVER A EJERCER LA PROFESIÓN LUEGO DE CUMPLIDA LA PENA EN LOS DELITOS DE HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL.

2. PROBLEMATIZACIÓN.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano en los últimos años ha dado un cambio trascendental, esto como consecuencia de la promulgación de la nueva Constitución de la República, publicada en el registro oficial N° 449, el 20 de octubre de 2008, la cual garantiza los derechos, la justicia y la seguridad jurídica de las y los ciudadanos. Para el efecto las normas existentes, deberán, adecuarse a lo prescrito por la norma suprema, es por ello que los legisladores, han emprendido una ardua labor, en la elaboración de nuevas normas que regulen el comportamiento social, acordes con los preceptos constitucionales.

Bajo estas consideraciones, el 10 de agosto del 2014, entra en vigencia el nuevo Código Orgánico Integral Penal, (COIP) el mismo que trae consigo nuevos tipos penales que según el criterio de los legislador, se adecuan, al nuevo ordenamiento jurídico, y a las nuevas conductas antisociales no previstas en el anterior código penal. Entre los nuevos tipos penales incorporados está, el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, tipificado en el artículo 146, el cual ha generado gran controversia sobre todo a los profesionales de la salud pese a que este sector no es el único que puede incurrir en este delito, si no que como prescribe la norma, está dirigido para todos los profesionales, que en el ejercicio de su profesión, y por infringir un deber objetivo de cuidado, ocasione la muerte de una persona.

El tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional, no habla de una profesión en particular, si no de todas las profesiones en general, y la pena principal por cometer este delito, es de uno a tres años. Lugo de una aclaratoria emitida por la Corte Nacional de Justicia esto no ha generado más discusión, lo que hace presumir que ha quedado claro para los profesionales, principalmente el sector de la salud, quienes fueron sus principales detractores. Lo que no queda claro es lo concerniente a la pena accesoria, entendiendo como pena accesoria el tiempo de inhabilidad para el ejercicio de la profesión, la cual no se encuentra tipificada en el mencionado artículo, esto contrario al derecho que tienen las personas privadas de la libertad al trabajo y a poder reinsertarse en la sociedad, ejerciendo la profesión para la que se han preparado durante varios años de su vida.

El problema surge en el momento en que, el profesional infractor haya purgado su pena, y quiera reinsertarse a la sociedad tal como lo garantiza la constitución, y no tenga claro si podrá o no volver a ejercer su profesión ya que en el inciso segundo del artículo 146 del COIP no prevé los procesos a seguir para la nueva habilitación, ni el rango de tiempo de inhabilidad para el ejercicio de la profesión una vez cumplida la pena privativa de libertad, en contradicción con el artículo 65 del mismo cuerpo legal que manifiesta en su parte pertinente que, las sanciones de inhabilitación para el ejercicio de una profesión, empleo u oficio, se aplicará ,“por el tiempo determinado en cada tipo penal”. Contradiendo a esta disposición el artículo 146 que tipifica el tipo penal, de homicidio culposo por mala práctica profesional en su inciso segundo manifiesta que “el proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena será determinado por la ley”, la misma que aún no está contemplada en el ordenamiento jurídico del Ecuador. Aquí se observa una indeterminación de la pena accesoria, y a su vez una incongruencia jurídica al no guardarse una relación lógica entre ambas normas, pues estas se contradicen entre sí, lo que genera inseguridad jurídica, y vulnera los derechos y principios constitucionales de los profesionales, que hayan cometido este delito.

3. JUSTIFICACIÓN

3.1 AMBITO SOCIAL

El presente proyecto de investigación tiene como finalidad ser un aporte académico para la sociedad, los operadores de justicia y en especial para la comunidad universitaria, está destinado a determinar una evidente contradicción entre dos normas en el Código Orgánico Integral Penal, y la incorporación de propuestas y soluciones que garanticen los derechos, de las y los profesionales a los que por falta de claridad y especificidad normativa se les está vulnerando sus derechos constitucionales, como los de integridad física, seguridad jurídica, tutela efectiva, debido proceso e incluso el Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, lo que determina la relevancia de esta investigación, al ser el Ecuador un Estado constitucional de derechos y justicia social.

3.2 AMBITO ACADEMICO

En lo académico este trabajo se justifica por tratarse de normas que están dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, las que han venido siendo estudiadas durante todos estos años de formación académica dentro de las aulas universitarias y al ser el desarrollo de un proyecto de investigación y tesis uno de los requisitos establecidos en el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, el mismo que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico en aspectos inherentes a las materias de derecho positivo, sustantivo y adjetivo para obtener el Grado de Licenciado en Jurisprudencia y Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República. Es por este motivo que los estudiantes nos vemos en la necesidad de realizar un trabajo de investigación que proponga soluciones a posibles falencias que hagan deficiente el ordenamiento jurídico Ecuatoriano, este proceso de investigación será debidamente orientado, revisado y supervisado por los docentes de la Carrera de Derecho, que sean

asignados para el efecto por parte de las autoridades competentes, también es importante destacar que existe el material bibliográfico suficiente para el desarrollo de esta investigación, y la predisposición de docentes y profesionales del derecho para colaborar con la misma.

3.3 AMBITO JURIDICO

En el desarrollo y sustentación de este trabajo se analizarán las normas contempladas en la constitución de la republica el código orgánico integral penal y demás normas conexas realizando un estudio teórico, analítico, y doctrinario en relación al tema a investigarse, que en este caso sería la incongruencia o antinomia entre el artículo 65 y el inciso segundo del tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional tipificado en el artículo 146 del (COIP), en el que no se especifica la modalidad, gradualidad y temporalidad del proceso de habilitación profesional y de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, quedando vulnerados principios constitucionales de los infractores en su juzgamiento judicial. Dentro de lo relacionado con materia constitucional se analizarán jurídicamente los diferentes derechos y principios vulnerados por esta incongruencia jurídica y se propondrá posibles soluciones que subsanen este problema, que afecta a los profesionales que incurran en este delito.

4. OBJETIVOS

Los objetivos que serán verificados en el desarrollo de esta investigación serán los siguientes:

4.1 OBJETIVO GENERAL

- Realizar un estudio jurídico doctrinario para establecer la existencia de una incongruencia jurídica dentro del Código Orgánico Integral Penal entre los artículos 65 y el inciso segundo del 146, la misma que atenta contra los Derechos constitucionales de seguridad jurídica,

debido proceso y el Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

4.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Realizar un análisis jurídico comparativo entre el Art. 65 y el inciso segundo del Art. 146 del Código Orgánico Integral Penal, a fin de establecer la incongruencia.
- Analizar los principios constitucionales vulnerados por esta incongruencia normativa y los efectos jurídicos que esta produce a los infractores.
- Realizar un análisis de la normativa en derecho comparado acerca de la pena accesoria de inhabilidad para ejercer la profesión
- Proponer una posible reforma al Código Orgánico Integral Penal a fin de subsanar esta incongruencia.

5. HIPÓTESIS

La falta de aplicación de lo prescrito en el artículo 65 del Código Orgánico Integral Penal, acerca de la pena accesoria, en el inciso segundo del artículo 146 del mismo cuerpo legal, y la no determinación de los procesos de habilitación, para volver a ejercer la profesión, genera una incongruencia jurídica, la cual vulnera los derechos constitucionales de las y los profesionales del Ecuador.

6. MARCO TEORICO

La constitución del Ecuador del 2008, ha hecho necesaria la concepción de un nuevo ordenamiento jurídico, esto por tratarse de una constitución

modernista garantista de derechos y teniendo como propósito la justicia social, tal como lo manifiesta en su primer artículo que dice: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.”¹⁰⁹ Es por esto que desde la nueva perspectiva constitucional las demás normas del ordenamiento jurídico deberán adaptarse a lo prescrito por la carta magna, teniendo en cuenta que esta es la norma suprema la cual debe regir los parámetros y las directrices para construir un nuevo ordenamiento jurídico, en el que ninguna norma de menor jerarquía puede oponerse o contradecir a la norma suprema constitucional, pues así lo manifiesta el artículo 424 de la constitución que en su inciso primero dice: “la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico...”¹¹⁰.

Por tal motivo los legisladores se han visto en la necesidad de incorporar nuevas normas al ordenamiento jurídico, que abarquen todos estos preceptos constitucionales de allí que uno de los cuerpos legales que recientemente ha sido incorporado al ordenamiento jurídico ecuatoriano, es el Código Orgánico Integral Penal, el mismo que fue creado por la necesidad de adaptar normas de derecho público acordes a la realidad actual en la que vivimos, los avances tecnológicos y las nuevas necesidades de la población dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia, incorporando nuevas conductas antisociales reprochables las que merecen ser sancionadas, por atentar contra bienes jurídicos protegidos por la constitución.

En la incorporación en el Código Orgánico Integral Penal de nuevos tipos penales se encuentra el de homicidio culposo por mala práctica profesional, que es en el cual nos centraremos en este trabajo, así como también en el

¹⁰⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, registro oficial N° 449, Publicación Oficial de la Asamblea Nacional Constituyente, Montecristi-Ecuador, 2008.

¹¹⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, registro oficial N° 449, Publicación Oficial de la Asamblea Nacional Constituyente, Montecristi-Ecuador, 2008.

artículo 65 que se encuentra dentro del capítulo dos el cual habla sobre la clasificación de la pena. Este tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional es novedoso, porque si bien es cierto que en el anterior código penal no se encontraba tipificada esta conducta, en los últimos años antes de la promulgación de este nuevo código, era muy frecuente escuchar casos de homicidios atribuidos a esta mala práctica, sobre todo por parte de los profesionales de la medicina. Para la realización de este trabajo y para mejor entendimiento del mismo empezare dando algunos conceptos relacionados con el tema de investigación.

DERECHO PENAL.- “El derecho penal es un medio de control social, y este último puede ser comprendido como un conjunto de modelos culturales y de símbolos sociales y también de actos, a través de los cuales dichos símbolos y modelos son determinados y aplicados. Con ellos, se trata de superar las tensiones sociales: generales, de grupo y/o de individuos”¹¹¹.

Según este concepto diríamos que una de las funciones del derecho penal sería el control social de un determinado grupo, lo cual es acertado ya que las normas del derecho penal tratan de proteger los bienes jurídicos de las personas lo que es un deber del Estado, estas normas deberán ser pre establecidas a la conducta, es decir estar tipificadas con anterioridad al acto, el doctor Eugenio Zaffaroni al respecto manifiesta:

“Entendemos por derecho penal al conjunto de leyes que traducen normas tuitivas de bienes jurídicos y que precisan su alcance, cuya violación se llama delito e importa una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar nuevas violaciones por parte del autor”¹¹² Es decir que el derecho penal son las normas tipificadas dentro de un cuerpo legal que tienen como finalidad la protección de los bienes jurídicos establecidos en la constitución y la prevención del cometimiento de actos que atenten contra estos.

¹¹¹ HURTADO Pozo José. Manual de Derecho Penal, EDDILI, Segunda Edición, Lima 1987.

¹¹² ZAFFARONI Eugenio. Tratado de derecho penal, 1998, Buenos Aires-Argentina

Por esta razón Roxin manifiesta: “El Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado”¹¹³.

El rol del Derecho penal dentro de un Estado es garantizar una convivencia pacífica, dejándole saber a los ciudadanos que conductas no están permitidas y son reprochables dentro de la sociedad, a su vez, este se encarga de señalar las directrices que se deben seguir cuando una persona, incurra en una de estas conductas.

TIPO PENAL.- Según Cabanellas tipo penal es: “Conjunto de elementos definidos por la ley constitutivos de un delito”¹¹⁴. Es decir que el tipo penal necesariamente debe estar compuesto por algunos elementos los cuales determinaran el cometimiento de un delito, y para que este se constituya, la acción debe cumplir con estos elementos.

Zaffaroni manifiesta: “El tipo penal es un instrumento legal lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva: que tienen por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas). Fundamenta lo siguiente:

a) El tipo pertenece a la ley. Tipos son "el que matare a otro" o "el que causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud". Tipos son las fórmulas legales que nos sirven para individualizar las conductas que la ley penal prohíbe.

¹¹³ ROXIN, C. Derecho penal parte general, (Tomo I) La estructura de la teoría del delito. Traducción de la segunda edición alemana. Madrid capital de España, Editorial Civitas. 1997

¹¹⁴ CABANELLAS Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, 2011, Buenos Aires Argentina.

b) El tipo es lógicamente necesario para una racional averiguación de la delictuosidad de una conducta.

c) El tipo es predominantemente descriptivo, porque los elementos descriptivos son los más importantes para la individualización de una conducta. No obstante, los tipos no son a veces absolutamente descriptivos, porque en ocasiones acuden a conceptos que remiten o se sustentan en un juicio valorativo jurídico o ético.”¹¹⁵

El tipo penal describe el comportamiento antijurídico en cambio la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo mediante lo prescrito por el legislador. El tipo penal por lo general es el resultado de reflexiones lógicas hechas por los legisladores acordes a la realidad social de cada Estado.

Por otro lado Beling puso de relieve la función del tipo como “una garantía para el ciudadano, pues solo aquellas conductas descritas en la ley penal (tipo) pueden ser sancionados dentro del mínimo y máximo de la pena señalado en la misma ley”¹¹⁶. Es decir que el tipo penal previamente descrito en la ley, debe constituir una garantía para los ciudadanos estando claramente especificado y con la respectiva determinación de las penas tanto principales como accesorias y de esta forma garantizar la correcta aplicación de los principios constitucionales y la seguridad jurídica.

PENA.- “La palabra pena proviene del latín *poena*, que significa castigo, tormento físico, padecimiento, sufrimiento. Es un “mal” que debe imponerse al culpable o responsable de la comisión de un delito. Es una figura previamente creada por el legislador, en forma escrita y estricta, al amparo del “principio de legalidad”¹¹⁷.

Mientras que en el Código Orgánico Integral penal en su artículo 51 define a la pena así: “la pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las

¹¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal. Parte General" Ed. 1998.

¹¹⁶ BELING, El rector de los tipos de delito, 1936 Madrid.

¹¹⁷ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel: Manual de Derecho Penal. Parte General. Edit. Santa Rosa. Perú, 2000, p.70

personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada.”¹¹⁸

Por su parte Bernardo Feijoo manifiesta que es “un mal impuesto por el Estado en un proceso público a través de los órganos legitimados para ello...”¹¹⁹ . Podríamos decir que la pena a pesar de que suena contradictoria en un estado de derechos y justicia social, es necesaria para proteger esos derechos y esa paz social garantizados por la misma Constitución pues sin ella viviríamos en una completa anarquía donde prevaleciera la ley del más fuerte.

Según el Código Orgánico Integral Penal la clasificación de la pena es: “la pena que se impone en virtud de sentencia firme, con carácter principal y accesoria, son privativas no privativas de libertad y restrictivas de los derechos de propiedad, de conformidad con este código.”¹²⁰ Es decir que la pena ya sea principal o accesoria priva de ciertos derechos a la persona a quien se le ha impuesto aquella, de allí que resulta importante la determinación específica de las mismas, esto con el afán de no lesionar el principio de legalidad que es uno de los principios penales fundamentales.

PENA ACCESORIA.- Según Cabanellas la pena accesoria es: “la que por declaración legal aun cuando se exija el pronunciamiento por el tribunal sentenciador, acompaña a otra, la principal; la que se aplica como consecuencia de esta.”¹²¹

Podríamos decir que la pena accesoria es la que deriva de la principal es decir va ligada a ella como por ejemplo alguna inhabilitación para el ejercicio de la profesión, cargo o derecho. El doctor Manuel Osorio al respecto

¹¹⁸ REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO No. 180, CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (2014)., Art. 51

¹¹⁹ SÁNCHEZ Bernardo Feijoo, RETRIBUCIÓN Y PREVENCIÓN GENERAL un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal. 2006.

¹²⁰ REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO No. 180, CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (2014)., Art. 58

¹²¹ CABANELLAS Guillermo, diccionario jurídico elemental, 2011

manifiesta: “Es aquella que no puede aplicarse independientemente, sino que va unida a otra llamada pena principal. Las penas accesorias pueden cumplirse al mismo tiempo que las principales o después de éstas.”¹²²

En el caso que nos ocupa la pena accesoria del homicidio culposo por mala práctica profesional, tipificado en el Art. 146 del COIP sería la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, pues el profesional que haya cometido este delito por obvias razones no va a poder ejercer su profesión mientras esté cumpliendo la pena principal que para estos casos es la privación de su libertad, pero tampoco queda claro si después de cumplida la pena lo podrá hacer o no, pues esto la ley no ha previsto.

El artículo 146 COIP que habla acerca de homicidio culposo por mala práctica profesional en su inciso segundo al determinar la pena accesoria manifiesta: “El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinada por la ley”.¹²³ Esto genera un problema incluso para los Jueces porque el tiempo de inhabilitación no se encuentra determinado, en ninguna otra ley del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

“La accesoriedad viene caracterizada por dos notas: una de carácter negativo que el delito no tenga previsto especialmente esta pena, otra de carácter positivo, que la ley la asocie a otra que juega un papel de principal.”¹²⁴ Es decir que la pena accesoria puede ser la pérdida de derechos por el tiempo de privación que mande la pena principal, o también puede derivar del cometimiento del delito dentro del ejercicio profesional, para la primera, la ley no prevé pero se sobrentiende que el infractor en el cumplimiento de su condena no podrá ejercer sus derechos ya sean estos político, civiles etc., mientras que en el segundo caso la pena accesoria deriva de la ley, como es el caso en los delitos que se cometen por

¹²² OSSORIO, M. (2000). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Ed. Eliasta, Ed. 27°, Buenos Aires, p. 734

¹²³ REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO No. 180, CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (2014), Art. 146

¹²⁴ ÀLVAREZ Inma, la regulación de las penas accesorias en el Código Penal, ADPCP, VOL.LX.2007. España.

impericia, imprudencia, negligencia, e inobservancia de Lex-Artis ejerciendo determinada profesión.

INHABILITACIÓN PROFESIONAL.- Es la destitución o suspensión de funciones en razón de empleos u oficios vinculados a una profesión, lo cual se establece mediante una sentencia judicial, para ejercer un régimen preventivo entorno al cometimiento de un delito.

“La inhabilitación profesional supone una grave injerencia en el derecho fundamental de libre ejercicio de la profesión.”¹²⁵ Además atenta contra el derecho al trabajo, y el derecho de las personas privadas de la libertad a tener una rehabilitación y reinserción social adecuada, y se agrava aún más en los casos en que la ley no determina el tiempo de duración de esta.

SEGURIDAD JURIDICA.- El artículo 82 de la Constitución de la República señala “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y a la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”¹²⁶.

El artículo 25 del Código Orgánico de la Función Judicial dice “PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA.- Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas”.¹²⁷

“La Seguridad Jurídica es un principio conocido en el área del derecho, que representa la certeza del conocimiento de todo lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el denominado poder público. La palabra seguridad

¹²⁵ REMESAL de Vicente Javier., Vázquez Rodríguez Virgilio, El Medico ante el Derecho Penal, 2007, España.

¹²⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Publicación Oficial de la Asamblea Nacional Constituyente, Montecristi-Ecuador, 2008

¹²⁷ REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO N° 544 CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Registro Oficial Suplemento 544, 2009, Art.25.

proviene de securitas, la cual deriva del adjetivo securus (de segura) que, significa estar seguros de algo y libre de cuidados.

En resumen, la Seguridad Jurídica es la certeza que tiene el individuo de la permanencia de su situación jurídica y no será modificada sino por procedimientos regulares y conductos establecidos de manera previa y clara por el derecho.”¹²⁸

La seguridad jurídica vendría a ser la garantía que el Estado debe dar a los ciudadanos de una correcta administración de justicia acorde a los preceptos constitucionales y los tratados y convenios internacionales ratificados por este, la cual deberá garantizar los derechos y justicia social, incorporando normas dentro del ordenamiento jurídico que sean claras, objetivas, específicas y previamente establecidas para de esta manera fortalecer el Estado de derecho y evitar incongruencias y vacíos jurídicos.

INCOMGRUENCIA JURIDICA.- “El significado gramatical del término hace referencia a una falta de coherencia o de concordancia entre dos términos o dos cuestiones puestos en parangón. En el terreno jurídico, el término incongruencia se refiere al contenido de las resoluciones judiciales, en general, aunque de manera especial se aplica a las sentencias, que no guardan aquella correlación.”¹²⁹

Otra definición de incongruencia manifiesta: “Cosa que contradice a otra, o no guarda con ella una relación lógica: es una incongruencia casarse por lo civil, si ya se lo ha hecho anteriormente y no se ha divorciado”¹³⁰.

Diríamos que una incongruencia jurídica no es otra cosa que la contradicción entre dos normas, ya sea por no guardar una relación lógica o por no estar en concordancia con otra jerárquicamente superior, estas deben ser

¹²⁸ LÓPEZ, José LA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA COMO CONSECUENCIA DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA DE 1789, Revista Prolegómenos Derechos y Valores, 2011. Bogotá-Colombia

¹²⁹ WOLTERSKLUWER, <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>

¹³⁰ THEFREEDICTIONARY <http://es.thefreedictionary.com/incongruencia>

declaradas inmediatamente anticonstitucionales por los operadores de justicia, y así garantizar la seguridad jurídica.

7. METODOLOGIA

Entendemos por métodos los caminos a seguir rigurosamente, para realizar la investigación de un problema previamente identificado y determinado.

Para la realización de este análisis socio-jurídico se revisara la Constitución del Ecuador el Código Orgánico Integral Penal, y demás leyes a más de la doctrina y jurisprudencia que nos ayude a resolver este problema que trasciende a la sociedad, para esto y con el afán de realizar un análisis objetivo se utilizaran los siguientes métodos:

METODO CIENTIFICO

“Para hacer investigación hay que seguir una serie de pasos de una manera sistemática y ordenada con el fin de alcanzar los objetivos planteados. Dicho procedimiento es lo que se conoce como métodos para aproximarse al fin”¹³¹

Siendo este el método más idóneo para realizar el presente trabajo de investigación al ser muy utilizado para la producción de conocimiento científico, mediante el uso del procedimiento inductivo-deductivo el cual permitirá luego del correspondiente análisis establecer en que radica el problema y el planteamiento de posibles soluciones, dado que la metodología científica tiene una forma lógica, estructurada y sistematizada.

Esta investigación jurídica se encuentra dentro del área del conocimiento de las ciencias sociales, es por esto que el método científico coadyuvara a la obtención de nuevos conocimientos, previo a la correspondiente contrastación de hipótesis.

¹³¹ Pérez, A. *Guía metodológica para anteproyectos de investigación*. Tercera edición. 2009 Caracas capital de Venezuela: Fondo editorial de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador.

METODO ANALITICO

Dentro de este estudio socio-jurídico utilizaremos el método analítico el que consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos. El análisis es la observación y examen de un hecho en particular. Es necesario conocer la naturaleza del fenómeno y objeto que se estudia para comprender su esencia. Este método nos permite conocer más del objeto de estudio, con lo cual se puede: explicar, hacer analogías, comprender mejor su comportamiento y establecer nuevas teorías.

Mediante este método se realizara un análisis de cada uno de los conceptos, que serán objeto de esta investigación, para de esta manera establecer la existencia de la incongruencia que se plantea estudiar.

Así también serán de gran utilidad otros métodos como;

El método exegético, el mismo que me permitirá la aclaración e interpretación de las normas legales. El método estadístico, que servirá para demostrar la realidad objetiva a través de cuadros estadísticos. El método mayéutico, el cual me servirá para elaborar el banco de preguntas de la encuesta y entrevista.

TECNICAS

“La técnica es el método y los instrumentos, que permiten al investigador obtener y recabar datos acerca de las variables del estudio”¹³². Las técnicas que serán utilizadas en esta investigación serán la observación, fichas bibliográficas, nemotécnicas encuestas y entrevistas.

¹³² PÉREZ, A. (2009). Guía metodológica para anteproyectos de investigación. Tercera edición. Caracas capital de Venezuela: Fondo editorial de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador.

Observación. Permite observar la problemática que existe en el lugar a investigarse, con la finalidad de que la información obtenida sea real y objetiva, y poder llegar a formular el problema.

Fichaje. Esta técnica será de mucha utilidad en el ordenamiento y utilización de las consultas bibliográficas que realizaré para el desarrollo de la tesis.

Encuesta. Esta técnica me permitirá recopilar los datos necesarios para reforzar el eje teórico de mi investigación así como para contrastar la respectiva hipótesis. El modelo de encuesta oportunamente aprobado por el Director de Tesis será aplicado a treinta profesionales del derecho de la ciudad de Loja.

Entrevista. Permite el contacto interpersonal, tiene por objeto el acopio de información primaria de testimonios orales para lo cual se requiere la preparación de cuestionarios. Es una técnica de investigación dedicada a obtener información mediante un sistema de preguntas a través de la interrelación verbal entre dos o más personas, esta técnica se aplicara a dos profesionales del Derecho los mismos que tengan conocimiento sobre el tema.

La investigación de campo estará dirigida a los jueces, fiscales, defensores públicos, abogados, estudiantes de derecho, y profesionales que conozcan del tema a investigarse

Los resultados de este trabajo serán graficados e interpretados mediante cuadros estadísticos los que luego de un análisis servirán para obtener conclusiones y recomendaciones, adecuadas del estudio realizado.

8. CRONOGRAMA

ACTIVIDADES	AÑO	2016																							
	MESES	ABRIL				MAYO				JUNIO				JULIO				AGOSTO				SEPTIEMBRE			
	SEMANAS	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Selección del tema y problema.				X	X																				
Elaboración de la justificación objetivos y marco teórico						X	X																		
Diseño del proyecto de tesis								X	X																
Trámite de elaboración del proyecto de tesis										X	X														
Acopio de la información bibliográfica												X	X												
Desarrollo de la investigación de campo														X	X										
Presentación y análisis de los resultados de la investigación																X	X								
Presentación de conclusiones y propuestas jurídicas																		X	X						
Redacción del informe final																				X	X				
Sustentación y defensa de tesis																						X	X	X	

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

RECURSOS HUMANOS

Director de tesis: Por designarse.

Proponente: Oscar Patricio Ramón Picoita

Encuestados: 30 personas profesionales del Derecho de la ciudad de Loja seleccionadas por muestreo.

Entrevistados: 2 profesionales conocedores de la problemática.

RECURSOS MATERIALES

MATERIALES	VALOR	
Materiales de escritorio	\$	300
Materiales bibliográficos	\$	300
Fotocopias	\$	200
Transporte y movilización	\$	150
Impresión y empastado	\$	200
Imprevistos	\$	150
Total	\$	1.300

El valor aproximado de gastos materiales será de \$ 1.300 dólares americanos, los gastos de la presente tesis los cubriré con recursos propios, sin perjuicio de recurrir a un crédito educativo.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ÀLVAREZ Inma, la regulación de las penas accesorias en el Código Penal, 2007. España
- BELING, El rector de los tipos de delito, 1936 Madrid.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel: Manual de Derecho Penal. Parte General. Edit. Santa Rosa. 200, Perú.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, registro oficial N° 449. Publicación Oficial De la Asamblea Nacional Constituyente, 2008 Montecristi-Ecuador,
- CABANELLAS Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, 2011, Buenos Aires Argentina
- FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, Retribución y Prevención General un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal Madrid España, 2006.
- HURTADO POZO José, Manual de Derecho Penal, EDDILI, Segunda Edición, 1987, Lima.
- LÓPEZ, José, La Consagración del Principio de Seguridad Jurídica como Consecuencia de La Revolución Francesa de 1789, Revista Prolegómenos - Derechos y Valores, 2011. Bogotá-Colombia
- OSSORIO, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Ed. Eliasta, Ed. 27,2000, Buenos Aires-Argentina.
- PÉREZ, A. *Guía metodológica para anteproyectos de investigación*. Tercera edición. 2009, Caracas capital de Venezuela: Fondo editorial de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador.
- REMESAL Vicente Javier., Vásquez Rodríguez Virgilio, El Medico ante el Derecho Penal, 2007, España
- ROXIN, C. Derecho penal parte general, (Tomo I) La estructura de la teoría del delito. Traducción de la segunda edición alemana. Editorial Civitas, 1997, Madrid capital de España.
- REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO N° 180, CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (2014).

- REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO N° 544 CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Registro Oficial Suplemento 544, 2009.
- ZAFFARONI Eugenio. Tratado de derecho penal, 1998, Buenos Aires-Argentina
- THEFREEDICTIONARY, <http://es.thefreedictionary.com/incongruencia>
- WOLTERSKLUWER, <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>

ÍNDICE

PORTADA.....	I
CERTIFICACIÓN.....	II
AUTORÍA.....	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN.....	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO	VI
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN.....	2
ABSTRACT.....	4
3. INTRODUCCIÓN	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	10
5. MATERIALES Y MÉTODOS.....	104
6. RESULTADOS.....	108

7. DISCUSIÓN	132
8. CONCLUSIONES	142
9. RECOMENDACIONES	144
9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.....	146
10. BIBLIOGRAFÍA	150
11. ANEXOS.....	156
INDICE.....	181