



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

“DELIMITACIÓN DE LA FIGURA DE INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO
DE PROFESIÓN EN LOS CASOS DE HOMICIDIO CULPOSO POR MALA
PRÁCTICA PROFESIONAL”

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la
República.

Profesora Guía
Msc. María del Mar Gallegos Ortiz

Autor
Carlos Eduardo Erazo Noroña

Año
2017

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

María del Mar Gallegos Ortiz

Master en Criminología

C.C. 171145184-7

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

Carlos Eduardo Erazo Noroña
C.C. 172099265-8

AGRADECIMIENTOS

A mis maestros, quienes a lo largo del camino compartieron conmigo sus enseñanzas, dejando una huella imborrable que me acompañará por el resto de mi vida.

DEDICATORIA

A mi madre, por su testimonio diario de amor incondicional.

A mi padre, por su ejemplo de bondad y justicia

A mi hermana, por su infaltable apoyo.

A mis amigos, por todo lo vivido.

RESUMEN

En un principio, se analizará la figura del homicidio culposo por mala práctica profesional desde el punto de vista doctrinario, a fin de poder tener un entendimiento integral del mismo, así como de las penas que le son aplicables, especialmente en lo referente a la inhabilitación profesional.

Posteriormente, se establecerán los principios rectores del sistema de rehabilitación social en el Ecuador, para poder concluir con claridad la finalidad que este tiene respecto de las personas privadas de la libertad y el ejercicio de sus derechos.

Bajo ese orden de ideas, una vez realizado el análisis previamente mencionado, se buscará encontrar una congruencia lógica entre las penas y el crimen motivo de estudio, con miras a poder definir su correcta implementación dentro el contexto normativo ecuatoriano.

Finalmente, la propuesta del estudio se verá plasmada en una alternativa jurídica, esto es, una idea de reforma normativa, que permita delimitar la aplicación de la figura de la inhabilitación profesional, a fin de que este sea concordante con los mandatos constitucionales que rigen a nuestro ordenamiento jurídico, especialmente en lo que guarda relación con la idea de rehabilitación social integral de las personas sentenciadas, como se desprende del artículo 201 de la Constitución de la República.

Dicha propuesta deberá plasmar un nuevo contexto, que goce de claridad en cuanto forma en que se debe aplicar la figura de la inhabilitación profesional producida en los casos de homicidio culposo por mala práctica profesional.

Palabras claves: mala práctica profesional, rehabilitación social, inhabilitación profesional.

ABSTRACT

At the beginning, the figure of the culpable homicide caused by professional malpractice will be analyzed from a doctrinal point of view in order to have a complete understanding not only about that figure, but also about the penalties that action carry, specifically when it comes to a professional disqualification.

Subsequently, the main principles of the Ecuadorian social rehabilitation system will be established in order to clearly understand the goals that it pursues when it comes to guarantee the correct exercise of the rights from a person who has been deprived of his or her liberty.

According to that idea, once the previously named analysis has been completed, the next step will be finding a logical consistency between the crime and its corresponding penalties, with the purpose of defining their correct implementation as part of the Ecuadorian legal system.

Finally, the result of the study will be reflected in a legal alternative, which is basically a normative reform that will give a new structure related to the application of the professional disqualification as a criminal penalty, in order to guarantee the congruency of the legal principles in relation to the Ecuadorian constitutional system.

That reform should finally reflect a new background where there is no space for doubts about the way in which the figure of professional disqualification caused by a culpable homicide caused by professional malpractice must be applied.

Keywords: professional malpractice, social rehabilitation, professional disqualification.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I. EL HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL Y LA INHABILITACIÓN PROFESIONAL.	7
1.1 El homicidio culposo por mala práctica profesional	7
1.1.1 Antecedentes	7
1.1.2 Definición legal.....	8
1.1.3 Concepción doctrinaria.....	12
1.1.3.1 Tipo de infracción	13
1.1.3.2 Modalidad de la conducta	13
1.1.3.3 Tipicidad	16
1.1.3.4 Antijuridicidad	20
1.1.3.5 Culpabilidad	22
1.1.3.6 Ejecución	25
1.2 Penas aplicables al homicidio culposo por mala práctica profesional	26
1.2.1 Generalidades	26
1.2.2 Las penas establecidas por la legislación ecuatoriana.....	30
1.3 La inhabilitación profesional	32
1.3.1 Generalidades	32
1.3.2 Concepción en la normativa ecuatoriana	34
1.3.3 Concepción en la normativa extranjera	37
1.3.3.1 Colombia	38
1.3.3.2 Perú	39
1.3.3.3 Chile	39
1.3.3.4 Bolivia	42
1.3.3.5 Argentina	44

1.4	Aplicabilidad de la inhabilitación en el caso del artículo 146 del COIP	46
2.	CAPÍTULO II. LA REHABILITACIÓN SOCIAL DE LOS SENTENCIADOS PENALMENTE EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ECUATORIANO	50
2.1	Concepto de rehabilitación social.....	50
2.2	La rehabilitación social en la Constitución de la República del Ecuador.....	56
2.3	La rehabilitación social en el Código Orgánico Integral Penal	62
2.4	Rehabilitación social integral.....	66
2.5	Congruencia constitucional.....	69
3.	CAPÍTULO III. PROPUESTA.....	73
3.1	Reforma normativa	73
3.1.1	Fundamentación.....	73
3.1.1.1	Teorías absolutas	76
3.1.1.2	Teorías relativas	77
3.1.1.3	Teorías mixtas	80
3.1.1.4	Teorías modernas.....	82
3.1.2	Artículo 60	87
3.1.3	Artículo 65	89
3.1.4	Artículo 146	90
3.2	Explicación de los artículos reformados	92
3.2.1	Artículo 60	92
3.2.2	Artículo 65	92
4.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	95
4.1	Conclusiones.....	95
4.2	Recomendaciones	96

5. REFERENCIAS.....	97
---------------------	----

INTRODUCCIÓN

El Derecho en la sociedad tiene como objetivo el ordenamiento de las distintas actividades sociales basado en la justicia y con miras a garantizar el bien común. Para lo cual, cuenta con instrumentos o herramientas conocidas como normas jurídicas, mediante las cuales se pretende regular la conducta de los ciudadanos, orientando la misma hacia el respeto y la convivencia organizada. Dichas normas, actúan como una reacción a la constante evolución de las actividades interpersonales que van apareciendo y que, a criterio de los legisladores, no pueden dejarse sin regulación alguna.

Bajo esta lógica, se entiende que existen normas jurídicas que “son las órdenes o prohibiciones de hacer algo, respaldadas por la amenaza de la sanción, que vendría a constituir un castigo al que infrinja o viole una disposición de derecho” (Soto, 2005, pp. 17 - 18).

De lo mencionado se desprende que, a fin de tener un mayor control, la sociedad ha previsto sanciones de distinta naturaleza, como: son las civiles, administrativas o penales, dependiendo del origen y la gravedad del hecho jurídicamente relevante, por lo que, una persona que ha infringido una norma podría, según sea el caso: verse obligado a pagar una multa, verse restringido del ejercicio de algún derecho, o, inclusive, perder su libertad.

En lo que respecta al derecho penal, las sanciones son conocidas como penas y fungen como institución fundamental de esta rama del derecho. Así, dado el fenómeno evolutivo mencionado en párrafos anteriores, esta especialidad ha ido transformándose de manera continua. No obstante, dadas las distintas culturas y sociedades existentes a lo largo y ancho del planeta, cada una con sus creencias, costumbres, tradiciones, concepciones e incluso los sistemas jurídicos que las regulan, ha sido imposible que dicha evolución tienda siempre hacia la misma dirección, dando como resultado una manifiesta dificultad para

que las penas, así como su función o aplicabilidad, puedan ser aplicadas de manera uniforme.

En algunos casos, ciertos Estados han creído que la forma más expedita para mantener el orden público, ha sido el establecimiento de penas sumamente fuertes que se puedan aplicar en ciertos casos, llegando, por ejemplo, a tener la posibilidad de acumular las penas de forma ilimitada, cadena perpetua, y hasta la pena de muerte, lo cual “da confianza en el sistema jurídico por cuanto restaura la conducta irregular producida en el mundo de los fenómenos” (Yavar, 2015, p. 348).

Por el contrario, el Ecuador, regido desde hace casi una década por una nueva corriente constitucional, tiene como finalidad el respeto a la dignidad humana en todos los casos, siendo la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, su objetivo primordial.

Consecuentemente, en el ámbito penal “las nuevas constituciones, los programas de reforma penal, hicieron renacer con gran fuerza los planteamientos de política criminal” (Bustos, 2008, p. 437).

Con dicho antecedente, en el año 2014, se produjo la entrada en vigencia de un nuevo instrumento jurídico en materia criminal, el Código Orgánico Integral Penal, el cual trajo consigo nuevas figuras jurídicas que fueron incluidas en dicho cuerpo normativo con la finalidad de regular distintas situaciones que hasta ese entonces no habían sido consideradas como penalmente relevantes.

La Ministra de Justicia, Ledy Zuñiga, en la presentación del nuevo Código Orgánico Integral Penal, mencionó:

“El derecho penal regula el ejercicio punitivo y preventivo del Estado, cuya finalidad no es únicamente la tipificación de conductas que lesionan bienes jurídicos, sino que contiene y reduce el poder punitivo

garantizando la hegemonía de un Estado constitucional de derechos y justicia” (2014, p. 5).

Bajo las premisas manifestadas por parte de una autoridad pública de tal relevancia, de manera paralela se materializó la vigencia de nuevas figuras consideradas por la normativa penal ecuatoriana a través del prenombrado cuerpo normativo. Así, se tipificó, entre otras conductas, el homicidio culposo por mala práctica profesional, con sus características específicas tanto en lo referente a la definición de dicha infracción, así como a la aplicación de las sanciones que merece la persona que sea declarada responsable por del mentado injusto penal, dependiendo, claro está, de las circunstancias bajo las que se haya configurado la comisión del hecho punible.

Fue entonces que, con posterioridad a la promulgación de este instrumento legal, fueron varias las dudas generadas en distintas esferas sociales respecto de la pertinencia de haber tipificado el homicidio culposo por mala práctica profesional.

Cabe recalcar que previo a dicha promulgación, los profesionales de la salud argumentaban que dicho tipo penal, con la configuración que se le estaba otorgando, era direccionado. Por lo que se presentaron distintas movilizaciones sociales en las que dejaban saber que su ejercicio profesional se vería por lo menos limitado, en virtud del contenido punitivo de la norma penal que sanciona estos casos.

Si bien es cierto que el descontento de los médicos tenía base en el hecho de poder verse sujetos a una pena privativa de la libertad, no es menos cierto que, fue por lo menos llamativo que dicho gremio no se haya manifestado, además, acerca de la aplicación, de manera paralela, de la figura de inhabilitación profesional, contenida también en el nuevo articulado.

Bajo el mismo orden de ideas, fue igual de curioso el hecho de que el resto de gremios de profesionales de distintas áreas de la sociedad, no hayan asimilado el campo de acción de dicha norma, la cual no se encuentra prevista de forma exclusiva ni expresa para el campo médico, ya que como señala El Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, “el mal ejercicio profesional puede ocurrir con el abogado, con el ingeniero civil, ingeniero calculista, con el arquitecto, con el economista, etc.” (2014). Esto quizá se produjo por creer que es sumamente difícil el hecho de que otro tipo de profesionales puedan incurrir en un homicidio culposo a través del ejercicio de su profesión.

Esto, por cuanto la implementación o aplicación de dicha pena por parte de las autoridades judiciales, deviene en graves afectaciones a los derechos fundamentales de la persona sentenciada, quien luego de haber cumplido con su pena privativa de la libertad, se verá, según contempla la normativa vigente, imposibilitada de ejercer su profesión por cierto tiempo y de acuerdo a las condiciones bajo las cuales fue hallado responsable penalmente.

La imposición de la figura de la inhabilitación profesional tal como está contemplada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, específicamente en el Código Orgánico Integral Penal, tiene una implicación claramente contraria a los principios constitucionales que rigen al Estado ecuatoriano, que desde el 2008, con la entrada en vigencia de la Constitución de la República, se ha reconocido como un Estado de derechos y justicia, donde los derechos de los particulares limitan al poder estatal y donde, como ya se dijo, el fin de toda actividad dentro de la sociedad, es el respeto a las personas, junto con sus derechos fundamentales.

La restricción de derechos con posterioridad al que el sujeto es reinsertado en la sociedad, de manera simultánea genera que se violenten distintos parámetros constitucionales que guardan relación con el concepto de rehabilitación social integral de los ciudadanos privados de la libertad, previsto

en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, especialmente y de forma expresa en la Norma Suprema.

A fin de entender la incongruencia normativa que se estaría generando, es fundamental identificar que por una parte, la Constitución de la República habla de un sistema mediante el cual, una vez que la persona privada de la libertad se reintegra a la sociedad, lo debe hacer con todas sus aptitudes y capacidades; mientras que, por el contrario, se tienen normas de carácter penal cuya aplicación implica el hecho de que una vez cumplida la pena privativa de la libertad, la persona sea ubicada nuevamente en la sociedad careciendo de la capacidad para realizar su actividad profesional, por el tiempo que se haya establecido en la sentencia emitida por la autoridad judicial.

Cabe entonces preguntarse si el ejercicio profesional debe limitarse por la imposición de una pena o si, por el contrario, el Estado debe procurar que este derecho coexista con los demás derechos reconocidos en la Constitución, pues como se dijo anteriormente, del ejercicio profesional, que es la materialización del derecho al trabajo, se generan y desarrollan otros derechos, como pueden ser el de la salud, alimentación, vivienda, educación.

Consecuentemente, es innegable la necesidad de esclarecer la aplicación de los preceptos penales contenidos en los artículos 60, 65 y 146 del COIP, así como disgregar la pertinencia que los mismos deben guardar con un sistema en el cual no solo las normas sino además los actos públicos que se producen dentro del Estado, no pueden encontrarse aisladas y contrarias a la idea del neoconstitucionalismo, siendo para este caso, el concepto de rehabilitación social, la base del problema jurídico que acaece, pues el mismo se estaría incumpliendo al aplicarse la pena de la inhabilitación profesional en el caso del homicidio culposo por mala práctica profesional.

De todo lo previamente manifestado, se concluye la importancia no sólo jurídica pero además social que tendrá el presente escrito, pues puede ser de mucha

ayuda para poder generar un pensamiento crítico en lo referente a la expedición de normas que deben tener no solo un espíritu, sino que también deben tener una técnica jurídica apropiada que lejos de complicar la aplicación y el entendimiento de las normas, facilite la consecución de los mismos, a través de la generación de seguridad jurídica. Esto es, en última instancia que las normas sean constitucionalmente viables y aplicables, pero sobre todo, y de manera especial en el ámbito penal, no generen dudas en cuanto a su aplicación y finalidad.

1. CAPÍTULO I. EL HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL Y LA INHABILITACIÓN PROFESIONAL.

1.1 El homicidio culposo por mala práctica profesional

1.1.1 Antecedentes

La Constitución de la República, norma jurídica suprema dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, hace una breve referencia a la responsabilidad por mala práctica, estableciendo que “las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas.” (2008, art. 54)

Es conocido por todos que, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de Montecristi, el trabajo de la función legislativa fue el de crear varias leyes a fin de que exista una congruencia normativa en la nueva estructura jurídica del Estado.

Por lo que, se esperaba que la normativa penal se fuera adecuando al mandato constitucional, protegiendo la vida humana y, paralelamente, sancionando la afectación del mentado bien jurídico mediante los procesos legales pertinentes pero sobre todo expeditos y proporcionales.

Fue así que en agosto de 2014 entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal, norma jurídica dentro de la cual se incluyeron como infracciones, algunas conductas que hasta ese momento no habían sido tipificadas. Entre aquellas conductas penalmente relevantes, se encuentra el homicidio culposo por mala práctica profesional, que de la mano con otras nuevas figuras, empezaron desde entonces a formar parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

A fin de poder entender de manera apropiada la figura del homicidio culposo por mala práctica profesional, es imperativo el revisar y desmenuzar su contenido tanto desde el punto de vista legal como doctrinario.

1.1.2 Definición legal

Así pues, en lo referente a la norma positiva, el homicidio culposo por mala práctica profesional, al igual que el resto de infracciones penales contenidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es, en un principio, y de manera esencial “una conducta típica, antijurídica y culpable” (Código Orgánico Integral Penal, art. 18), la cual además se encuentra expresamente definida de la siguiente manera:

“La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

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

Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.

3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.” (Código Orgánico Integral Penal, art. 146)

Por lo tanto, de dicha norma se puede colegir que el homicidio culposo por mala práctica profesional, recae sobre la persona que en el ejercicio o práctica de su profesión haya infringido un deber objetivo de cuidado, siempre que a consecuencia de dicha circunstancia, se haya producido la muerte de una persona.

Bajo la luz de los hechos, dado que la norma que fuera promulgada contenía varios conceptos que, según se sostuvo por parte de varios colectivos y gremios, no iban a permitir una aplicación óptima de dicha norma por parte de los operadores de justicia, generando un ambiente de inseguridad jurídica, por llamarlo de alguna manera, fueron varias las acciones promovidas por diferentes organismos estatales, a fin de poder aclarar la situación señalada.

Fue así que, posteriormente, en virtud la coyuntura que se estaba viviendo, la Corte Nacional de Justicia, dado el sinnúmero de dudas surgidas en cuanto a la aplicación del artículo en cuestión, decidiera expedir una resolución interpretativa del artículo, la cual manifiesta:

“Art. 1.- El Código Orgánico Integral Penal, que en su artículo 146, establece los tipos penales simple y calificado de homicidio culposo por mala práctica profesional, debe ser comprendido en su integridad.

Art. 2.- Se entenderá que el homicidio culposo simple por mala práctica profesional, tipificado en el inciso primero del artículo 146 del Código

Orgánico Integral Penal, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado, conforme a su inciso final.

Art. 3.- Se entenderá que el homicidio culposo calificado por mala práctica profesional, tipificado en el inciso tercero del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado; y, además, por la concurrencia de las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas” (Corte Nacional de Justicia, Resolución 01-2014, p. 3).

La citada resolución realizó una diferenciación mediante la cual se pudo identificar de forma más precisa la existencia de los tipos penales simple y calificado del homicidio culposo por mala práctica profesional. Esto es, que en el primer escenario, la infracción se configura cuando un profesional ha pasado por alto una regla del deber objetivo de cuidado, mientras que, en el segundo escenario, el homicidio culposo agravado se configura además por la concurrencia de las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, en su conjunto.

Si bien es cierto, se denota una ampliación respecto de la norma prevista en el COIP, no es menos cierto que, lejos de aclarar la definición y el alcance del injusto penal en cuestión, el acto de la Corte Nacional fue más bien repetitivo en lo referente al artículo 146 del Código Integral Penal, por lo que, una vez más, no se permitió un entendimiento integral del mismo.

Dicha aseveración fue sostenida especialmente por los gremios médicos a lo largo y ancho del territorio ecuatoriano. Así, nuevamente, una institución pública, esta vez el Ministerio de Salud Pública, a través de su página oficial, supo manifestar que:

“el artículo 146 del Código Integral Penal, por ningún motivo pone en riesgo el ejercicio profesional (...) La muerte de un paciente no significa que necesariamente el médico haya infringido al deber objetivo del

cuidado. (...) Si un paciente fallece por falta de insumos o medicamentos, infraestructura inadecuada, causas propias de la enfermedad o por características propias de la persona, no es responsabilidad del médico tratante. (...) El análisis técnico de cada caso implica un proceso que precisa de la concurrencia de peritos especializados en función de la naturaleza del caso.” (Ministerio de Salud Pública, s.f.)

Es decir, que la tipificación objeto del presente escrito, guarda congruencia con la postura de ciertos autores quienes han analizado este tipo de ilícitos, señalando, por ejemplo, que “la punición del autor por culpa no depende sólo (...) de que la acción haya determinado la aparición del resultado típico” (Torio, 1974, p. 25).

Así las cosas, se han revisado tres distintas concepciones del homicidio culposo por mala práctica profesional. La primera de ellas de naturaleza netamente descriptiva y, las dos últimas, de carácter interpretativo.

Cabe mencionar pues, en este punto, que la característica más peculiar del tipo penal objeto de análisis es la inclusión de la palabra profesión, sin que se mencione área específica alguna. Es decir que, como se establece en el artículo 13 del COIP, “los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta” (2014), queda entendida como cierta la posibilidad de que dicha norma pueda ser aplicada en una gran cantidad de casos que podrían ser analizados desde el ámbito penal si es que se ajustan a los presupuestos contenidos en el tipo en el momento de su acaecimiento.

Es así que, se podrán tener casos donde distintos profesionales, no necesariamente médicos, se vean envueltos en una situación dentro de la cual puedan incurrir en el homicidio culposo por mala práctica profesional. Esto, claro está, es difícil de determinar de manera precisa, pues únicamente la casuística permitirá identificar los casos en los que dicha nomenclatura tenga una

pertinencia en cuanto a su aplicabilidad. Por cuanto “el desarrollo de nuevas técnicas beneficiosas en el aspecto social –como la medicina-, energético e industrial trae frecuentemente un incremento del riesgo de daños a bienes jurídicos.” (Donna, 2008, p. 244).

Respecto a este particular, el jurista ecuatoriano Flavio Sánchez sostiene que “no se podría hablar jamás de homicidio culposo en el ejercicio profesional de un constructor, arquitecto, ingeniero, economista” (2015, p. 72). Idea que podría claramente ser dejada sin valor al recordar las ya previamente mencionadas reglas de interpretación de la ley penal que se hallan contempladas en la norma penal ecuatoriana.

No obstante, se debe tener claro que el primer supuesto del tipo penal es el ejercicio de una profesión, por lo cual, si en el desarrollo de la misma, cualquiera sea su naturaleza, se llega a verificar como resultado de tal actividad profesional, una muerte, siempre que haya sido de manera culposa, y cuando además se cumplan el resto de supuestos contenidos en la norma, esta será indudablemente aplicable a cualquier profesión.

Una vez abordada la figura desde su concepción estrictamente normativa, es necesario proceder a un análisis de carácter doctrinario, abarcando las categorías dogmáticas de la infracción, para poder asimilar su estructura de forma apropiada.

1.1.3 Concepción doctrinaria

De igual forma, dicho análisis debe realizarse de la mano con su pertinencia dentro de la normativa ecuatoriana, para lo que se debe acudir, de manera paralela, a la normas que rigen a dicha figura. Se tendrá así pues una idea amplia y precisa de la estructuración del homicidio culposo por mala práctica profesional, así como los principios en los que se ha encontrado el fundamento para su tipificación dentro del Ecuador.

1.1.3.1 Tipo de infracción

La normativa ecuatoriana ha contemplado dos tipos de infracciones penales, las mismas que encuentran su denominación de acuerdo con la pena a la que son merecedoras.

Así, el COIP establece en su artículo 19, que las infracciones que cuya sanción sea una pena privativa de la libertad mayor a 30 días, se considera delito y no como contravención, puesto que esta última denominación está dada para las infracciones cuya pena privativa de libertad, no alcanza ese tiempo de sanción.

1.1.3.2 Modalidad de la conducta

En lo que atañe a la generación del delito por parte del responsable del mismo, se sostiene que “la conducta humana, base de toda relación jurídico penal, se manifiesta en el mundo externo tanto en actos positivos como en omisiones” (Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 214). Lo que además guarda relación con lo establecido en el Código Integral Penal, al decir que “la conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión” (Art. 23).

Por lo tanto, de la forma más sencilla, se puede establecer que la acción debe ser asimilada como un acontecimiento que ha sido “dirigido por las específicas capacidades humanas, o sea, el intelecto y la voluntad” (Fernández, 1997, p. 11).

En razón de las citas previamente referidas, se puede colegir que las actuaciones humanas que importan al derecho penal no son únicamente las que se realizan, sino además las que, en ciertos casos, se dejan de realizar.

Respecto de dicha postura, la doctrina sostiene que:

“El derecho penal no sólo contiene normas prohibitivas sino también, aunque en menor medida, normas imperativas (...) Así, si la norma es

prohibitiva, la conducta que la infrinja consistirá en una acción en sentido estricto, en un hacer (norma prohibitiva: no matar; conducta que la infringe: matar); pero si la norma es imperativa, la conducta que la infrinja consistirá en un no hacer la acción que la norma ordena (norma imperativa: socorrer; conducta que la infringe: no socorrer)” (Muñoz y García, 2010, p. 237).

En tal virtud, cabe determinar si la figura penal contenida en el artículo 146 del COIP es de aquellas cuya comisión puede darse por acción u omisión, para lo cual debe tenerse en cuenta, la infinita cantidad de posibilidades que se pueden presentar en la casuística, que dejarán concluir que , ya sean acciones u omisiones, ellas “están movidas por un intrincado y complejo proceso de concientización e inteligenciamiento (...) frente a la cual el individuo asume una posición psico-cognoscitiva, conductual y de relación refleja” (Rumiguango, 2009, p. 88).

No obstante, la lectura del numeral 2 del artículo contentivo de la figura de homicidio culposo por mala práctica profesional, al referirse a reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión, podría ayudar a llegar a una conclusión.

Así, si por ejemplo la regla técnica aplicable referida en el tipo penal del artículo 146 del COIP fuese, por nombrar alguna, un protocolo de salud, en caso de que la muerte sea consecuencia de que el profesional de salud hubiera hecho algo que no estaba determinado en el protocolo, se podría pensar que se trata de un delito de acción; mientras que, por otra parte, si al haber el galeno dejado de realizar una acción establecida en el protocolo, la muerte del paciente, podría decirse, sería el resultado de un delito de omisión.

Por todo lo mencionado anteriormente, se puede llegar a creer que el homicidio culposo por mala práctica profesional podría ser tanto de acción, así como de omisión, dependiendo de las características bajo las cuales acaeció el hecho específico materia de juzgamiento penal.

A fin de entender de mejor manera la modalidad de la conducta dentro del tipo penal objeto de estudio, Muñoz Conde y García explican que “(...) aun cuando exista infracción de un deber, si la lesión del bien jurídico se produce por una acción habrá un delito comisivo o activo, no uno de omisión” (2010, p. 237).

Así, luego de analizar tanto la definición legal como la doctrinaria respecto de la conducta, es evidente que se trata de una figura penal que puede verificarse mediante acción u omisión, según sea el caso.

Sin perjuicio de que la figura en cuestión contenga la palabra “ejercicio” y este se pueda entender como una acción en sentido estricto, serán los hechos específicos producidos por el imputado, como los momentos en los que la falta de acción del profesional sean determinantes para la generación de la muerte del sujeto pasivo del delito, los que determinarán una acción o una omisión, en base al curso causal de la infracción.

Así, se puede afirmar que serán los operadores de justicia, los llamados a, por medio de sus conocimientos y experiencia, interpretar la naturaleza del perfeccionamiento del injusto penal, lo cual para el caso de la sentencia, no será determinante, dado que no existe diferencia alguna en cuanto a la consecuencia que, ora por acción, ora por omisión, se haya verificado en base a las características previstas en el tipo penal.

No obstante, es clave entender que la correcta interpretación del hecho por parte de los juzgadores, conjuntamente con la pertinente asimilación de dicho hecho respecto de la norma, le permitirá a estos dar una mejor estructura a su decisión, especialmente en lo referente a la motivación, que es eje fundamental dentro de todas las decisiones públicas.

Finalmente, en lo referente a la determinación de la conducta, es imperativo considerar que, de manera ineludible, dentro de las distintas posibilidades fácticas presentadas en cada caso se deberán tomar en cuenta las causas que

pueden excluir la configuración de la conducta objeto de análisis jurídico. Las mencionadas causas se encuentran contempladas de manera expresa por el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y en el caso que una de ellas se haya verificado, mal se podría hablar de la existencia del delito.

1.1.3.3 Tipicidad

A modo de aproximación a la terminología que atañe a la tipicidad, se puede encontrar que, por ejemplo, de forma muy general, el COIP determina que “los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes” (Art. 25).

Dicha norma, lejos de definir a la tipicidad, parece remitirse de forma más sencilla a la figura del tipo penal, la cual solo configura uno de los elementos que forman parte de esta categoría dogmática.

Así, el homicidio culposo por mala práctica profesional, al igual que la del resto de infracciones penales típicas por el Código Orgánico Integral Penal, conlleva características sumamente particulares, que la definen y caracterizan.

Bajo ese orden de ideas, se tiene por ejemplo la siguiente denominación doctrinaria respecto de la tipicidad:

“es un terreno de conflicto en el que colisionan el poder punitivo y el derecho penal, pues mientras el primero quiere habilitar mayor ejercicio arbitrario, el segundo procura su limitación racional, dando lugar a que el tipo sea una moneda de dos caras: a) en tanto que para el poder punitivo es un instrumento que habilita su ejercicio, b) para el derecho penal es una herramienta para limitarlo.” (Zaffaroni, Alagia y Slokar 2006, p. 341)

Lo manifestado en la precitada afirmación, se corrobora en el caso de estudio al ver que dentro del tipo del homicidio culposo por mala práctica profesional, las mismas características propias del tipo, como son las que le puede dar la calidad de calificado al delito, son las mismas que asegurarán que en caso de no verificarse, no se pueda configurar el injusto penal.

Si bien esas dos aristas son claramente identificables en la práctica, la primera del legislador y, la segunda, del juzgador, se he llegado a mencionar además, una tercera característica a la que Muñoz Conde y García Arán (2010, p. 252) denominan como “función motivadora general”, mediante la cual el tipo penal actúa como elemento de direccionamiento de las conductas que las personas podrían tomar al conocer las consecuencias que las mismas pueden acarrear.

Esta tercera característica del tipo penal, se puede entender como la intención que el legislador ecuatoriano tuvo al establecer que la actividad profesional, conlleva consecuencias en caso de que no se cumpla con la misma de manera adecuada, lo que podría generar, si se lo toma de manera positiva, una suerte de alerta por parte de los profesionales que sabrán que no pueden tomar a la ligera las actividades que realizan. Aunque, esto, ya en el ámbito práctico podría ser tenido como un arma de doble filo, puesto que la idea de los profesionales en su accionar, será la de verse previamente señalados como peligrosos.

Así, se tiene ya una diferenciación entre lo que es la tipicidad, la tipificación, y el tipo penal, términos que muchas veces se utilizan de manera indistinta por entenderse que son lo mismo, cuando ese no es el caso, ya que mientras la primera hace referencia a la relación entre un hecho con la norma, la segunda tiene que ver con una facultad legislativa y, finalmente, el tercero es el producto de dicha actividad, es decir, la descripción de una norma.

Toda vez que han sido revisadas las funciones del tipo, se debe ahora hablar de los elementos que lo conforman, es decir la división de las partes que le dan

sentido y forma, para que estas puedan dar paso a un ejercicio de interpretación y juzgamiento deseable.

Así se establece que, de manera general, existen elementos interpretables y elementos valorativos. Clasificaciones respecto de las cuales, en cuanto a sus diferencias, se manifiesta:

“Al realizarse el juicio de tipicidad, aparecen elementos que se individualizan con el lenguaje común (mujer por ejemplo), con el científico (como estupefaciente) o con el jurídico (como funcionario). Todos ellos son elementos interpretables que puede llamarse descriptivos sólo en atención a la tradición” (Zaffaroni et al., 2006, pp. 344).

De lo expuesto, se colige que dichos elementos son aquellos cuyo entendimiento no necesita un juicio de valor por parte del juzgador ya que la condición como tales se las da una definición clara sin importar del ámbito en el que esta pueda ser encontrada.

En el caso del homicidio culposo por mala práctica profesional, se pueden encasillar dentro de esta denominación, los siguientes términos: “persona”, “deber objetivo de cuidado”, “profesión” y “muerte”, en lo referente al primer tipo de homicidio culposo por mala práctica profesional previsto en el artículo 146 del COIP.

Esto, por cuanto dichos términos deben ser interpretados o definidos, por parte del juzgador, mediante distintas normas, ora contenidas en el COIP, ora fuera de este, las que harán que su comprensión dentro del caso específico sea lo más apropiada posible.

Así, tomando el ejemplo del deber objetivo de cuidado, es importante tener en cuenta que “la norma de cuidado se convierte en el nervio central del ilícito

imprudente, a través de cuya infracción se genera un riesgo típicamente relevante para los bienes jurídicos” (Castillo, 2007, p. 44).

Por lo tanto, se infiere que el deber objetivo de cuidado está determinado a través de normas especiales de conducta como pueden ser, por ejemplo, las normas de seguridad industrial, de construcción o de procedimientos médicos, contentivas de lo que se denomina como “lex artis”.

Cabe señalar que, estos aspectos no constituyen en sí una prueba de la infracción del deber objetivo de cuidado, ya que la sola verificación del resultado, como es la muerte en el caso que atañe al presente documento, no es garantía de que se haya inobservado el deber objetivo de cuidado.

Por otra parte, en lo que respecta al segundo escenario contenido en el artículo 146 del COIP, se podría agregar como elemento interpretable el concepto de las acciones innecesarias peligrosas e ilegítimas.

Bajo esta perspectiva, las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas concurren cuando se realiza una conducta contraria al cuidado objetivo, porque resulta contraria al cuidado objetivamente debido, toda vez que “esta conducta solo puede ser imputada siempre que haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en la producción de un Estado” (Yavar, 2015, p. 361).

No obstante, es clave entender que, por ejemplo, dependiendo del campo de acción profesional del imputado, algunas características que pueden ser interpretables, como un protocolo médico, podrían ante la ausencia de instrumentos que determinen o definan las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, pasar a ser un elemento valorativo, que finalmente será determinante en lo que respecta a la graduación de la pena impuesta por parte del juzgador.

Es sumamente interesante ver como el Estado ecuatoriano, por medio del órgano legislativo, ha adoptado la decisión de contener al dolo y la culpa dentro de la tipicidad, dándoles la calidad de elementos subjetivos de la misma.

Así, la norma hace referencia a la premisa por la cual incurre en culpa, quien “(...) infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso.” (Código Orgánico Integral Penal, art. 27).

Adicionalmente, el mismo artículo 27 del Código Integral Penal, que se ha citado en el párrafo que antecede, señala que la culpa es punible cuando ella se encuentra tipificada como infracción en dicha norma (2014). Dicha afirmación se verifica en cuanto se lee la redacción del art 146, que expresamente le da a la figura de homicidio culposo por mala práctica profesional, tal condición.

La doctrina amplía la definición de culpa, estableciendo que esta se presenta cuando se ha producido “un resultado típico y antijurídico, previsible y evitable, a consecuencia de haber desatendido un deber de cuidado que le era exigible” (Yavar, 2015, p. 89).

Es decir que, como conclusión se debe asimilar que, de existir una prohibición contenida en una norma, reglamento o instructivo, especialmente dentro de una actividad realizada por un profesional, su conducta ha de estar adecuada a tal prohibición, así como también a lo que dichas normas le exijan respecto de su actuación, dependiendo el caso específico.

1.1.3.4 Antijuridicidad

Esta es la siguiente característica que corresponde disgregar respecto del homicidio culposo por mala práctica profesional. Respecto de la cual, por su propia redacción se entiende su sentido de contrariedad a lo jurídico, esto es, a la norma.

Por lo tanto, a fin de tener un acercamiento con la concepción más básica de lo que implica la idea de la antijuridicidad debe revisarse el contenido del artículo 29 del COIP, el cual establece que “para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código”.

Del propio texto normativo, se desprende que en el caso del homicidio culposo por mala práctica profesional, la simple amenaza no perfecciona la conducta, pues la naturaleza de la misma determina que el presupuesto básico para poder verificarla es la muerte de una persona.

Se puede decir, con total certeza, que la antijuridicidad en relación al homicidio culposo por mala práctica profesional, se identifica en el momento en que se produce lesión del bien jurídico que es la vida, y nunca antes de aquel hecho.

Para aseverar la idea de la contrariedad de la conducta respecto de la norma, se puede tomar en cuenta la definición que otorga el jurista Edgardo Alberto Donna, quien explica que la antijuridicidad “es la constatación o verificación de que el hecho típico producido es contrario al ordenamiento jurídico (...) que el autor de un hecho típico ha infringido una norma que está exigiendo su validez” (2008, p. 244).

Parece entonces que la antijuridicidad del homicidio culposo por mala práctica profesional, radica en la idea que tiene el profesional implicado, de que cualquier acto que tenga como resultado la muerte de una persona, se encuentra reñido con las normas. Ni siquiera se necesita pretender que dicha idea la haya obtenido como producto de su formación académica, sino que más bien, dicha concepción va arraigada en el subconsciente de las personas, quienes desde su infancia, sin importar la formación que vayan adquiriendo a lo largo de sus vidas, adoptan la idea de atentar contra la vida de otra persona, quizás como el acto más repudiable que puede existir.

Como se ha venido mencionando en reiteradas ocasiones, la casuística puede devenir en situaciones sumamente particulares respecto de las cuales, el simple hecho de pretender abarcarlas o ejemplificarlas en su totalidad, en lo que respecta a un acto penalmente relevante, resulta imposible.

Finalmente, en lo que respecta a la antijuridicidad, siempre se deberán tomar las situaciones o hechos particulares que constituyen que puedan presentarse y que configuren la exclusión de la mencionada antijuridicidad, ya que, de ser ese el caso, no existiría infracción alguna.

El Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, sostiene lo siguiente:

“no existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa. Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal” (2014, art. 30).

En virtud de lo expuesto, se puede concluir que será pertinente realizar el análisis correspondiente de cada caso a fin de poder determinar si las causas de exclusión de la antijuridicidad se podrán aplicar al mismo.

1.1.3.5 Culpabilidad

Aunque la conducta generada por el profesional de la salud haya sido típica y antijurídica, todavía no puede ser merecedora de una sanción, pues como es conocido por todos, se debe además establecer la culpabilidad dentro del hecho. Así, se establece que:

“Para la imposición de una pena, principal consecuencia jurídico-penal del delito, no es suficiente con la comisión de un hecho típico y antijurídico. Como se deduce de algunos preceptos del Derecho penal vigente en cualquier país civilizado., la comisión de un hecho delictivo,

en el sentido de un hecho típico y antijurídico, no acarrea automáticamente la imposición de una pena. (...) Ello demuestra que, junto a la tipicidad y a la antijuricidad, debe darse una *tercera categoría* en la Teoría General del Delito, cuya presencia es necesaria para imponer una pena” (Muñoz y García, 2010, p. 214).

Bajo este orden de ideas, se vuelve confuso el lograr diferenciar a los elementos que determinan la antijuricidad, y que fueran previamente disgregados; en relación a las partes que constituyen estructuralmente a la característica de la culpabilidad.

Así, respecto a dicha categoría dogmática, Ramiro García Falconí sostiene que, cuando existe culpa, el sujeto se da cuenta de la existencia del peligro concreto para el objeto protegido de la acción (2014, p. 271).

Dicha idea se encuadra entonces, aunque parcialmente, con la definición normativa que se le da a la culpabilidad, respecto de la cual el Código Orgánico Integral Penal, de forma muy breve, establece que “para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuricidad de su conducta” (Código Orgánico Integral Penal, art. 34).

Por lo expuesto, de las normas e ideas previamente referidas se desprende la clara idea de que la culpabilidad viene a ser el segundo de los elementos que deben concurrir a fin de que la persona que ha cometido un hecho penalmente relevante pueda ser merecedora de una pena, para lo cual se deberá verificar la imputabilidad.

Entonces, una vez que se ha determinado la antijuricidad del hecho objeto de un análisis jurídico penal, se vuelve imperativo verificar la imputabilidad del hecho punible, respecto de la cual, Zaffaroni y otros (2006, pp. 507-508). detallan lo siguiente:

“Es un juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor (...) considerando el ámbito de autodeterminación con que actuó (...) por suerte, tenemos personalidades, entrenamientos, fortuna, sexo, fuerza, instrucción, habilidades, edades y capacidades muy diferentes entre nosotros.”

De la referida cita ya se infiere de mejor manera la explicación, la cual deja ver que son las características personales del sujeto activo, las que permitirán vislumbrar su culpabilidad respecto de la conducta que se le atribuye. Es pertinente pensar entonces que dichas características deberán ser valoradas respecto del momento específico que acaeció el hecho.

No obstante, todos los esfuerzos interpretativos deberán apuntar a clarificar si al profesional, respecto de la figura del homicidio culposo, según palabras de Galo Rumiguango, “le era exigible obrar de manera que evite la conducta infraccional” (2009, p. 65).

Claro está que dicha exigibilidad, en este tipo de situaciones donde el profesional afectó directamente, más sin intención, la vida de una persona, es claramente identificable de manera objetiva, puesto que, dentro de dichas situaciones, “los riesgos de dañar exceden por mucho cualquier ganancia posible” (Moore, 2011, p. 200).

Esto implica que, como se ha venido sosteniendo a lo largo del análisis de las distintas categorías dogmáticas, tanto la interpretación como la correcta aplicación de los principios legales que guardan relación con la culpabilidad estarán dadas por los hechos particulares presentados en cada caso. Así, de dicha interpretación, por ejemplo, se puede pensar que en alguno de los casos no se pueda sancionar a la persona imputada, más allá de que indudablemente se le atribuya el cometimiento del delito.

1.1.3.6 Ejecución

Al ser la figura penal contenida en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal un delito culposo, según se desprende de la propia redacción del tipo penal que ha sido analizado hasta este punto del presente capítulo, mal se podría hablar de la tentativa como característica aplicable a la figura.

Es imposible que exista tentativa de homicidio culposo por mala práctica profesional, pues esta característica le es intrínseca a los delitos que, de una u otra forma, se han buscado generar o producir por parte del sujeto activo, es decir el profesional al que hace referencia.

A fin de aclarar esta idea, es menester recurrir a lo que establece la norma penal acerca de la tentativa, respecto de la cual sostiene:

“Tentativa es la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito” (Código Orgánico Integral Penal, art. 39).

Es claro que, al comparar el contenido de la norma con los presupuestos fácticos del homicidio culposo por mala práctica profesional, su incompatibilidad se vuelve innegable.

Esto, porque en un primer escenario, si no se consuma el delito o el resultado no se verifica, esto implicaría la ausencia de una víctima, por lo que nunca se podría hablar de un homicidio culposo por mala práctica profesional en sí mismo, y, consecuentemente, la tentativa queda excluida.

En ese caso, se podría analizar el hecho desde la configuración de otro tipo de conducta, como puede ser un delito por lesiones pues ya no habría la culminación de la vida del sujeto pasivo del delito.

Bajo la misma lógica, en el segundo escenario se contempla la idea del dolo dentro de la actuación por parte del sujeto activo, lo que la hace aún más inaplicable puesto que, una vez más, dicha característica está expresamente excluida de la configuración de cualquier delito culposo.

Así, una vez que se ha llegado al fondo de la descripción del tipo penal del homicidio culposo por mala práctica profesional, no solo desde el punto de vista estrictamente legal, sino además doctrinario, corresponde ahora hablar de las consecuencias jurídicas que la verificación de dicha conducta conlleva.

1.2 Penas aplicables al homicidio culposo por mala práctica profesional

1.2.1 Generalidades

En el supuesto que se haya configurado la conducta tipificada en el artículo 146 del Código Orgánico Penal, y que además, de manera conjunta, la responsabilidad que se desprende de dicha conducta pueda ser atribuible al profesional, es claro que se está frente a un escenario en que deben existir consecuencias jurídicas. Esto significa, en el ámbito del Derecho Penal, que se deben aplicar las penas correspondientes.

Es así que corresponde abarcar un análisis de la figura de la pena desde su concepción doctrinaria, a fin de reconocer la motivación de su aplicación, los fines que persigue y sobre todo la efectividad que puede llegar a tener en el ámbito del Derecho Penal.

En la mayoría de personas que conforman una sociedad, parece instalada la idea de que la cantidad de acciones contrarias a Derecho disminuye por el

simple hecho de que existan penas percibidas como rigurosas o ejemplificadoras.

Así, específicamente en lo referente a las infracciones de carácter penal, en el subconsciente colectivo, se tiene a la concepción de aplicar la privación de la libertad de quien ha cometido un injusto penal, como la primera y única opción para castigarlo, sea cual fuere la naturaleza y las condiciones del hecho.

Un claro ejemplo de dicha postura se encuentra en las ideas de Thomas Hobbes, quien siendo citado por Isler Soto, refiere:

"(...) el castigo previamente conocido, si no es lo suficientemente grande como para detener a los hombres de la acción, es una invitación a ella: pues cuando los hombres comparan el beneficio de su Injusticia con el daño de su castigo, por necesidad de naturaleza escogen aquello que parece mejor para sí mismos " (2013).

Dicha aseveración parece difícil de comprobar, pues habría que preguntarse si las personas no cometen un delito por el miedo a la sanción que les será aplicada, o si simplemente no lo hacen por la idea de que es natural no generar un daño al resto y que se debe respetar el orden social.

Siendo ese el presupuesto fáctico, corresponde entonces esclarecer qué sanciones son las que se pueden aplicar al caso del homicidio culposo por mala práctica profesional, y cuál es la finalidad que a través de su aplicación persigue un Estado como el ecuatoriano, cuyo poder punitivo ha de estar limitado por los presupuestos del acaecimiento del hecho, evitando así, los que Carlos Isler Soto señala como "castigos que sobrepasen lo necesario para disuadir a los posibles delincuentes" (2013, p. 698).

Esta idea de limitar el accionar del Estado, también se verifica cuando, dentro de un procedimiento penal, en el que se está poniendo en juego nada menos

que la libertad de una persona, se deben tomar en cuenta, inexorablemente, “los principios del derecho penal mínimo a fin de evitar condenar a toda costa a una persona inocente así como no exacerbar el uso del poder punitivo” (Pazmiño, 2014, p. 15).

Uno de dichos conceptos, aunque su fundamentación podría parecer obsoleta a la luz de un mundo en el que el respeto a la persona y su dignidad es la premisa fundamental, es el siguiente:

"ha cometido un asesinato, tiene que *morir*. No hay ningún equivalente que satisfaga a la justicia. No existe *equivalencia* entre una vida, por penosa que sea, y la muerte, por tanto, tampoco hay igualdad entre el crimen y la represalia, si no es matando al culpable por disposición judicial, aunque ciertamente con una muerte libre de cualquier ultraje que convierta en un espantajo la humanidad en la persona que la sufre" (Kant, 1989, p. 168).

De la precitada idea, se puede inferir la brutalidad con la que el derecho penal puede llegar a actuar si lo considerase necesario, y la postura que distintas sociedades han tomado en la búsqueda del orden social, en busca de evitar a toda costa la posibilidad de que el crimen vaya creciendo dentro de dichas sociedades.

Tanto la postura de Kant como la de Hobbes continúan siendo aplicadas actualmente, entendiendo que mientras para el primer autor la pena no persigue un fin preventivo, sino de puro y simple castigo y venganza; el segundo autor tiene una postura, si se quiere, esperanzada, de que a mayor pena menos delitos, ya que promueve la concepción de que por temor a la pena, disminuye el deseo de delinquir y ser merecedor de dicha pena.

No obstante se debe tener en cuenta, que en un Estado que se declara respetuoso y garantista de los derechos que son inherentes a sus ciudadanos,

como lo es el Ecuador, el derecho penal que forma parte de su estructura social-normativa, según advierte Luigi Ferrajoli, “nace no como desarrollo, sino como negación de la venganza; no en continuidad, sino en discontinuidad y conflicto con ella” (1998, p. 333).

Por todo lo expuesto, bien se podría sostener que si las víctimas fueran, en su momento, las encargadas de legislar en temas de derecho penal, indudablemente las penas serían todavía más graves de las ya instauradas.

Sin embargo, en ocasiones, este sentimiento de pura venganza se puede llegar a apoderar del legislador, quien, al pretender satisfacer los deseos colectivos, por la presión social ejercida desde distintos puntos de la sociedad, podría terminar legitimando en las leyes tales intenciones.

Por el contrario, en un plano racional, dicha sed de venganza debe ser canalizada, pormenorizadamente, ya que deben establecerse ciertos principios, límites que el legislador debe observar al momento de emitir su criterio, pues la solución a un conflicto dentro del derecho penal no puede sin más, acabar en la emisión de una pena privativa de libertad, sino que ha de procurar observar las reglas del ordenamiento jurídico.

Es así que entonces, según lo expuesto por Fuentes, más allá del innegable “interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos (...) la justa medida de la pena se configura como un principio rector de todo el sistema penal” (2008, pp. 19 - 20).

Bajo esta perspectiva, Silva señala que la pena no solo debe tomar en cuenta los elementos relativos al hecho, sino que adicionalmente, debe estar elaborada tomando en cuenta los principios político criminales que rigen al Estado (2008, p. 3), que en el caso del Ecuador, según se desprende de los principios señalados en la norma penal, son fundamentalmente preventivos.

Asimismo, si se toma en cuenta el marco constitucional ecuatoriano, se debe considerar las ideas que pretenden modernizar la idea de las penas y que se ajusten a dicha normativa, tal y como ya lo señalaba Creus, quien sostiene que

“sin duda alguna, la actual doctrina penal, intensificando los estudios de política penal, se halla en la búsqueda de un nuevo sistema de penas. Se considera que el clásico, basado sobre la pena privativa de libertad, no cumple las expectativas” (1992, p.457).

Una vez que se ha analizado los rasgos característicos de las penas en la doctrina, corresponde hacer una revisión de la norma ecuatoriana en cuanto a la aplicación de las penas en lo referente al artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal.

1.2.2 Las penas establecidas por la legislación ecuatoriana

El Código Orgánico Integral Penal vigente en el Ecuador 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 (art. 51)

Corresponde entonces discernir qué tipo de penas y de qué forma estas pueden ser aplicadas en base al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Así, el artículo 58 del cuerpo normativo antes mencionado, señala expresamente que “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” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Esto, de conformidad con el artículo contentivo de la figura del homicidio culposo por mala práctica profesional, el cual ya fue tratado a profundidad en la primera parte del presente capítulo de este escrito, el cual en lo que atañe a las

penas que le son aplicables, ya se vio que se tienen dos escenarios, respecto de los cuales el Código Orgánico Integral Penal (2014) manifiesta, en las partes pertinentes de aquella norma, lo siguiente:

“Art. 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional.- La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. (...) Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.”

De la cita que antecede se infieren dos situaciones en las que las penas que han sido previstas para las mismas, son, según se infiere de su propia denominación, privativas de la libertad. Se debe, consecuentemente, determinar si en ambos casos, dichas penas son de carácter principal o son accesorias.

Respecto a tal particular, esto es a las penas principales o accesorias, Muñoz Conde y García Arán establecen que “lo primero ocurre cuando el Código las señala expresamente para determinados delitos y lo segundo, cuando sin imponerlas especialmente, declara en preceptos generales que determinadas penas van acompañadas de otras como accesorias” (2010, p. 505).

Por lo tanto, se infiere que la naturaleza de la pena privativa de la libertad, en ambas situaciones previstas respecto del homicidio culposo por mala práctica profesional es la de una pena principal, sin importar cuál de los dos supuestos se termine verificando.

Paralelamente, la norma contentiva de la figura del homicidio culposo por mala práctica profesional, señala entre la descripción las dos situaciones previstas en el mismo, que “(...) el proceso de habilitación para volver a ejercer la

profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley(...)" (Código Orgánico Integral Penal, art. 146).

Lo curioso de dicha redacción, es el hecho que no exista, dentro del precitado artículo, referencia expresa alguna a la inhabilitación profesional, cuando lo que sí se toma en cuenta es el proceso de habilitación para volver a ejercer.

Es decir que, por una parte se establece que existirá un proceso de habilitación profesional, pero previamente no existe una determinación concreta de la aplicación de la figura de inhabilitación profesional, en cuanto a si la misma se aplica solo al primer escenario del artículo 146 o a ambos supuestos contenidos en ese artículo.

Respecto a este particular, Paulina Araujo Granda señala:

“Téngase presente que en ambas figuras, el proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, “será determinado por la ley”, a pesar de que el artículo 65 del COIP (...) determina que el tiempo se establecerá en cada tipo penal” (2014, p.304)

Así, se tiene por una parte, una norma con una notoria imprecisión en su texto, sumado a una gran incertidumbre generada respecto a la aplicación de una figura que estaría implícitamente involucrada en el problema jurídico específico.

1.3 La inhabilitación profesional

1.3.1 Generalidades

Como quedó plasmado en líneas que anteceden, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no solo ha previsto penas privativas de la libertad a fin de poder

sancionar infracciones penales. No obstante, de manera paralela, se contempla que existen otro tipo de penas, que son las siguientes:

“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 podrá imponer una o más de estas sanciones, sin perjuicio de las penas previstas en cada tipo penal” (Código Orgánico Integral Penal, art. 60).

A fin de poder determinar la naturaleza de las mencionadas consecuencias jurídicas establecidas por el Código Orgánico Integral Penal, se debe recurrir a un concepto esbozado por Roxin, quien señala que “la diferencia entre pena principal y accesoria consiste en que las penas principales pueden imponerse en su caso por sí solas, mientras que las penas accesorias sólo se pueden imponer junto con la condena a una pena principal” (1997, p. 41).

De lo mencionado se colige que, sin duda, las penas no privativas de la libertad tienen el carácter de accesorias.

Asimismo, como se analizó previamente, el artículo 146 del COIP habla de una habilitación para volver a ejercer la profesión, respecto a la cual, debería existir como requisito previo una inhabilitación. Es decir, no puede haber habilitación sin haberse dado previamente una inhabilitación. En todo caso, ambas situaciones tendrían que llevarse a cabo, tomando en cuenta las condiciones específicas de la profesión que ostente la persona imputada por un homicidio culposo por mala práctica profesional.

Consecuentemente, es menester revisar el concepto que la norma y la doctrina han dado a la figura de la inhabilitación profesional a fin de poder comprender la aplicabilidad práctica que se le está dando a dicha figura dentro del sistema de justicia ecuatoriano, lo cual se aborda a continuación.

1.3.2 Concepción en la normativa ecuatoriana

El Código Orgánico Integral Penal establece, en su parte pertinente:

“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” (2014).

De tal redacción, se puede colegir que la figura de la inhabilitación profesional se puede aplicar en varios casos, siempre de manera accesoria, en concordancia con lo establecido por la parte final del artículo 60 del COIP. Así, dentro de los antes mencionados casos se tienen, a manera de ejemplo, los que a continuación se detallarán, con la finalidad de comprender la aplicación del artículo 65 a lo largo del Código Orgánico Integral Penal.

a) Extracción y tratamiento ilegal de órganos y tejidos

El Código Orgánico Integral Penal establece distintas penas según la configuración de dicho delito, y específicamente, en lo que guarda relación a la inhabilitación profesional, señala que “si la persona que comete la infracción es un profesional de la salud, quedará además inhabilitado para el ejercicio de su profesión por el mismo tiempo de la condena, una vez cumplida ésta” (art. 95).

b) Producción, fabricación, comercialización y distribución de medicamentos e insumos caducados

Respecto a esta temática, el articulado del COIP ha contemplado lo siguiente:

“La persona que expendo o despache medicamentos caducados y con ello ponga en peligro la vida o la salud de las personas, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años e inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio por seis meses” (Art. 217).

c) Prevaricato de las o los jueces o árbitros

En lo que atañe al campo de la actividad judicial, la norma penal vigente en el Ecuador señala:

“Las o los miembros de la carrera judicial jurisdiccional; las o los árbitros en derecho que fallen contra ley expresa, en perjuicio de una de las partes; procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda, en la sustanciación de las causas o conozcan causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogadas o abogados, procuradoras o procuradores, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Se impondrá además la inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio por seis meses” (Código Orgánico Integral Penal, art. 268).

d) Ejercicio ilegal de la profesión

Dicha situación guarda relación con el hecho de ejercer una profesión sin tener título que la avale, y, con respecto a la misma, se tiene lo siguiente:

“art. 330.- Las o los profesionales que favorezcan la actuación de otra persona en el ejercicio ilegal de la profesión, serán sancionadas o sancionados con pena privativa de libertad de tres meses a un año e inhabilitación del ejercicio de la profesión por seis meses.” (Código Orgánico Integral Penal)

En todos los casos a los que se ha hecho referencia, se identifica una congruencia normativa respecto del mandato legal contenido en el artículo 65 del COIP, ya que el cometimiento de dichos delitos guarda directa relación con el ejercicio de una profesión, pero sobre todo porque de manera expresa se establece el tiempo por el cual se configurará la correspondiente inhabilitación y que deberá ser declarada por la autoridad judicial en la sentencia correspondiente.

Cabe señalar, que de manera llamativa, en la norma penal ecuatoriana se identifican infracciones penales que conllevan inhabilitaciones que no guardan relación con una profesión, sino más bien de un oficio, de un cargo público o de una dignidad, con su respectiva aplicación en casos específicos; de lo cual se infiere que la norma podía haberlas tratado de definir de manera individual, realizado una diferenciación de cada una de ellas por separado, a fin de garantizar una mejor aplicación de la figura dependiendo el caso.

Por otra parte, se identifica dentro del articulado del COIP una norma dentro de la cual, por el contrario a las previamente citadas, aunque el delito que contiene guarda relación directa con una actividad profesional, no se hace referencia alguna a la posibilidad de establecer la inhabilitación.

Corresponde entonces revisar el artículo 218, referente a la que señala lo siguiente:

“Desatención del servicio de salud.- La persona que, en obligación de prestar un servicio de salud y con la capacidad de hacerlo, se niegue a atender a pacientes en estado de emergencia, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si se produce la muerte de la víctima, como consecuencia de la desatención, la persona será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años.

Si se determina responsabilidad penal de una persona jurídica, será sancionada con multa de treinta a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general y su clausura temporal” (Código Orgánico Integral Penal”).

Así, mediante la más simple lectura del artículo que antecede, se puede concluir que aquel cuenta con todos los presupuestos para que se pueda aplicar la figura de la inhabilitación, según los preceptos que contiene, y cabe la duda respecto de la razón por la cual no se consideró la pertinencia de la misma en este caso específico.

Por todo lo hasta aquí expresado, a fin de continuar el análisis integral de la figura de inhabilitación profesional, una vez que se han revisado las normas correspondientes al ordenamiento jurídico interno, se debe pasar a realizar un análisis comparado respecto de normativas de otros países que contemplen en ellas la inhabilitación profesional.

1.3.3 Concepción en la normativa extranjera

A fin de comprender de mejor manera la forma en que la figura de la inhabilitación es tratada, corresponde recurrir a la normativa extranjera, pero principalmente a las distintas normas penales dictadas en realidades similares a la ecuatoriana.

Esto permitirá identificar tanto las similitudes como las diferencias que se le otorgan a la inhabilitación, ya que tal como lo establece Nódier Agudelo Betancur en la presentación de la edición latinoamericana de la clásica obra *De los Delitos y De las Penas*, “la realidad de toda nuestra América Latina: así como nos une un pasado común y una comunidad de intereses hacia el futuro, también son iguales los problemas que plantea nuestra realidad penal” (2006, p.7).

Así entonces se pueden mencionar los siguientes ejemplos que se irán mencionando a continuación:

1.3.3.1 Colombia

La norma positiva de Colombia, en su artículo 46, establece:

“La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio. La pena de inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, se impondrá siempre que la infracción se cometa con abuso del ejercicio de cualquiera de las mencionadas actividades, o contraviniendo las obligaciones que de su ejercicio se deriven” (Código Penal Colombiano, 2000).

De dicha norma se infiere que la aplicación de la figura de la inhabilitación es viable, pero paralelamente se debe llegar a conocer, de manera determinada, cuál es la condición de aplicabilidad de esta figura dentro del territorio colombiano.

Corresponde, consecuentemente mencionar el siguiente artículo del Código Penal de Colombia:

“Duración de las penas privativas de otros derechos. La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio de seis (6) meses a veinte (20) años. La legislación colombiana contempla el ejercicio de inhabilitación profesional la misma que puede durar de seis meses a veinte años” (art. 51).

Se puede identificar como llamativa la cantidad de tiempo que la pena de inhabilitación profesional puede ser aplicada en Colombia, no por su aplicabilidad mínima, sino más bien por la máxima que es de veinte años, lo que configura una sanción sumamente fuerte.

1.3.3.2 Perú

El Código Penal del Perú, norma que lleva 25 años vigente, aunque ha sufrido varias reformas a lo largo de su existencia, en lo referente a la inhabilitación profesional, manifiesta:

“Artículo 36.- La inhabilitación producirá (...):

5. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia. (...)

Artículo 37.- Inhabilitación principal o accesoria La pena de inhabilitación puede ser impuesta como principal o accesoria.

Artículo 38.- Duración de la inhabilitación principal La inhabilitación principal se extiende de seis meses a cinco años” (1991).

De las normas citadas con anterioridad, se puede sacar a relucir la gran diferencia que la aplicación de la inhabilitación tiene, respecto de la aplicación máxima de la misma figura, en relación a la norma colombiana. Esto dado que dicho límite es cuatro veces menor.

1.3.3.3 Chile

En el caso de Chile, la situación respecto de la inhabilitación profesional conlleva un panorama más complejo, dado que su Código Penal, a través de distintos artículos, refiere lo siguiente:

“Art. 21. Penas temporales. Suspensión de cargo u oficio público o profesión titular.

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.

Art. 25. 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.

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.

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.

Art. 491. El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior.

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” (Código Penal Chileno).

En este contexto, se puede apreciar que el legislador chileno, incluso ha llegado a prever la posibilidad de implementar de manera perpetua la figura de la inhabilitación, a diferencia de las dos legislaciones analizadas previamente.

No obstante, se debe revisar el mismo cuerpo normativo antes referido, para entender la verdadera aplicabilidad de dicho tipo de inhabilitación. Así, se tiene que:

“El indulto de la pena de inhabilitación perpetua o temporal para cargos y oficios públicos y profesionales titulares, repone al penado en el ejercicio de estas últimas, pero no en los honores, cargos, empleos u oficios de que se le hubiere privado. El mismo efecto produce el cumplimiento de la condena a inhabilitación temporal” (Código Penal Chileno, art. 44).

De esta norma, se puede destacar que incluso la inhabilitación denominada como perpetua, no es estrictamente tal, puesto que cuando la misma hace referencia a una profesión, más allá de la referida denominación que se le ha otorgado, se podrán recuperar los derechos que se habían perdido.

1.3.3.4 Bolivia

En el caso de Bolivia, la figura de a inhabilitación profesional es la que se describe a continuación:

“Art. 26. Son penas principales:

- 1) Presidio
- 2) Reclusión
- 3) Prestación de trabajo
- 4) Días-multa

Es pena accesoria la inhabilitación profesional.” (Código Penal Boliviano)

Art. 34. La inhabilitación especial consiste en:

(...)

3. La prohibición de ejercer una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de autorización o licencia del poder público.” (Código Penal Boliviano)

Hasta este punto, no se puede identificar ninguna característica especial respecto de la concepción que le ha sido dada a la figura jurídica que atañe al presente documento. Sin embargo, las características diferenciadoras podrían ser las que guardan relación con la aplicación de la inhabilitación.

Así, más adelante, el Código Penal Boliviano explica:

“Se impondrá inhabilitación especial de seis meses a diez años, después del cumplimiento de la pena principal, cuando el delito cometido importe violación o menosprecio de los derechos y deberes correspondientes al

mandato, cargo, empleo o comisión, incompetencia o abuso de las profesiones o actividades a que hace referencia el artículo 34 y se trate de delitos cometidos:

1. Por funcionarios públicos, mandatarios, comisionados, en el Ejercicio de sus funciones.
2. Por médicos, abogados, ingenieros, auditores financieros y otros profesionales en el ejercicio de sus profesiones; o,
3. Por los que desempeñen actividad industrial, comercial o de otra índole.

En los casos anteriores la inhabilitación especial es inherente al tiempo de cumplimiento de la pena privativa de libertad.

El mínimo de la pena de inhabilitación especial será de cinco años, en los siguientes casos:

1. Si la muerte de una o varias personas se produce como consecuencia de una grave violación culpable del deber de cuidado.
2. Si el delito fuere cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.” (art. 36).

De la precitada norma, podría señalarse como un punto interesante el hecho de que el numeral 2 señala a ciertos gremios de profesionales, pero sin que pueda llegar a concluirse la razón por la cual únicamente se menciona a aquellos de manera expresa, cuando al final de la redacción se deja espacio para aplicar la norma al resto de profesiones.

Finalmente, en lo que respecta a las consecuencias jurídicas que produce el cumplimiento de la pena de inhabilitación, se menciona:

“Cumplida la pena de inhabilitación especial, se operará la rehabilitación, sin necesidad de trámite alguno y, tendrá por efecto la desaparición de toda incapacidad, prohibición o restricción por motivos penales” (Código Penal Boliviano, art. 96).

En este punto, es interesante ver como la rehabilitación se cumple por el simple hecho de que el cumplimiento de la pena de inhabilitación se haya concluido, sin que se deba verificar de manera el estado de las aptitudes profesionales de la persona que fue previamente inhabilitada.

1.3.3.5 Argentina

En cuanto al ordenamiento jurídico argentino, específicamente se señala que las penas existentes en el mismo son las de reclusión, prisión, multa e inhabilitación (Código Penal Argentino, art. 5).

En cuanto a la aplicabilidad de la inhabilitación, el articulado contenido por la norma penal argentina establece lo siguiente:

“20.- La inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena. La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena aquel sobre que recayere.

20 bis.- Podrá imponerse inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe:

- 1º. Incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público;
- 2º. Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela;

3º. Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público.

20 ter.- (...) El condenado a inhabilitación especial puede ser rehabilitado, transcurrida la mitad del plazo de ella, o cinco años cuando la pena fuere perpetua, si se ha comportado correctamente, ha remediado su incompetencia o no es de temer que incurra en nuevos abusos y, además, ha reparado los daños en la medida de lo posible.

Cuando la inhabilitación importó la pérdida de un cargo público o de una tutela o curatela, la rehabilitación no comportará la reposición en los mismos cargos.

Para todos los efectos, en los plazos de inhabilitación no se computará el tiempo en que el inhabilitado haya estado prófugo, internado o privado de su libertad” (Código Penal Argentino).

De los artículos que preceden, destaca la característica que determina el hecho de que la inhabilitación está concebida para que su aplicación entre a regir de manera exclusiva con posterioridad al cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

Además, en la normativa argentina se puede diferenciar un artículo sumamente similar al 146 del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, mismo que se detalla a continuación:

“Será reprimido con prisión de uno 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” (Código Penal Argentino, art. 84).

Resalta además en este artículo, lo alto de la duración de la inhabilitación en relación a la pena privativa de la libertad.

Así, esta revisión de distintas normas que rigen en diferentes naciones latinoamericanas, deja ver, a ciencia cierta, las distintas concepciones y utilidades que se le pretendió dar a la figura de la inhabilitación profesional, con base en la política criminal específica que ha adoptado cada país y de qué manera la misma se ve plasmada en sus cuerpos normativos.

Consecuentemente, una vez que se tiene un amplio panorama respecto a la figura de la inhabilitación profesional de manera general, corresponde dar paso al análisis, esta vez no solo doctrinario o normativo, sino además y, sobre todo, crítico en cuanto a la pertinencia que tiene la implementación de dicha figura e la realidad jurídica ecuatoriana, específicamente en los casos que guarden relación con el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal.

1.4 Aplicabilidad de la inhabilitación en el caso del artículo 146 del COIP

A fin de poder llegar a una conclusión apropiada respecto de la aplicabilidad de la inhabilitación profesional en los casos que atañen al artículo 146 del Código Integral Penal, se debe retomar el hecho señalado en páginas anteriores, que dejaba ver una redacción imprecisa, debido a que la misma era muy general en la parte referente a la inhabilitación para volver a ejercer la profesión.

Así, respecto a esta clase de normas dentro de las cuales aparentemente faltan elementos para que se pueda dar un entendimiento integral de los tipos penales contenidos en ellas, Alfonso Zambrano Pasquel hace una diferenciación entre los tipos completos y los tipos incompletos, señalado lo siguiente:

“son incompletos aquellos en los que falta la determinación de la pena y únicamente se limita el legislador a describir la figura delictiva, (...) serán

igualmente incompletas aquellos tipos en los que el legislador no formula la descripción típica, sino que se limita a destacar la pena a imponerse (...)” (2008, p.146).

Posteriormente, el mismo autor se dedica a esclarecer el tema de los tipos penales en blanco, respecto de los cuales manifiesta que “característica de estos tipos es la de determinar la pena y en cuanto a la descripción típica, supeditar ésta a lo que determine una ordenanza, un reglamento u otra ley” (Zambrano Pasquel, 2008. p. 147).

Por lo tanto, si se toman en cuenta las citas mencionadas, en relación con la parte de la norma del COIP que establece que “el proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley” (art. 146), parecería ser que se está ante un caso de una norma, y más específicamente un tipo penal, incompleto y en blanco, ya que no existe referencia expresa dentro de la norma, a la inhabilitación que se deberá aplicar, ni al tiempo por el que puede ser impuesta dicha inhabilitación.

A fin de esclarecer esta encrucijada normativa, se debe analizar qué clases de tipos penales en blanco existen, para poder concluir en última instancia, si el problema jurídico planteado, es asimilable a una de dichas concepciones.

Así, Arroyo Baltán explican lo siguiente:

“se puede hacer las distinciones de las diversas clases de leyes y normas penales en blanco: (...) 2ª. Las que el complemento de la ley o la norma se encuentra en la misma ley que la contiene. 3ª Las que el complemento de la ley o la norma se encuentra contenido en otra ley que emana de la misma autoridad legislativa. 4ª. Las que el complemento de la ley o de la norma está atribuida a otra autoridad. 5ª. Las que el tipo está completo, pero no se fija la pena” (2005, pp. 275-276).

Una vez que se revisan los casos a los que puede subsumirse el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, parecería ser que el segundo caso es claramente aplicable, si se toma en cuenta el contenido del artículo 65 que fuera previamente citado, el cual ordena a los jueces, que a la persona objeto de un procedimiento penal resultante de acciones penalmente relevantes que tengan directa relación con su profesión “una vez cumplida la pena privativa de libertad, la inhabilite en el ejercicio de su profesión, por el tiempo determinado en cada tipo penal” (COIP, 2014).

Dicho supuesto, esto es, el segundo caso de la descripción doctrinaria de los tipos en blanco, si se toma como base la lectura del artículo 65 con relación al 146, aunque ambas normas se relacionan de manera clara, pues tienen como punto en común la actividad profesional que deviene en un acto penalmente relevante, no se complementan, pues ninguno de los dos hace que el restante se termine de perfeccionar ni le otorga un sentido jurídico completo e integral, por lo que queda descartado el que se pueda configurar el segundo tipo de norma en blanco, respecto de la inhabilitación profesional.

De igual manera, si se toma como base el artículo 146, se hace referencia a “la Ley” en cuanto a la determinación de la habilitación para volver a ejercer la profesión, lo que, esta vez en cambio parecería configurar una norma en blanco del tercer caso contenido en la doctrina precitada. No obstante, cabe recalcar que la ley a la que hace referencia dicho artículo, todavía no existe dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, por lo que cualquier tipo de análisis que se pudiera llegar a plantear desde esta perspectiva es impertinente.

Finalmente, se puede sostener, por simple lógica, que ambos artículos analizados en este apartado, estos son el 65 y el 146 del Código Orgánico Integral Penal, podrían entrar en la descripción del quinto tipo de los tipos penales en blanco, en lo relacionado con la idea de la inhabilitación profesional, aunque esto solo llena un vacío descriptivo de dichas normas, sin que se llegue

finalmente a una solución de fondo respecto al problema real que conlleva la aplicación de la inhabilitación profesional.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, es fundamental tener en claro que inclusive, en el supuesto no consentido en el cual la incertidumbre referente a la aplicación de la inhabilitación se llegase a esclarecer, no se vería solucionado el fondo del problema, dado que incluso cuando las dos normas antes referidas llegasen a conectarse de manera apropiada, la inhabilitación profesional, tal y como se infiere del texto del artículo 65, se seguiría aplicando con posterioridad a la pena privativa de la libertad, lo que claramente denota un desatino jurídico dentro del marco constitucional ecuatoriano, en lo que respecta a la aplicación de penas que permitan paralelamente, garantizar los preceptos constitucionales de la rehabilitación social, tal como esta se encuentra contemplada en la norma jurídica fundamental.

Es así que corresponde, una vez señalados de manera clara los hechos que conllevan el acaecimiento de un homicidio culposo por mala práctica profesional, así como las penas que la verificación de aquel ilícito conlleva, toda vez que se identifica el problema constitucional que puede acarrear la posible aplicación de una inhabilitación profesional con posterioridad al cumplimiento de la pena privativa de la libertad, analizar de manera íntegra, los principios constitucionales de los que se infiere dicha incongruencia.

Para tal fin, se debe abarcar el tema de la rehabilitación social tal y como se encuentra concebida en la Constitución del Ecuador, así como en el resto de las normas vigentes y, consecuentemente, aplicables en territorio ecuatoriano.

2. CAPÍTULO II. LA REHABILITACIÓN SOCIAL DE LOS SENTENCIADOS PENALMENTE EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

2.1 Concepto de rehabilitación social

El contexto en el cual el concepto de la rehabilitación social se materializa dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, es aquel en el que cierta conducta de alguna persona ha transgredido una norma impuesta por el órgano legislativo con anterioridad al hecho acaecido y ha sido, además, reconocida como tal por una autoridad competente mediante una resolución o sentencia contentiva de una pena, ya sea esta privativa de libertad o de otra naturaleza. Todo esto en uso de la facultad estatal sancionadora, conocida como poder punitivo.

Por lo tanto, para lograr comprender la idea de la rehabilitación social, resulta imperiosa su disgregación. Se entiende entonces que rehabilitar es, en su concepción más elemental “habilitar de nuevo o restituir a alguien o algo a su antiguo estado” (Real Academia de la Lengua Española).

De manera aún más específica, dado que el entendimiento que se persigue es de naturaleza jurídica, se puede hacer referencia a la definición relacionada con el vocablo habilitar, esto es: “autorizar, reconocer como hábil, apto o capaz para algo” (Cabanelas, 2006).

Siendo así que, la rehabilitación social, en el contexto penitenciario se entenderá como la restitución de una persona, dada su conducta, al estado habitual de convivencia dentro de la sociedad, la cual se halla determinada por las normas existentes en el país y cuya trasgresión motivó la necesidad de rehabilitación del individuo.

Así, se debe entender la mencionada readaptación como el hecho de poder desarrollar nuevamente una vida social lejos de las circunstancias que motivaron el cometimiento de un delito con las aptitudes y capacidades propias de cada individuo.

De lo previamente mencionado, se puede colegir que el concepto de rehabilitación ha estado mayormente vinculado con el campo de la medicina, que a su vez, generalmente la entiende dentro del contexto físico y de discapacidades.

Sin embargo, las definiciones aportadas por la Organización Mundial de la Salud en su Segundo Informe del Comité Experto en Rehabilitación Médica, mismas que fueran reproducidas por REDRESS (2009, p. 9) dejan en claro un concepto de rehabilitación social que bien puede ser adaptado a los fines que persigue en la actualidad el sistema penitenciario, toda vez que sostiene:

“la parte del proceso de rehabilitación que trata de integrar o de reintegrar a una persona inválida en la sociedad ayudándolo a adaptarse a las exigencias de la vida familiar, colectiva y profesional, disminuyendo al propio tiempo las cargas económicas y sociales que pueden obstaculizar el proceso global de rehabilitación”

De este modo, se entiende a la rehabilitación social como elemento de un concepto que, a su vez, forma parte de un proceso mucho más complejo. Es decir que para el caso ecuatoriano se entiende también a la rehabilitación social como un sistema más amplio que se estructura desde el diagnóstico inicial de la persona privada de la libertad, pasando por el acompañamiento interdisciplinario que se debe desarrollar durante el cumplimiento de la pena, hasta el seguimiento posterior a la recuperación de la libertad.

A pesar que el sujeto mencionado en la definición difiere en el concepto previamente mencionado, ya que el término persona inválida debe ser

asimilado o entendido como persona privada de la libertad, es indudable el hecho de que la pena cumple una suerte de incapacitación, siendo así, que si desde la parte médica se entiende a la persona inválida como un individuo que ha sufrido una disminución de sus capacidades; para efectos de acoplamiento de este concepto al mundo jurídico, desde la parte del derecho, en cuanto al régimen penitenciario se tomará la idea de persona inválida por la de una persona que a causa del cometimiento de una infracción penal, ha sido impedida del goce de ciertos derechos, como el de la libertad.

Se observa además que los fines de la rehabilitación social en el sistema penitenciario o en el área médica son bastante similares, en cuanto a su significado simbólico, vistos desde la integración o reintegración (reinserción, inclusión) de estas personas en la sociedad para que se adapten por sí a las exigencias del contrato social respecto de la vida familiar, colectiva o profesional.

Desde otro punto de vista, debe además considerarse que la idea de la rehabilitación social está atada, necesariamente, al concepto de la finalidad de la pena, la cual se encuentra determinada como “prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena así como la reparación del derecho de la víctima” (Código Orgánico Integral Penal, art. 52).

Esto debido a que “la existencia de la prisión y de la privación de la libertad, se funda más allá que en la simple venganza; se basa, citando a Foucault, en su papel de aparato capaz de transformar a los individuos” (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Culto, 2014, p. 129), siendo consecuente con los postulados de la teoría preventiva de la pena, según la cual, se concibe y atribuye a la pena la facultad transformadora de la conducta para evitar el cometimiento de delitos, facultad que no es automática, pues necesitará de la intervención estatal para lograr la finalidad última de la rehabilitación social de la persona que fue privada de la libertad, su reinserción.

A fin de entender de mejor manera la funcionalidad práctica a la que hace referencia Foucault, en cuanto al impacto que el hecho de ser objeto del poder punitivo estatal representa, se puede aproximar todavía más a la idea, mediante el siguiente pensamiento:

“Es interesante señalar, además, que aunque se sostenga con denuedo y mejores argumentos que las penas privativas de libertad no pueden “justificarse” o “legitimarse” por su simple efecto objetivo de incapacitación, sino por objetivos más sublimes, como el aseguramiento de la vigencia de la norma, la retribución del daño o de la medida de la culpabilidad del autor o su rehabilitación, lo cierto es que aún si se admitiera como verdadero alguno de tales fundamentos de legitimidad, en su ejecución la pena privativa de libertad de todos modos funciona en la realidad y está concebida normativamente como una medida de incapacitación del condenado, impidiéndole volver a infringir en el medio libre, y por un tiempo determinado, las normas de conducta jurídicamente determinadas, mediante su exclusión de la vida social” (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Culto, 2014, p. 65).

En este sentido, la rehabilitación social dentro del contexto penitenciario ecuatoriano debe ser entendida primero, como un todo, un sistema nacional que se amplía a la protección de las personas que han sido privadas de la libertad y, segundo, aunque de forma aislada, como el mecanismo a través del cual el Estado busca potenciar las capacidades de las personas privadas de libertad mientras cumplen su pena, con la finalidad de reinsertarles de modo progresivo en la sociedad.

Así, la rehabilitación social entendida como un sistema nacional comprende “el conjunto de principios, normas, políticas de las instituciones, programas y procesos que se interrelacionan e interactúan de manera integral (...)” (Código Orgánico Integral Penal, art. 672) desde el momento en que una persona es sentenciada a cumplir una pena, que en Ecuador, ha sido restringida a aquellas

privativas de la libertad, dejando de lado por ejemplo, el fin rehabilitador social del trabajo comunitario impuesto como pena no privativa de la libertad.

Dentro de este contexto, la imposición de una pena privativa de la libertad deberá tener como finalidad la prevención del cometimiento de delitos, pero no se puede negar la condición de incapacitación de la persona privada de la libertad, quien, una vez impedida o excluida de la vida social debido a la transgresión de la norma, siendo debidamente sentenciada, pasa a formar parte del sistema de rehabilitación social, a fin de que sus derechos sean garantizados y sus capacidades sean desarrolladas para que finalmente pueda ser rehabilitado integralmente y reinsertado a la sociedad.

Bajo el mismo orden de ideas, si se considera a la rehabilitación social como un mecanismo, esta necesariamente se restringe o limita a las acciones o políticas públicas encaminadas a cumplir los parámetros señalados en la parte final del párrafo que antecede. Consecuentemente, cuando la incapacitación de una persona se verifica mediante la aplicación de las penas privativas de la libertad, las cuales han excluido de la vida social a una persona, el Estado mutará, dejando de lado su potestad sancionadora (que ya fue ejecutada) por una facultad rehabilitadora y educadora, mediante la cual el desarrollo de capacidades sostenibles que coadyuven en el proceso de rehabilitación integral sea la meta.

Consecuentemente, en lo que respecta a la reinserción efectiva en la sociedad una vez cumplida la pena, se materializa esa suerte de transformación del concepto tradicional que se tiene de los centros de privación de la libertad, por uno más humano y con un fin social acorde al marco constitucional que impera en territorio ecuatoriano en los tiempos actuales.

Dicho concepto, se ha visto reconocido en distintas latitudes, como por ejemplo en la República Oriental del Uruguay, donde se ha tenido como nuevo parámetro del sistema carcelario, lo siguiente:

“El concepto moderno y científico de las cárceles, quiere que éstas no signifiquen ya los lugares de tortura que fueron en la antigüedad a través de la historia de los pueblos y sí, más bien, instituciones que, al propio tiempo que separen al culpable de la sociedad en que ha delinquido, procuren orientarlo por nuevas sendas y atraerlo hacia el bien y el trabajo, a cuyo efecto ha de ponérsele en condiciones de ser útil a esa misma sociedad a la que ha agraviado, reformándole, no sólo en su capacidad productiva, sino también en sus hábitos y en sus sentimientos” (Díaz y Rama, 2014, p. 51).

Esta rehabilitación deberá entonces, necesariamente, ser el reflejo de los esfuerzos realizados por parte del Estado que se encaminen, de manera inequívoca, a otorgar a la ciudadanía la certeza que una vez que una persona ha cumplido su pena esta efectivamente puede ser reinsertada a la sociedad, en mejores condiciones de las que la recibió como resultado del cometimiento de un ilícito.

Dichos principios incluso se encuentran contenidos de forma unánime por varias normas internacionales, dentro de las cuales, por mencionar algunas: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el numeral 3 de su artículo 10 menciona que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (1976).

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el artículo 5 numeral 6 que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” (1969)

Es así como de las definiciones comunes antes mencionadas y, paralelamente, las contenidas en los precitados instrumentos normativos, se puede claramente identificar tanto la conceptualización de lo que es la rehabilitación social, como, fundamentalmente, los fines que persigue y que la convierten en tal.

2.2 La rehabilitación social en la Constitución de la República del Ecuador

Desde el año 2008, una vez que entró en vigencia la actual Constitución, se promovió un nuevo modelo de Estado respecto del cual, el artículo 1 de la señalada norma, reza: “que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”.

Consecuentemente, la Constitución ha dejado de ser letra muerta, de naturaleza simplemente retórica y ha pasado a convertirse en norma fundamental, conforme lo dispuesto por sus artículos 424 y 425, que guardan relación con la supremacía constitucional y la jerarquía normativa respectivamente, y que la convierten en el principio rector de todo el ordenamiento jurídico, siendo así la regla de juego a la cual deben sujetarse todas las personas, autoridades e instituciones, tal como se colige del texto constitucional.

Al respecto, en el contexto del sistema penal, el Dr. Ernesto Pazmiño manifiesta:

“(...) la Constitución de la República del Ecuador determina los parámetros que regulan o acotan el poder punitivo, que colocan su respectiva camisa de fuerza. El programa penal de la constitución no es más que la matriz de derechos sobre la cual se atiza la ley penal, y sin la cual cualquier norma deviene en ilegítima” (2014, p. 13).

De lo anteriormente expuesto, se concluye la necesidad de adecuar constitucionalmente las distintas normas que regulan al sistema ecuatoriano. Normas que el legislador, los profesionales del derecho y las personas en general, han de tener presente tanto para ejercer sus derechos, así como para cumplir sus obligaciones en el marco del sistema jurídico-social. Esto es, en los

casos que conlleven una connotación en el ámbito del derecho penal, su condición de víctima o autor de un delito, con todo lo que eso implica.

Así, se vuelve sumamente difícil, por no decir imposible, pretender abarcar la idea de rehabilitación social sin mencionar a las personas privadas de la libertad, pues, como se mencionó en líneas anteriores, esta primera se activa cuando una persona ha sido sentenciada con una pena privativa de la libertad.

La aplicabilidad del concepto de rehabilitación social sobreviene a un proceso penal, por cuanto, previo al análisis de dicha figura dentro del marco constitucional ecuatoriano, es menester analizar el tratamiento que el Estado da con ella, o si se quiere, a través de la misma, a las personas privadas de la libertad.

El texto de la Constitución de la República del Ecuador, específicamente en el preámbulo contenido en la Norma Suprema, concebido como la piedra angular de la sociedad a la que rige, tiene como finalidad la construcción de “una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas (...)” (2008) y, paralelamente, como es conocido por todos, considera que las personas privadas de la libertad configuran uno de los llamados grupos de atención prioritaria, merecedores de un trato especial y preferente dentro de la sociedad, debido a las situaciones o condiciones de vulnerabilidad bajo las que se encuentran y desenvuelven.

Cabe entonces buscar la razón por la que, a las personas que se encuentran, por una razón u otra, dentro del sistema penitenciario, el Estado les ha querido reconocer ciertas consideraciones que no son comunes a todos los ciudadanos. Así, se tiene que:

“El concepto de los grupos de atención prioritaria surge a partir de la necesidad de protección de grupos históricamente vulnerables, dicha vulnerabilidad a su vez tiene su origen en relaciones de desigualdad y

que colocan a estas personas en situaciones en las cuales el acceso a sus derechos puede verse limitado” (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2016, p. 40).

Si a dichos grupos se les ha dado este trato especial, se infiere que el mismo aplica tanto en todo momento, pues mal se haría en limitar o restringir dicha protección a solo uno de ellos. Por tanto, de conformidad con lo establecido por la Constitución del Ecuador, se identifica el derecho de las personas que conforman este grupo, a:

- “1. No ser sometidas a aislamiento como sanción disciplinaria.
2. La comunicación y visita de sus familiares y profesionales del derecho.
3. Declarar ante una autoridad judicial sobre el trato que haya recibido durante la privación de la libertad.
4. Contar con los recursos humanos y materiales necesarios para garantizar su salud integral en los centros de privación de libertad.
5. La atención de sus necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas.
6. Recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, adolescentes, y las personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad.
7. Contar con medidas de protección para las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores que estén bajo su cuidado y dependencia” (2008, art. 51).

Derechos que se hallan, a su vez, vinculados estrechamente con la finalidad y prioridad del sistema de rehabilitación social respecto a las personas privadas de la libertad, entre cuyas premisas están las siguientes:

“Reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos (...) el desarrollo de

las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad” (Constitución de la República, art. 201).

Así, se puede claramente identificar la estructura social que se va generando desde la normativa, en miras a poder garantizar que las personas que hayan sido encontradas culpables dentro de un proceso penal, deban someterse a la resolución producto de dicho proceso, con la certeza de que una vez cumplida la pena, podrán volver a desenvolverse dentro de la sociedad a la que pertenecen, de una forma más adecuada, en comparación a aquella que previo a la sanción realizaban, debiéndose tener en cuenta para tal fin, todas las aristas que conforman la personalidad de la persona privada de la libertad.

De manera paralela, el aparato estatal, a través de los organismos que promueven y velan por el efectivo cumplimiento de los derechos ciudadanos, como lo es la Defensoría del Pueblo de Ecuador, mediante publicaciones oficiales ha explicado de manera detallada:

“La Constitución de Montecristi ha incluido dentro de los grupos de atención prioritaria a las personas privadas de la libertad en función de considerar que en los espacios de privación de libertad hay una limitación real al acceso de determinados derechos, y que en conjunto con las relaciones de poder, se genera una situación de vulnerabilidad para quienes los habitan, razón por la cual se ha estimado incluir como grupos a los cuales se deba brindar protección especial y atención prioritaria. Por ejemplo, las personas privadas de libertad dependen de las condiciones en las cuales se encuentre el centro, es decir, el acceso a agua potable, a una alimentación de calidad y cantidad, a diversas actividades laborales o educativas, etc., y que se den estas y otras medidas no dependen de las PPL sino de las autoridades del centro y de la institución a cargo de los centros de rehabilitación social.” (2016, p. 41).

Bajo esa lógica, dentro de todo el proceso que implica la rehabilitación social, la actividad estatal estará obligada a garantizar a las personas privadas de la libertad de manera irrestricta los derechos que les sean inherentes como grupo de atención prioritaria, no solo en la normativa interna, sino además mediante instrumentos internacionales cuya vigencia es indudable dentro de la estructura normativa que rige en el Ecuador, tanto en lo referente a las obligaciones que se ha autoimpuesto el Estado, como a las prohibiciones que se encuentran establecidas en el régimen de ejecución de penas, sin excepción ni distinción alguna.

Por otra parte, la rehabilitación social concebida como mecanismo social deberá desarrollar políticas y medios necesarios para el aseguramiento de las concesiones otorgadas a este grupo de personas respecto de salud, educación, trabajo, cultura, alimentación, recreación, etc.

Adicionalmente, la Constitución de la República del Ecuador ha dispuesto directrices que rigen el sistema de rehabilitación social, las cuales profundizan en la obligación del Estado de velar por los derechos de las personas privadas de la libertad con miras siempre a su reinserción social una vez cumplida la pena impuesta.

Así, se tendrá en adelante a la rehabilitación social desde dos perspectivas amplias; la rehabilitación integral y la reinserción social, con un eje transversal que las acompaña siempre, que es el respeto de los derechos humanos, lo cual genera una estructura tripartita bajo la cual se pueden garantizar las condiciones óptimas de las personas privadas de la libertad.

Para ello, es necesario comprender que ni la rehabilitación integral ni la reinserción social pueden ser concebidas como fines automáticos que se generan o perfeccionan por sí mismos con el cumplimiento de la pena impuesta, pero tampoco pueden ser consideradas como fines aislados que no guardan relación entre ellos.

La rehabilitación social incluye la obligación del Estado de generar, dentro de los centros de privación de libertad, mecanismos y oportunidades necesarias que doten a las personas privadas de la libertad de herramientas competitivas para una efectiva reinserción social, entre las que es indispensable el derecho al trabajo con todo lo que eso conlleva para una persona cuya profesión u arte, es la base fundamental de sustento no solo propio sino de su familia.

Así, la rehabilitación integral y la reinserción social en Ecuador subsisten en un sistema que ha sido concebido para que, durante el cumplimiento de la pena impuesta las personas privadas de la libertad desarrollen conocimientos, habilidades o capacidades suficientes con la finalidad de que con posterioridad al cumplimiento de la pena puedan reinsertarse satisfactoriamente en la sociedad desde el punto de vista económico y social.

Para el Estado ecuatoriano, según lo dejó expresamente determinado en un artículo contenido en la revista digital llamada Nuestra Seguridad, “el ámbito penitenciario es considerado como parte de las políticas sociales que pretende convertirse en un modelo y referente internacional” (Ministerio Coordinador de Seguridad, 2014).

Sistema que además estará siempre orientado sobre la base y enfoque del respecto y garantía de los derechos humanos como “trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley” (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2014, p. 245).

Así lo estipulan además las directrices referidas en líneas anteriores, según las cuales, por mandato constitucional:

“En los centros de rehabilitación social y en los de detención provisional se promoverán y ejecutarán planes educativos, de capacitación laboral,

de producción agrícola, artesanal, industrial o cualquier otra forma ocupacional, de salud mental y física, y de cultura y recreación (...) El Estado establecerá condiciones de inserción social y económica real de las personas después de haber estado privadas de la libertad” (Constitución de la República, 2008, art. 203).

2.3 La rehabilitación social en el Código Orgánico Integral Penal

El artículo 673 del Código Orgánico Integral Penal respecto de las finalidades que tiene el sistema nacional de rehabilitación social, dispone:

“El Sistema tiene las siguientes finalidades:

1. La protección de los derechos de las personas privadas de libertad, con atención a sus necesidades especiales.
 2. El desarrollo de las capacidades de las personas privadas de libertad para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar completamente su libertad.
 3. La rehabilitación integral de las personas privadas de libertad, en el cumplimiento de su condena.
 4. La reinserción social y económica de las personas privadas de libertad.
- Las demás reconocidas en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado” (2014, art. 673).

Finalidades de las cuales, en lo referente al tema de investigación contenido en el presente documento, se colige que el enfoque del sistema nacional de rehabilitación social es siempre, y como ya se ha mencionado con anterioridad, la consecución de la rehabilitación integral durante el cumplimiento de la pena y la reinserción e inclusión social de la persona, una vez que dicha pena ha sido cumplida.

Estas ideas se reafirman, sobre todo cuando al tenor de lo dispuesto en el artículo 676 del Código Orgánico Integral Penal, “Las personas privadas de

libertad se encuentran bajo la custodia del Estado” (2014), convirtiéndose en responsabilidad de este, el cumplimiento de estos dos aspectos intrínsecos a la rehabilitación social.

Es así que el Estado, como para que no quede duda alguna, una vez más mediante publicaciones oficiales de sus organismos competentes, en este caso en el boletín denominado Justicia y Derechos, ha reconocido la necesidad de “brindar un sistema real de rehabilitación social para que, luego de cumplir sus condenas, los internos se reinseren exitosamente en la sociedad ecuatoriana” (2010, p.4).

Adicionalmente, el artículo 692 del Código Orgánico Integral Penal (2014) ha desarrollado las fases del régimen de rehabilitación social, las cuales taxativamente son: “Información y diagnóstico de la persona privada de la libertad (...) Desarrollo integral personalizado (...) Inclusión social; y (...) Apoyo a liberados.”

Siendo la primera fase, una etapa de evaluación y diagnóstico en la cual las autoridades correspondientes de los centros de privación de libertad se harán con información orientada a la determinación y ejecución de un plan individualizado a través del cual se cumplirá la pena, el cual incluye las acciones pertinentes relacionadas con “observación, valoración, clasificación y ubicación de la persona privada de libertad” (COIP, art. 692).

Seguidamente, la segunda fase contemplada en el artículo 692 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, estará enfocada a la ejecución del plan determinado en la primera fase mediante el “seguimiento y evaluación periódica de los programas familiares, psicológicos, educativos, culturales, laborales, productivos, sociales, de salud y otros que se consideren necesarios” (2014).

En estas dos primeras etapas, es imprescindible que se tomen en cuenta las aptitudes profesionales que las personas quienes ahora se han visto envueltas en el sistema de rehabilitación, desempeñaban dentro de la sociedad previo a la inmersión dentro del problema social y jurídico del que han pasado a formar parte.

La tercera fase, contenida precisamente en el numeral 3 del artículo 692 del Código Integral Penal, contempla la reinserción progresiva de las personas privadas de la libertad, previa evaluación del nivel de acatamiento del plan individualizado de cumplimiento de la pena, así como de los “requisitos previstos en el reglamento respectivo y del respeto a las normas disciplinarias, efectuada por el Organismo Técnico” (COIP, 2014).

Lamentablemente, el cumplimiento de dicha norma está sujeto a las condiciones propias de cada centro de rehabilitación social, donde muchas veces, los funcionarios deben multiplicarse y hasta realizar acciones por fuera de las tareas naturales al trabajo para el que fueron contratados. Por lo cual, vale cuestionarse si el sistema de rehabilitación social podría desarrollar de manera adecuada el concepto de rehabilitación social, con todos y cada uno de los involucrados.

Bajo esta lógica, la cuarta y última fase es aquella constituida por “una serie de acciones tendientes a facilitar la inclusión social y familiar de las personas que luego de haber permanecido en los centros de privación de libertad, se reintegrarán a la sociedad (...)” (COIP, art. 692).

En este caso, y como se vio en el supuesto del numeral anterior, parecería difícil que si los órganos establecidos por la ley a veces funcionan y otras no, menos aún se puedan realizar las acciones designadas a estos de una manera continua e ininterrumpida.

En virtud de los puntos disgregados, todos estos en los que se evidencia nuevamente, al menos de forma enunciativa, el carácter consecutivo del sistema de rehabilitación social respecto de la rehabilitación integral y la posterior reinserción social de las personas privadas de la libertad, que visto desde la perspectiva del cumplimiento de la pena ocurren, el primero durante el cumplimiento de la pena impuesta y el segundo, una vez que esta ha sido cumplida; con la salvedad que la reinserción, de acuerdo con los regímenes de rehabilitación social que forman parte del sistema de progresividad de ejecución de las penas (cerrado, semiabierto, abierto), puede darse de manera gradual durante el cumplimiento de la misma.

A fin de cumplir con todo este espectro de principios, el Estado tiene incluso la tarea de fomentar “la inclusión laboral de las personas privadas de libertad con el fin de proporcionar a las personas que han cumplido la pena y recuperado su libertad, mayores oportunidades de trabajo” (COIP, art. 700).

Finalmente, se rescata de la figura del sistema progresivo de penas, que también es una clara muestra de limitación del poder punitivo y, concomitantemente, de la intención de hacer prevalecer la dignidad humana de las personas privadas de la libertad.

No obstante de las intenciones reiteradamente mencionadas por parte de la autoridad, dichas intenciones no parecen ser suficientes si es que se toma en cuenta que existen obligaciones asumidas por el Estado, especialmente en temas tan delicados como el manejo de las condiciones de las personas privadas de la libertad, respecto del tiempo dentro del cual cumplen su condena, pero sobre todo proyectando sus actividades luego de ese tiempo.

Como prueba de lo manifestado, el propio Ministerio del Interior, en su denominado Manual de Derechos Humanos, dirigido a los servidores públicos de dicha institución, de manera clara y precisa sostiene que “La obligación de garantizar consiste en el deber de los Estados de adoptar las medidas

necesarias que permitan a todos los seres humanos sujetos a su jurisdicción, el goce y ejercicio pleno y efectivo de los derechos humanos” (2012, p.21).

Así, se colige de manera inequívoca, que todas las normas que han sido citadas a lo largo de estos párrafos, no pueden ser tomadas a la ligera y menos aún pueden ser asimiladas como estructuras meramente declarativas, cuya aplicación sea nada más que una expectativa futura.

2.4 Rehabilitación social integral

Una vez que se ha revisado a detalle la normativa constitucional y legal vigente en el Ecuador en lo que respecta al sistema de rehabilitación social, es importante destacar dentro de ella a la rehabilitación integral, entendida como el conjunto de esfuerzos que el Estado se verá conminado a realizar durante el cumplimiento de la pena por parte de las personas privadas de la libertad, con la finalidad de poder dotarlas de herramientas cognoscitivas y desarrollar capacidades intelectuales y sociales de las que se podrán servir una vez cumplida la pena o cuando accedan al régimen semiabierto o abierto de cumplimiento de penas.

Dicha idea debe ser la base fundamental de un sistema normativamente congruente, que permita establecer distintas situaciones favorables para una verdadera “reforma y reconstrucción racional completa del sistema penal, procesal y penitenciario en función de la tutela de los bienes y derechos fundamentales (...)” (Ferrajoli, 2006, p. 56).

En este sentido, es importante analizar los ejes de tratamiento de las personas privadas de libertad que ha definido el Código Orgánico Integral Penal, dentro del sistema de rehabilitación social (rehabilitación integral y reinserción social), a saberse: “laboral; educación, cultura y deporte; salud; vinculación familiar y social; y reinserción” (2014, art. 701).

De estos ejes, los relativos a la temática abordada y que se desarrollarán a continuación son aquellos referentes al área laboral y reinserción.

Así, el eje laboral ha sido pensado como el elemento fundamental del tratamiento del sistema de rehabilitación integral, el cual según se menciona en el Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación, artículo 52, deberá verse enfocado al “desarrollo de las personas privadas de libertad a través de formación y certificación laboral (2016) y cuyo objetivo es:

“Generar oportunidades de reinserción laboral para personas privadas de libertad en igualdad de condiciones, por medio de implementación de planes, programas, sensibilización y proyectos en coordinación con las instituciones públicas y privadas, orientada a la rehabilitación, reinserción social; basado en el principio de no discriminación. Para la implementación de este efectivo los insumos a usarse serán emitidos por la cartera de estado a cargo de los temas de justicia y derechos humanos” (Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social, art. 52).

Es aquí donde impera la necesidad de entender la importancia de que las personas puedan adquirir nuevas habilidades y conocimientos a fin de poder reinsertarse laboralmente en la sociedad, pero sobre todo, de que aquellas que ya tenían con anterioridad, no les sean restringidas de forma abrupta, ya que según sostienen Díaz y Rama:

““El trabajo deber ser uno de los elementos esenciales de la transformación y de la socialización progresiva de los detenidos. El trabajo penal no debe ser considerado como el complemento y por decirlo así como una agravación de la pena, sino realmente como una dulcificación cuya privación ya no sería posible” (Foucault, M., 1989) No puede verse pues como un castigo, sino como la pieza fundamental de la progresiva resocialización” (2014, p. 65).

Esta reinserción laboral, enfocada a los delitos culposos por mala práctica profesional, deberá entonces centrarse en la capacitación profesional de las personas privadas de la libertad, de modo que sus conocimientos, previamente adquiridos, sean reforzados o actualizados y su reinserción progresiva suceda en el ámbito de sus competencias y habilidades, todo lo cual debería constar anticipadamente en el plan individual de cumplimiento de la pena.

Esto porque se parte de la hipótesis que una persona privada de la libertad, por los tipos penales contemplados en el artículo 146 y 152 del Código Orgánico Integral Penal, tiene una formación profesional reconocida por el Estado, pero que en su ejercicio ha subsumido su conducta a alguno de los supuestos contenidos en los artículos citados, de ahí que la necesidad de capacitación se dé dentro del mismo ámbito de formación profesional, y que la consecución de este eje dé paso al cumplimiento progresivo del eje de reinserción.

Como se ha mencionado anteriormente la sola rehabilitación social integral no configura ni consolida el fin último de la rehabilitación social como sistema nacional, pues no puede subsistir en el sistema sin atarse a un último eje, el de la reinserción, que será finalmente el eje que determine el grado de cumplimiento de la rehabilitación social integral, así como su efectividad.

De las medidas, planes, diagnósticos, evaluaciones y demás acciones implementadas y realizadas durante el cumplimiento de la pena como parte del proceso de rehabilitación social integral dependerá el éxito de una inclusión y reinserción social y económica efectiva de la persona privada de la libertad.

Ha de entenderse pues, que si se han descuidado los primeros ejes referidos (laboral; educacional, cultural, deportivo, salud y de vinculación familiar y social) la reinserción social corre el riesgo de no cumplir su cometido, devolviendo a la sociedad, al término de la pena impuesta, a una persona en iguales o peores condiciones que las inicialmente planteadas al momento de su privación de la libertad.

En este orden de ideas, el eje de reinserción, que cuenta con un componente de seguimiento durante el año inmediato posterior al cumplimiento de la pena impuesta, tiene por finalidad “generar autoconfianza y autonomía de las personas para permitirles una (...) reincorporación a la sociedad, su reinserción laboral y la prevención de la reincidencia” (COIP, art. 707).

Así, en el Ecuador, el modelo de gestión penitenciaria se define y constituye de la siguiente manera:

“proceso de tratamiento individualizado de las personas privadas de libertad con el objetivo de conocer las causas que incidieron en el cometimiento del delito, sus capacidades e intereses para motivar su participación, esfuerzo y superación de exclusiones que faciliten su rehabilitación e inclusión social y económica” (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2013, p. 51).

En los tipos penales que nos ocupan, este análisis debería enfocarse a la determinación de los motivos que llevaron a un determinado profesional a infringir el deber objetivo de cuidado como causa primaria en el cometimiento del delito, para luego, entrar al análisis de las capacidades y conocimientos específicos así como la estructuración de un mecanismo efectivo de fortalecimiento y consecuentemente de reinserción e inclusión, sea progresivo mientras pende el cumplimiento de la pena o total una vez que esta ha sido cumplida.

2.5 Congruencia constitucional

Merece la pena hacer un primer acercamiento a la congruencia constitucional existente respecto de los supuestos contemplados, en lo referente al cumplimiento de la pena y a la efectiva rehabilitación social, para los casos de homicidio culposo por mala práctica profesional.

Así se tiene que, el tipo penal, en los términos establecidos en el capítulo que antecede, contempla como sanción, una pena de tres a cinco años si el homicidio culposo por mala práctica profesional es el resultado de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, como fuera mencionado en el primer capítulo del presente escrito.

Por otra parte, al ser un delito relacionado directamente con el ejercicio de la profesión, como ya se he mencionado en repetidas ocasiones, la norma penal contempla una sanción adicional, estipulada en el artículo 65 del Código Orgánico Integral Penal, mediante el cual se establece 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” (COIP, 2014).

Segunda sanción que debe ser analizada desde la perspectiva de temporalidad en su imposición y cumplimiento, así, se observa que una persona que ha sido sentenciada por los supuestos contenidos en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal deberá cumplir en una primera etapa una sanción privativa de la libertad que puede ir desde uno a cinco años, dependiendo las variables en las circunstancias y posteriormente una segunda etapa de inhabilitación profesional cuya duración no ha sido definida.

Es decir, una vez que la persona privada de la libertad, por el tiempo que fuere, dentro de los límites legales permitidos ha recuperado su libertad, deberá enfrentar una sanción distinta y que prolonga en el tiempo la recuperación y goce efectivo de sus derechos.

Debe entenderse con claridad que el tipo de infracción sobre el cual trata el presente documento, activará respecto de la persona privada de la libertad, el sistema nacional de rehabilitación social, con todos los presupuestos y fases que se han explicado en líneas anteriores.

Sanciones y fases que entran en contraposición con la finalidad de la rehabilitación social como sistema nacional, pues se entiende que esta persona privada de la libertad realizó como parte del cumplimiento de la pena su plan individual de ejecución, en el cual, los ejes transversales garantizados por la norma deberían incluir al laboral, con miras a la reinserción económica de esta persona una vez cumplida la pena.

Esto debido a que todo el sistema de rehabilitación social apunta a que, una vez cumplida la pena privativa de la libertad se den las condiciones adecuadas y necesarias para que el reo pueda gozar de una “inserción social y económica real” (Constitución de la República, art. 203).

Es decir, la sanción privativa de la libertad, durante el tiempo que fuese impuesta supondrá un proceso de rehabilitación social encaminado a la reinserción económica y social del profesional sentenciado, pues vale la pena recordar que el artículo 201 de la Constitución de la República del Ecuador, sostiene que “el sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad (...) para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad” (2008).

De lo que se puede colegir con claridad que el sistema deberá centrar sus esfuerzos en la rehabilitación social de la persona privada de la libertad, para que una vez cumplida la pena, esta pueda ser incluida nuevamente en la sociedad y no que la recuperación de su libertad signifique una nueva sanción en la cual no podrá ejercer su profesión.

Se desdice claramente el fin de la rehabilitación social, pues en este caso, a la persona privada de la libertad no se le otorgan mecanismo de reinserción ni se habrá buscado el desarrollo o fortalecimiento de sus habilidades durante el cumplimiento de la pena. No les sería aplicable tampoco el sistema progresivo de cumplimiento de penas, pues mal podrían reinsertarse gradualmente a la

sociedad ejerciendo una profesión de la cual van a ser inhabilitados al salir del centro de privación de libertad.

Esto, toda vez que el tipo penal en referencia, contenido en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal supone, según se desprende del tenor literal del mentado artículo, un fase “de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena (...)” (2014), la que, claramente, se entiende posterior al cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Es en este sentido que se da la incongruencia constitucional – normativa respecto de los fines de la pena y de los objetivos y directrices del sistema nacional de rehabilitación social, pues la rehabilitación social integral no existiría como tal en estos casos, al profesional se le niega implícitamente la posibilidad de capacitarse, readecuar sus conductas y conocimientos al ejercicio adecuado de la profesión y reinsertarse social y económicamente a la sociedad luego de cumplida su pena, porque ya ahora, explícitamente, debe afrontar una sanción de inhabilitación profesional.

Entonces cabe cuestionar la finalidad de la rehabilitación social de personas privadas de la libertad por homicidios culposos o lesiones ocasionadas por mala práctica profesional ¿A dónde apunta su rehabilitación social durante el tiempo de privación de libertad?

El órgano legislativo debió considerar, para estos casos específicos, a la rehabilitación social en su sentido global y amplio, con miras a que el proceso arroje a la sociedad, al final del cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, a un profesional rehabilitado en sus conocimientos, habilidades o capacidades apto para desempeñar su profesión.

Y no, por el contrario, devolver a la sociedad a una persona sin fórmula de reinserción social, pues la autonomía y autoconfianza que debió ganar mientras cumplía la pena se verá afectada ahora por la incertidumbre de no poder ejercer su profesión y adicionalmente, estar ya por fuera del sistema de rehabilitación integral.

3. CAPÍTULO III. PROPUESTA

3.1 Reforma normativa

3.1.1 Fundamentación

Históricamente, los grupos sociales identificaron las situaciones que podrían devenir en alteraciones de su normal desarrollo, así por ejemplo, se implantó la idea de que “La maldad, la barbarie y la incontinencia son marcas "identitarias" del colonizado, mientras que la bondad, la civilización y la racionalidad son propias del colonizador” (Castro-Gómez Santiago, 2000, p. 92).

Por consiguiente, se fueron generando acciones direccionadas a detener el accionar del enemigo de aquellos grupos sociales, es decir, quien delinquía. Así, se encontró una herramienta apropiada para materializar aquellas acciones: la imposición de una pena constituida en ese entonces como un castigo excluyente, el cual muchas veces carecía de un fundamento objetivo y preciso en lo referente a la determinación del merecimiento de dicha pena.

En consecuencia, se identificó, por ejemplo, que “el poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de *personas*, dado que sólo los consideraba como *entes peligrosos o dañinos*” (Zafaronni Eugenio, 2006, p. 11), basándose en criterios con una alta carga de subjetividad, como aquel por el cual se entiende que el estrato al que alguien pertenecía o la condición social que ostentaba, eran determinantes respecto de la propensión a cometer actos contra el orden público.

Respecto a este contexto, Luigi Ferrajoli sostiene la tesis de que el Estado no debe forzar a los ciudadanos a no ser malvados, sino más bien impedir que se dañen entre sí, y que, consecuentemente, la modificación de la personalidad de los reos tampoco le compete. (2008, pp. 222 - 223).

Así, según fuera recogido por Donna, para Antón Oneca el hecho de que el Estado pueda imponer penas que limiten los derechos de las personas, fue un tema que siempre llamó la atención de los estudiosos (2008, p. 265).

Al respecto, Ferrajoli señala que:

“La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada (...)” (Ferrajoli Luigi, 1998, p. 385).

No obstante, en la actualidad, dado el desarrollo del derecho como una actividad por naturaleza reactiva a los fenómenos sociales, se regula la normativa, no en base a la singularización de grupos específicos por sus características diferenciadoras, sino que, se regulan los actos, mismos que serán sancionables sin importar quién incurra en ellos, pues como es conocido por todos, ese es el fundamento base del principio de igualdad ante la Ley.

Claro ejemplo de lo expuesto en el párrafo que antecede, es el tratamiento que la legislación ecuatoriana ha otorgado al fenómeno de la mala práctica profesional, mediante la cual se puede ver que, actualmente, inclusive las personas que han obtenido un título académico que avale sus conocimientos, permitiéndoles alcanzar un mejor desenvolvimiento dentro de la sociedad y un consecuente prestigio, pueden, a consecuencia de sus acciones, generar alteraciones negativas en la vida de la sociedad y las personas que la conforman y que conllevan una relevancia penal.

Se identifica entonces, la forma en la cual esa idea colectiva de la aplicabilidad de una sanción pasó, de ser un elemento que parecía exclusivo para ciertos

grupos sociales en épocas pasadas, a lo que es hoy por hoy, una estructura que se verifica mediante una aplicación de criterios claros y objetivos, pero sobre todo regulada y limitada a través del derecho penal y el desarrollo de sus doctrinas y posturas.

Con relación a las ideas hasta aquí planteadas, se ha señalado que:

“El principal medio de coacción jurídica, la pena, sirve, pues, para motivar comportamientos en los individuos. La norma penal cumple, por tanto, esa función motivadora (...), amenazando con una pena la realización de determinados comportamientos considerados por las autoridades de una sociedad como no deseables” (Muñoz y García, 2010, p. 62).

Así, se tiene que la concepción del derecho penal, en lo que respecta a las penas, se ha ido desarrollando al igual que la sociedad misma, por lo que se han presentado distintos pensamientos que enmarcaron, en cada momento, la idea de cómo aplicar una pena, es decir en qué casos y respecto de quién, pero, sobre todo, los objetivos que la imposición de esa pena persigue.

En cuanto a la evolución de las penas, Carmen Eloísa Ruiz sostiene:

“El concepto de pena ya no puede ser entendido en el concepto tradicional, como la existencia de un mal para retribuir la culpabilidad de un individuo por haber realizado un hecho típico y antijurídico: ese concepto de mal se encuentra unido más a un concepto ético o moral que a uno jurídico” (2011, p. 27).

Inclusive en obras clásicas del derecho, ya se identificaban ideas que pretendían otorgar a la visión de la pena, un concepto alejado de lo arcaico y lo meramente vengativo. Por ejemplo, Beccaria concluye que ella “debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles

en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes.” (2015, p. 87)

Así pues, corresponde analizar las distintas teorías de la pena, en cuanto a su concepción pero sobre todo en su relación a las normas que rigen en territorio ecuatoriano, pues solo de esa forma, se puede plantear una alternativa jurídica que además de útil, sea posible y realizable dentro del contexto normativo ecuatoriano.

Por lo tanto, vale la pena hacer un recorrido por las distintas posturas que han definido a la pena, así como a su función o finalidad dentro de los sistemas penales vigentes a lo largo de la historia. Así, según señalan García Arán y Muñoz Conde, en referencia a este tema de estudio, “tradicionalmente se distingue entre teorías absolutas, teorías relativas y teorías eclécticas o de la unión” (2010, p. 47).

3.1.1.1 Teorías absolutas

Dentro de la doctrina, se define a las teorías absolutas, absolutistas o retributivas, como aquellas en las que “la función de la pena se limita simplemente a la realización de la justicia (retribución)” (Ruiz, 2011, pp. 28 - 29).

Luego, se tiene que dentro de estas teorías absolutistas, se encuentran las siguientes:

a) Teoría subjetiva retributiva de la pena

Se identifica como referente de esta postura al alemán Immanuel Kant, y la misma sostiene fundamentalmente que “el delincuente debe recibir la pena solo por una razón: “por haber delinquido”” (García, 2014, p. 444).

Se infiere entonces que bajo la mencionada teoría, la pena es finalidad en sí misma, sin que importe el efecto que esta produzca, sino que simplemente se defiende su aplicación como la única consecuencia posible ante un delito.

Dicha concepción, en referencia a las normas constitucionales y legales ecuatorianas, es claramente incompatible.

b) Teoría objetiva retributiva de la pena

Dentro de esta teoría, según afirma Ramiro García Falconí, “el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la voluntad general del Estado, representada por su legislación, que es negada por la voluntad especial al momento de cometer el delito” (2014, p. 445).

Si en la anterior postura se hablaba de la pena como consecuencia lógica del delito, en esta lo que se busca es que a través de la pena, se anule la acción que, al momento de su cometimiento, anuló la vigencia de la norma.

Por lo expuesto, y toda vez que de la simple lectura de estas teorías se puede inferir su inaplicabilidad a la realidad jurídica ecuatoriana, corresponde revisar las teorías relativas de la pena, a fin de determinar si ellas pueden ser utilizadas como fundamentación de la reforma normativa que el motivo de estudio del presente documento pretende estructurar.

3.1.1.2 Teorías relativas

De manera sumamente precisa, se ha señalado que “mientras que las teorías retributivas miran al pasado, las teorías de prevención miran hacia el futuro” (García, 2014, p. 447). Estas teorías son también llamadas relativas.

En este caso, la pena ya tiene una finalidad clara, la de prevenir, en distintas esferas, que los hechos punibles se produzcan, lo que lo diferencia del supuesto en el que se aplicaban las teorías absolutas.

Así, respecto a este tipo de teorías de la pena, Zaffaroni ha realizado una clasificación de las mismas, en base a la finalidad que persiguen, estableciendo así que existen las de prevención general y las de prevención especial (2006, p. 38), aunque, a breves rasgos, se puede señalar que, en este caso, ambas buscan evitar la comisión de nuevos delitos.

a) Prevención General

Dicha teoría encuentra su base en la idea por la que “la pena se dirige a quienes no delinquieron para que en el futuro no lo hagan. Ello basado en la intimidación que produciría la pena (...)” (Zaffaroni, 2006, p. 39).

Bajo el mismo orden de ideas, se señala que “al ver la pena como la amenaza de un mal, su fin es intimidar a los individuos que se pudieran inclinar por el camino del delito” (Ruiz, 2011, p. 32).

A esta parte específica de la prevención general, dado su carácter de basarse en la amenaza o en un cierto nivel de generar miedo a la sanción, se le ha denominado como negativa.

Por otra parte, se ha contemplado también la posibilidad de que se pueda dar una prevención general positiva, respecto de cuya función, Zaffaroni ha señalado que “produciría un efecto positivo sobre los no criminalizados, pero no para disuadirlos mediante la intimidación, sino como valor simbólico reforzador de su confianza en el sistema social en general (y en el sistema penal en particular)” (2006, p. 42).

Reafirmando dicha postura, varios autores han reproducido las ideas de Luigi Stortoni, al manifestar que la función estatal por excelencia, es la de infundir confianza en la colectividad e incluso educarla. (Arroyo, Neumann y Nieto, 2003, p. 13-16).

De lo expuesto se evidencia que aunque la pena está actuando con anterioridad al hecho, igual que en el anterior caso, ahora se le otorga una perspectiva menos maliciosa, y se apunta a resaltar la percepción más amigable que podría llegar a tener la sociedad respecto de la sanción penal.

En todo caso, no queda clara la aplicabilidad de esta teoría en el contexto del Ecuador, puesto que el simbolismo al que hace referencia, no guarda relación alguna con normas que deben estar limitadas de manera cierta a fin de generar seguridad jurídica dentro del Estado.

b) Prevención Especial

A fin de poder establecer de manera clara la diferencia entre este tipo de prevención y las que fueron anteriormente analizadas, se debe atender al siguiente concepto:

“La pena no podía seguirse entendiendo como la simple restauración del orden jurídico (retribución), o como la intimidación de la colectividad a través de la pena (prevención general negativa). La pena pasa ahora a garantizar la defensa de un nuevo orden social; de ahí deviene la dirección de la “defensa social”. El Estado se ve en la obligación de intervenir directamente sobre los individuos: de un Estado guardián se pasó a uno intervencionista; el delito es considerado como daño social antes que como vulneración del orden jurídico; el delincuente se concibe como peligroso socialmente” (Ruiz, 2011, p. 33).

En consecuencia, se puede señalar que la concepción de la finalidad que persigue la pena pasó de estar dirigida a la sociedad en conjunto, a directamente manejar la esfera individual como objeto de la aplicabilidad de la pena y sus consecuencias sociales y jurídicas. Además, se entiende, según establece Demetrio Crespo al citar a Von Liszt, que “la pena correcta, o sea la pena justa, es la pena necesaria. Justicia en el Derecho Penal es la observancia de la medida de la pena exigida a través de la idea de fin” (1999, p. 63).

Al igual que como se ha hecho con la prevención general, se ha dividido a la concepción de la prevención especial en positiva y negativa.

Es así que, tal como establece García Falconí, cuando la finalidad de la pena “está dada con una fuerza en la resocialización, reeducación para la reinserción social del delincuente, o tratarlo para que este no realice conductas delictivas” (2014, p. 449), se habla de la esfera positiva de la prevención especial; mientras que, si como señala Ruiz (2011, p. 34), las medidas tomadas apuntan a inocular al delincuente, se está frente a la esfera negativa de la prevención específica.

Sea que se tenga la prevención especial positiva o negativa, el concepto no parece ser suficiente para tenerse como cierto, ya que excluye a la sociedad en su conjunto, lo que escaparía de entender la finalidad de la pena dentro de un grupo social que es el que está buscando, en última instancia, su convivencia pacífica.

3.1.1.3 Teorías mixtas

Sin perjuicio de todo lo expuesto hasta este momento, es menester tener en cuenta el siguiente enunciado:

“hoy casi nadie sostiene cualquiera de estas teorías en forma pura y para obviar su falsedad, se pretende combinarlas, en la creencia más absurda todavía de que una suma de varias posiciones falsas produce una verdadera. (...) Con semejantes mezclas se obtienen pretendidas fórmulas combinadas de legitimación de la pena, sosteniéndose que sirve para prevención general, positiva y negativa, y para prevención especial, también positiva y negativa, y que también tiene carácter retributivo, o sea, que sirve para todo” (Zaffaroni, 2006, p. 39)

Dicha descripción corresponde al tercer gran grupo de teorías, que son las mixtas o eclécticas, que fueron debidamente señaladas al inicio de este apartado, y respecto de las cuales, Raúl Zaffaroni ha dicho que “tienen un objeto de poder (práctico) que es permitir a los jueces imponer la pena que quieran con total arbitrariedad” (2006.p. 39).

Adecuando dicha concepción a la realidad ecuatoriana, se puede identificar que, tal y como afirma Ramiro Ávila, “el COIP tiene dos caras en el mismo cuerpo: el garantismo y el punitivismo” (2014, p. 33).

Consecuentemente, dichas posturas se identifican de manera todavía más inequívoca, con la existencia de distintas normas, como las que ya fueron analizadas en los capítulos que anteceden, que por una parte se promueve una rehabilitación social integral, y por otra se sostiene la aplicación de penas reñidas con los parámetros constitucionales.

Parece ser entonces, que más allá de los postulados constitucionales y legales vigentes en la normativa ecuatoriana, esta postura se puede asimilar de mejor manera a la postura tomada por el órgano legislativo ecuatoriano, quizás de manera premeditada o simplemente como resultado de un ejercicio legislativo carente del suficiente tecnicismo legislativo requerido (unas normas que a momentos parecen guardar relación y congruencia con los preceptos

constitucionales, mientras otras parecen haberse dictado son conocimiento alguno del contexto normativo del que forman parte).

Finalmente, si bien se han analizado ya las tres grandes categorías de teorías de la pena, se identifica un nuevo criterio en la doctrina que habla de una concepción mucho más moderna, la cual se detallará a continuación.

3.1.1.4 Teorías modernas

Una vez que se han revisado las concepciones de la pena, junto con sus rasgos característicos individuales, y dado que se evidencia la imposibilidad de poder aplicar una de ellas de manera exclusiva a fin de entender la estructuración que la pena tiene dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, podría ser que esta nueva categoría doctrinaria pueda servir de mejor manera para tales fines.

Vale recordar que como se había visto con anterioridad, en sus inicios, la teoría de prevención general tenía una connotación negativa, basada en el miedo que buscaba generar en las personas a fin de que no se cometan delitos.

Por el contrario, estas teorías modernas basan su fundamento específicamente en el desarrollo de la idea de prevención general positiva, encontrando dentro de la misma, cada una con su concepción específica, que es por una parte la característica de la pena como fundamento; y, por la otra, la característica limitadora de la pena.

a) Prevención general positiva fundamentadora

Al respecto de esta categoría, Ruiz señala que:

“Jakobs (...) coincide con Welzel en buscar que la colectividad sea fiel al derecho, rechazando que con ello se trate de proteger unos determinados

valores de acción y bienes jurídicos. El derecho penal tiene como única finalidad el garantizar la función orientadora de las normas jurídicas; estas normas tratan de estabilizar e institucionalizar expectativas sociales y sirven así de orientación de la conducta de los ciudadanos en su contacto social. La prevención general positiva fundamentadora, así entendida, permite y obliga a utilizar la pena aunque no lo exija la inmediata protección de bienes jurídicos, ni la prevención especial” (2011, pp. 37 - 38).

Llama la atención como se habla de la función orientadora de las normas, casi como haciendo referencia a que, prácticamente la existencia de las penas carece de sentido alguno, ya que de sus dichos se desprende que es suficiente la existencia de la norma, de forma exclusivamente declarativa, como manifestación orientadora para que no exista el cometimientos de actos que alteren la convivencia.

Así pues, descartada la aplicación de esta teoría en el contexto ecuatoriano, corresponde entonces revisar la última de las concepciones doctrinarias que guardan relación con la pena.

b) Prevención general positiva limitadora

Antes de pasar a analizar en detalle esta última teoría de la pena, no está por demás recordar que, en el mundo actual, más allá del caso específico que se analice, “el poder punitivo es plurifuncional, o sea que cumple varias funciones, según las circunstancias, lo que lo hace un fenómeno muy complejo, pero ninguna de ellas es solución del delito o garantiza una sociedad estable” (Zaffaroni, 2006, pp. 54 - 55).

Quizás, con esa cita se pueda entender la complejidad de contar con cuerpos normativos carentes de errores, dado que, por el simple hecho de ser creaciones de las personas, siempre son perfectibles, y los errores que estos contienen más allá de ser señalados como herramientas que fueron

deliberadamente estructuradas para la utilización del poder, deben ser identificados como posibilidades de que el estudio del derecho penal, con sus posturas y doctrinas, pueda seguirse desarrollándose y ofreciendo soluciones ante estos problemas.

Así, pues, corresponde revisar la última de las teorías que guardan relación con la concepción de la pena, la Teoría de la Prevención General Positiva Limitadora, respecto de la cual, se declara que :

“La idea central de esta posición se presenta en relación con la diferenciación de las distintas etapas que atraviesa la pena, a saber: creación de la norma, individualización judicial y ejecución, y cómo, en cada una de ellas, se justifican la prevención general, la especial o ambas, sin que las diferentes etapas puedan ser consideradas aisladamente” (Ruiz, 2011, p. 39).

Este concepto, en cuanto a su concepción general, parece poder aplicarse a la realidad normativa del Ecuador, puesto que tiene una visión más integral de la pena, sin ser extremista en cuanto a si debe ser puramente retributiva o exclusivamente preventiva.

Por lo tanto, a fin de poder seguir fundamentando la pertinencia de dicha teoría para los fines que persigue este documento, se puede identificar que Ruiz sostiene además la siguiente idea:

“(…) un Estado que respete las libertades, garantías y derechos fundamentales tiene como finalidad la protección de los miembros de la colectividad y la protección de bienes jurídicos indispensables para vivir pacíficamente. (...) El derecho penal debe traer penas limitadas. Esa limitación la encontramos no sólo en el principio de culpabilidad sino también en los de legalidad, intervención mínima, proporcionalidad (...)” (2011, p. 39).

Ya en esta idea, se comprueba que bajo esta concepción además se toman en cuenta principios constitucionales que son pilares de un Estado como el ecuatoriano, dentro del cual, como se analizó en el capítulo que antecede, dichas garantías son las protecciones de las que gozan las personas dentro de la sociedad a fin de que el poder estatal no las pueda afectar de manera arbitraria.

A fin de esclarecer la tarea primordial del Estado ante los particulares y, especialmente, frente a sus derechos, se ha manifestado que “los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos, y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos” (Ávila, 2008, p. 22).

Para reafirmar tal concepto, se tiene lo siguiente:

Se había expresado previamente, que esta teoría se concentra en las etapas en las que tiene injerencia la pena, respecto de las cuales, en este caso, es menester hacer una descripción detallada.

La pena nace con su creación por parte del legislador, quien identifica fenómenos sociales que, en el caso del derecho penal, son hechos generados por las actividades humanas que se cree deben empezar a ser regulados por la importancia social que conllevan.

En referencia a este momento, esta teoría referida sostiene lo siguiente:

“En un primer momento, en la fase de conminación de la pena, (...) es cuando el legislador prohíbe un determinado comportamiento, motivando a través de la norma a todos los miembros de la colectividad. (...) El fin primordial es la prevención general sin desconocer que tiene importancia la prevención especial, al señalarse las reglas legales de la determinación de la pena” (Ruiz, 2011, p.40).

Dicho precepto coincide con el contenido del Segundo Título del Primer Libro del Código Orgánico Integral Penal, que guarda relación con las penas y que habla tanto de la prevención general, en el artículo 52 que ya fuera analizado en el segundo capítulo del presente documento; así como las reglas de su aplicación que están contenidas en los artículos subsiguientes de dicho Título.

Así también, la Constitución en su Capítulo Octavo, referente a los Derechos de Protección, contiene tanto los presupuestos para la existencia de una pena así como las reglas para su aplicación.

Posteriormente, se tiene:

“En la fase de imposición o individualización de la pena, también impera el carácter de prevención general; para lo cual debe tenerse en cuenta la necesidad de imponer pena que debe estar dentro de ciertos límites fijados por la ley, pues en caso contrario la norma no cumpliría efectivamente su función de motivación(...). Pero en esta fase también aparece la necesidad de prevención especial, pues a la hora de imponer la pena se deben tener en cuenta las características de cada sujeto (...)”
(Ruiz, 2011, p.41)

Con base a la misma normativa ecuatoriana que fuera aplicable al primer supuesto de esta teoría, se puede sostener de manera inequívoca que esta segunda fase también se comprueba en todas sus partes, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Finalmente, Ruiz refiere que “en la etapa de ejecución es la prevención especial la que predomina, entendida como prevención especial positiva, es decir, resocialización (...)” (2011, p. 41), lo que indudablemente es asimilable al marco normativo, especialmente constitucional, del Ecuador; puesto que la resocialización, tema neurálgico del segundo capítulo de este documento, es

pilar fundamental del sistema de rehabilitación social de las personas privadas de la libertad.

Por todos los antecedentes expuestos, con especial fundamento en los principios establecidos por la teoría de la prevención general positiva limitadora, se presenta la propuesta normativa producto del análisis del trabajo, respecto del Código Orgánico Integral Penal. Esto, a fin de que los textos que contiene dicha reforma, generen un complemento normativo óptimo, pero sobre todo, que no incurran en conflicto con los principios constitucionales analizados a lo largo de este documento, cumpliendo, paralelamente, con la siguiente idea:

“la Constitución de la República del Ecuador determina los parámetros que regulan o acotan el poder punitivo, que colocan su respectiva camisa de fuerza. El programa penal de la Constitución no es más que la matriz de derechos sobre la cual se atiza la ley penal, y sin la cual cualquier norma deviene en ilegítima” (Pazmiño, 2014, p. 13).

Finalmente, la nueva estructura de la pena accesoria de inhabilitación profesional, conformada por los artículos 60, 65 y 146, en los casos de homicidio culposo por mala práctica profesional, es la que se presenta a continuación.

3.1.2 Artículo 60

La redacción actual del Código Orgánico Integral Penal es la siguiente:

“Penas no privativas de libertad.- Son penas no privativas de libertad:

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.
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.

La o el juzgador podrá imponer una o más de estas sanciones, sin perjuicio de las penas previstas en cada tipo penal.” (Art. 60)

Se modifica por el siguiente artículo:

Penas no privativas de libertad.- Son penas no privativas de libertad:

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.

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
7. Inhabilitación para el ejercicio de empleo u oficio.
8. Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia.
9. Pérdida de puntos en la licencia de conducir en las infracciones de tránsito.
10. Restricción del derecho al porte o tenencia de armas.
11. 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.
12. Prohibición de residir, concurrir o transitar en determinados lugares.
13. Expulsión y prohibición de retorno al territorio ecuatoriano para personas extranjeras.
14. Pérdida de los derechos de participación.

La o el juzgador podrá imponer una o más de estas sanciones, sin perjuicio de las penas previstas en cada tipo penal.

3.1.3 Artículo 65

La norma penal vigente contempla:

“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.” (COIP, art. 65)

Se modifica por la siguiente norma:

Inhabilitación para el ejercicio de profesión.- Cuando el delito tenga relación directa con el ejercicio de la profesión, en aquellas actividades en las que la Ley exija título profesional, la o el juzgador, en sentencia, dispondrá que, de manera accesoria a la pena privativa de libertad, se la inhabilite en el ejercicio de su profesión, por el mismo tiempo que se haya establecido la pena privativa de la libertad.

A fin de verificar la habilitación para volver a ejercer la profesión, el Ministerio del Ramo, a través de sus instancias pertinentes, designará un cuerpo de evaluación conformado por tres profesionales del área que guarda relación con el delito cometido, a fin de establecer los parámetros para la habilitación, mismos que deberán ser individualizados, aplicables dentro del tiempo que dure la pena privativa de la libertad, de acuerdo a las características particulares de la o el profesional inhabilitado.

3.1.4 Artículo 146

Actualmente, el ordenamiento jurídico ecuatoriano establece:

“La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

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

Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.” (COIP, art. 146)

Se sustituye el anterior artículo, por el detallado a continuación:

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, se deberá verificar de manera simultánea al cumplimiento de la pena privativa de libertad determinada por la o el juez, de conformidad con lo establecido por el artículo 65 de esta Ley.

Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, y el proceso de habilitación se verificará de manera simultánea al cumplimiento de la pena privativa de libertad determinada por la o el juez, de conformidad con lo establecido por el artículo 65 de esta Ley.

Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

3.2 Explicación de los artículos reformados

3.2.1 Artículo 60

Respecto al artículo 60, y con base en los temas desarrollados a lo largo del presente documento, con especial énfasis en la normativa extranjera revisada, así como el articulado del COIP, se identifica que no es conveniente tratar a todas las inhabilitaciones de manera similar.

Es decir que, por su naturaleza, la inhabilitación para ejercer un cargo o dignidad pública, no puede ser comparada con el hecho de no poder ejercer una profesión respecto de la cual la persona ha obtenido un título académico,

Consecuentemente, se decide separar la inhabilitación profesional en un apartado exclusivo que le otorgue la posibilidad de ser interpretada con sus particularidades específicas.

3.2.2 Artículo 65

En lo que atañe al artículo 65 del COIP, respecto del delito culposo, objeto de este estudio, se establece la vigencia de la inhabilitación profesional por el mismo tiempo que la pena privativa de la libertad.

De esa manera, se asegura la verdadera concepción de accesoria que conlleva este tipo de pena, y que lógicamente, en un sistema como el ecuatoriano, que tiene a la rehabilitación social integral como pilar fundamental de la sociedad, no puede ser aplicada una vez que la persona es puesta en libertad, ya que esto conlleva una clara y expresa violación a los preceptos constitucionales.

3.2.3 Artículo 146

Dentro de la propuesta de este artículo, ya se evidencia la conexión expresa con el artículo 146, lo que soluciona el tema del tipo penal en blanco, el cual ya queda finalmente completo, pero sobre todo con la implicación de una congruencia constitucional para el caso del homicidio culposo por mala práctica profesional.

Es decir, que la relación entre los tres artículos objeto del análisis planteado por el presente trabajo, terminan garantizando constitucional y legalmente los preceptos de juzgamiento penal, con sus bases y objetivos debidamente verificados, pero especialmente, en lo que respecta al homicidio culposo por mala práctica profesional, sin afectar el derecho al trabajo de quien fuera objeto de una sanción, y quien, finalmente, al recuperar la libertad, sentirá que mediante el procedimiento de rehabilitación que le fue aplicado, podrá reintegrarse a la sociedad como un claro reflejo del cumplimiento de los objetivos estatales en lo que respecta al sistema penitenciario.

Esta propuesta permitirá, en última instancia, el que se cumpla con el un precepto sumamente acertado, el cual establece que “la norma penal, el sistema jurídico penal, el Derecho penal como un todo, sólo tiene sentido si se lo considera como la continuación de un conjunto de instituciones, públicas y privadas (familia, escuela, formación profesional, etc.)” (García Arán y Muñoz Conde, 2010, p. 63).

Ese precepto se ve reflejado en el presente trabajo, con la conjugación de todos los temas analizados, los que además no pueden desligarse del concepto de la persona como fin del derecho, para lo cual el Estado debe garantizar sus derechos, promover sus capacidades y generar un sistema equilibrado, en el que las penas aplicables a los delitos, y específicamente del homicidio culposo por mala práctica profesional, guarden pertinencia con el marco constitucional vigente en el Ecuador.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Conclusiones

La aplicación de la figura de la mala práctica profesional, tal como se encuentra contemplada en la normativa penal ecuatoriana, no puede ser entendida como exclusiva para el área médica, ya que la misma puede producirse en distintas áreas profesionales.

El Homicidio culposo por mala práctica profesional, puede verificarse tanto por acción como por omisión y no puede existir el grado de tentativa respecto del mismo.

Ninguna de las penas establecidas en el COIP, pueden estar en contraposición con el concepto de rehabilitación social integral previsto por la Constitución.

La aplicación de la inhabilitación profesional con posterioridad a la reinserción del sujeto a la sociedad, representa una grave limitación de derechos fundamentales.

La actividad de generación normativa en el Ecuador denota una clara falta de coordinación a nivel de las entidades estatales respecto de las políticas que el Estado Ecuatoriano promulga y busca perseguir.

La falta de coordinación dentro del Estado degenera en visibles afectaciones de goce y vigencia de derechos de los ciudadanos que se han visto privados de la libertad y que deben ser reinsertados en la sociedad.

4.2 Recomendaciones

Se recomienda tomar en cuenta la armonía normativa propuesta, a fin de que en el futuro, se puedan evitar estos problemas jurídicos respecto a normas que puedan degenerar en una situación de inconstitucionalidad.

Se debe mejorar la técnica legislativa en el ámbito penal, a fin de generar normas que sean claras y precisas, que no necesiten, de ser posible, complementarse con otras, pues esto genera complicaciones respecto de la aplicación de dichas normas.

En cuanto a la figura de la inhabilitación, podría seguirse el ejemplo de la normativa extranjera al determinar de manera taxativa la misma en lo que se refiere a su naturaleza, diferenciándola según el hecho que la genera, siempre cuidando que la aplicación de la misma no resulte en violaciones a derechos fundamentales.

Mejorar la coordinación de las distintas instancias estatales, a fin de que cuando una norma haga referencia a organismos o normas necesarias para llevar a cabo la actividad estatal, dichos organismos y normas existan y no se genere esta vez no sólo una falencia normativa sino además estructural dentro del aparataje estatal.

REFERENCIAS

- Araujo, M. (2014). *Consultor Penal – COIP*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Arroyo, L., Neumann, U. y Nieto, A., *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Universidad de Castilla - La Mancha.
- Arroyo, L. (2005). *Las normas penales en blanco y su legitimidad*. Manta: Arroyo Ediciones.
- Ávila, R. (2008). *Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Ávila, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal. Hacia su mejor comprensión y aplicación*. Quito: Corporación Editora Nacional/UASB.
- Beccaria, C. (2006). *De los delitos y de las penas*. Bogotá: TEMIS.
- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Bustos Ramírez, J. (2008). *Derecho Penal: Parte General Volumen II*. Quito: Jurídica Ecuatoriana.
- Cabanelas, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Castillo, E. (2007). *La imprudencia: autoría y participación*. Madrid: Dykinson.
- Castro-Gómez, S. (2000). Ciencias sociales, violencia epistémica y el problema de la "invención del otro". En Edgardo, L. *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (pp 88-98). Buenos Aires: CLACSO.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014)*. Registro Oficial 180, Suplemento, de 10 de febrero de 2014.
- Código Penal Argentino. (1984)*. Ley 27347 (Modificatoria), de 06 de enero de 2017.
- Código Penal Boliviano. (1997)*. Resolución Ministerial 404/10 (Modificatoria), de 10 de noviembre de 2010.
- Código Penal Chileno. (1874)*. Ley 20587 (Modificatoria), de 08 de junio de 2012.

- Código Penal Colombiano. (2000). Ley 599, Diario Oficial número 44.097 del 24 de julio de 2000.
- Código Penal Peruano. (1991). Decreto Legislativo (Modificatorio), de 07 de enero de 2017. Cabanelas, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.
- Convención Interamericana de Derechos Humanos*. (1969).
- Corte Nacional de Justicia. *Aclara el alcance del art. 146 del código integral penal*. Resolución No.: 01-2014. Recuperado el 13 de mayo de 2016 de <http://www.cortenacional.gob.ec>.
- Crespo, D. (1999). *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Creus, C. (1992). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: ASTREA.
- Defensoría del Pueblo de Ecuador. (2016). *Soporte Teórico del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes del Ecuador*. Quito: Defensoría del Pueblo.
- Díaz, M. y Rama, C. (2014). *La reinserción y rehabilitación social en la cárcel Uruguay*. Montevideo: UDE.
- Dirección de Protección de Derechos (2012). *Manual de Derechos Humanos: Una herramienta básica para las/os servidoras públicas/os*. Quito: Ministerio del Interior.
- Donna, E. (2008). *Derecho Penal: Parte Especial Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Donna, E. (2008). *Derecho Penal: Parte General Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Fernández, A. (1997). *Derecho penal: Teoría del delito*. México: UNAM.
- Ferrajoli, L. (1998). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo penal*. México: UNAM.
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y Garantismo*. Madrid: Trotta.

- Fuentes, H. (2008). El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. *Ius et Praxis*, 14 (2), (15-45).
- García, R. (2014). *Código Integral Penal Comentado* (Vol. I). Lima, Perú: Ara Editores.
- Isler, C. (2013). Las bases filosóficas de la doctrina penal de Thomas Hobbes. *Revista de estudios histórico-jurídicos*. Recuperado el 23 de mayo de 2016 de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552013000100022.
- Kant, I. (1989). *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos.
- Ministerio Coordinador de Seguridad. (2014). *2014 Año de la rehabilitación social en el Ecuador*. (Revista Digital Nuestra Seguridad). Recuperado el 12 de mayo de 2015 de <http://www.nuestraseguridad.gob.ec/es/articulo/2014-a%C3%B1o-de-la-rehabilitaci%C3%B3n-social-en-el-ecuador>
- Ministerio de Justicia. (2010). *La rehabilitación social se humaniza en el país*. (Revista Digital Justicia y Derechos). Recuperado el 14 de mayo de 2015 de http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/1_Justiciay_Derechos01.pdf
- Ministerio de Salud Pública. (2016). *MSP Explica el art. 146 del COIP*. Recuperado el 04 de mayo de 2016 de <http://www.salud.gob.ec/msp-explica-el-art-146-del-coip/>
- Moore M. (2011). *Causalidad y responsabilidad. Un ensayo sobre derecho, moral y metafísica*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Muñoz, F y García, A. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. (1966). Organización de las Naciones Unidas.
- Pazmiño, E. (2014). La constitucionalización de la justicia penal en Ecuador: La experiencia del COIP. En R. Ávila. *Código Orgánico Integral Penal. Hacia su mejor comprensión y aplicación* (pp. 11-19). Quito: corporación Editora Nacional. Universidad Andina Simón Bolívar.

- Real Academia de la Lengua Española. Recuperado el 18 de mayo de 2016 de <http://dle.rae.es/?id=VkUpXkt>.
- REDRESS. (2009). *La rehabilitación como una forma de reparación con arreglo al derecho internacional*. Londres: REDRESS.
- Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación. (2016). Registro Oficial 695 de 20 de febrero de 2016.
- Roxin, C (1997). *Derecho Penal Parte General TOMO I: Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*. Madrid: CIVITAS.
- Ruiz, C (2011). Teoría de los fines de la pena. En Universidad Externado de Colombia, *Lecciones de Derecho Penal: Parte General (2ª. Ed.)*. (p. 26-45). Bogotá: Departamento de Derecho Penal y Criminología.
- Rumiguango, G. (2009). *La antijuricidad de las concausas*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Sánchez, F. (2015). *Infracciones a la Ley Penal contenidas en el COIP Tomo I*. Quito: Sin Editorial.
- Silva, J. (2008). La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. Indret. *Revista para el Análisis del Derecho*, 1-15.
- Soto, M. (2005). *Nociones básicas de derecho*. San José. EUNED: Editorial Universidad Estatal a Distancia.
- Subsecretaría de Desarrollo Normativo. (2013). *Serie Memorias y Debates. Memorias: Prevención del Delito y Derecho Penal*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Subsecretaría de Desarrollo Normativo. (2014). *Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad: Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Subsecretaría de Desarrollo Normativo. (2014). *Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad: La rehabilitación Social en el contexto latinoamericano*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Subsecretaría de Desarrollo Normativo. (2014). *Serie memorias y debates: Memorias del Seminario Internacional Derecho y Administración*

- Penitenciaria: Fundamentos de la reforma.* Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Torio, A. (1974). *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos.* Tenerife: Universidad de La Laguna.
- Yavar, F. (2015). *Orientaciones desde el Art. 1 al 250 COIP.* Guayaquil: FERYANÚ.
- Zaffaroni, E., Alagia A. y Slokar, A. (2006). *Manual de Derecho Penal Parte General.* Buenos Aires: EDIAR.
- Zaffaroni, E. (2006). *El Enemigo en el Derecho Penal.* Buenos Aires: EDIAR
- Zambrano, A. (2008). *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Zambrano, A. (2014). La mala práctica profesional en el COIP. Recuperado el 30 de mayo de 2016 de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoopenal/2014/02/24/la-mala-practica-profesional-en-el-coip>