

UNIVERSIDAD DEL PACIFICO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICS “RAMIRO
BORJA Y BORJA”

ANALISIS DE LA “MALA PRACTICA PROFESIONAL” EN EL
ECUADOR, CASO PRACTICA MEDICA

TRABAJO DE CULMINACIÓN DE CARRERA (TCC) PREVIO A LA
OBTNCION DEL TITULO DE ABOGADA DE LA REPÚBLICA

AUTORA: LICETH ESTEFANIA SANCHEZ RODRIGUEZ

DIRECTOR: DR. AUGUSTO LARA

Quito - Ecuador

Noviembre, 2011

DECLARACIÓN

Yo, Liceth Estefanía Sánchez Rodríguez, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido previamente presentado para ningún grado, calificación profesional o proyecto público ni privado; y que he consultado las diferencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

Liceth Estefanía Sánchez Rodríguez
171363581-9

CERTIFICACIÓN

Certifico que el presente trabajo fue desarrollado por Liceth Estefanía Sánchez Rodríguez, bajo mi supervisión.

Dr. Augusto Lara
DIRECTOR DE TESIS

REVISIÓN DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL

Decana: Dr. Ruby Rodríguez Castelo

Director: Dr. Augusto Lara

Lector: Dr. Iván Merchán Aguirre

Lector: Dr. Remigio Sacoto Aguilar

AGRADECIMIENTO

A Dios, por ser mi fuerza, a mis padres y hermanos por su paciencia, consejo y apoyo, a mi novio por su amor, a mis amigos y profesores que han sido testigos de este camino que hoy solo empieza.

DEDICATORIA

El presente trabajo está dedicado a Dios, que ha sabido manifestarse a través de cada una de las personas que han estado a mi alrededor durante esta época de mi vida, a mis padres por ser un soporte incondicional, a mis hermanos, novio y amigos, quienes con su sola presencia pueden convertir cada amanecer en un día único y especial, y a aquellos maestros que no solo supieron ser catedráticos sino también amigos.

Liceth Estefanía Sánchez Rodríguez

INDICE**INTRODUCCION**Capítulo 1 **CAPITULO**

I..... 1

Capítulo 2 1.ANTECEDENTES

..... 1

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA.....	1
1.2. LEX ARTIS	4
1.3.LEGISLACIÓN ECUATORIANA	6
1.3.1. CONSTITUCIÓN DE 2008	7
<i>1.3.1.1. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.....</i>	<i>7</i>
1.3.1.2. GARANTÍAS Y DERECHOS	11
1.3.1.3. RESPONSABILIDAD Y OBLIGACIONES DEL SERVICIO DE SALUD	14
1.3.2. COMPARACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1998 Y 2008.....	18
1.4. LEGISLACIÓN NACIONAL RELACIONADA A LA MALA PRÁCTICA MÉDICA	21
1.4.1. LEY ORGÁNICA DE LA SALUD	21
1.4.2. CÓDIGO PENAL	22
1.4.3. CÓDIGO CIVIL	25
1.4.4. LEY REFORMADA Y CODIFICADA DE LA FEDERACIÓN MEDICA ECUATORIANA PARA EL EJERCICIO, PERFECCIONAMIENTO Y DEFENSA PROFESIONAL.....	25
1.4.5. LEY ORGÁNICA DEL CONSUMIDOR	28
1.4.6. LEY DE DERECHOS Y AMPARO DEL PACIENTE	28
1.5. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL	30
1.5.1. JURAMENTO HIPOCRÁTICO	30

CAPÍTULO II.-

2. GENERALIDADES	32
2.1. DELITO	39
2.2. EL DOLO.....	35
2.2.1. DOLO CONSCIENTE	38
2.2.2. DOLO EVENTUAL	40
2.3. CULPA	45
2.3.1. CLASIFICACIÓN LEGAL DE LA CULPA	46
2.3.2. CLASIFICACIÓN DE LAS FORMAS DE CULPA	46
2.3.3. CULPA PROFESIONAL	51
2.3.3.1. CULPA PROFESIONAL MÉDICA	54
2.3.3.1.1. ERROR MEDICO	58
2.3.3.1.2. MALA PRÁCTICA	59
2.3.3.1.2.1. NEGLIGENCIA	60

2.3.3.1.2.2. IMPRUDENCIA	63
2.3.3.1.2.3. IMPERICIA	64
2.4. ACCIÓN Y OMISIÓN	65
2.4.1. ACCIÓN	66
2.4.2. OMISIÓN	68
2.5. CUASIDELITO	69
2.5.1. CARACTERÍSTICAS DEL CUASIDELITO	71
2.6. RELACIÓN MÉDICO – PACIENTE	76
2.7. REGISTROS MÉDICOS	77
2.7.1. RESERVA ADMINISTRATIVA DE REGISTROS MÉDICOS	78
2.7.2. FICHA MÉDICA	81
2.7.3. HISTORIA CLÍNICA	82
2.7.3.1. CARACTERÍSTICAS DE LA HISTORIA CLÍNICA	83
2.7.3.2. REQUISITOS DE LA HISTORIA CLÍNICA	84
2.8. ENFERMEDADES PREEXISTENTES	86

Capítulo 3 CAPITULO III.-

Capítulo 4 3.	TEORÍAS	GENERALES
.....	88	3.1. TEORÍA
CONTRACTUAL	88	3.2. TEORÍA DE
LAS OBLIGACIONES	92	3.2.1. ELEMENTOS
DE LA OBLIGACIÓN	93	3.2.2. FUENTES DE LAS
OBLIGACIONES	94	3.2.3. ESPECIES DE
OBLIGACIONES	95	3.2.3.1. CLASIFICACIÓN
DE LAS OBLIGACIONES POR SU NATURALEZA ..	95	3.2.3.1.1. TIPOS DE
OBLIGACIONES QUE INTERVIENEN EN LA MALA PRACTICA MEDIO	96	3.2.3.1.1.1.
.....	96	3.2.3.1.1.2.
OBLIGACIONES DE HACER	97	3.1.3.2.1.3.
OBLIGACIONES DE MEDIOS	98	3.1.2.3. MODOS
OBLIGACIONES DE RESULTADO	99	3.1.2.3. MODOS
DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES CIVILES	101	3.3.
3.1.2.4. MODOS DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	104	3.3.1.
TEORÍA DEL CASO	114	3.3.1.
ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL CASO	115	

Capítulo 5 CAPITULO IV.- ANÁLISIS JURÍDICO DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA

4.1. DERECHO PENAL	123
4.1.1. ATIPICIDAD	125
4.1.1.1. PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE LA RESPONSABILIDAD MALA PRÁCTICA MÉDICA	126
4.1.2. TIPICIDAD SUBJETIVA	129
4.1.3. IMPUTACIÓN OBJETIVA	130
4.1.3.1. SUJETO	131
4.1.3.1.1. SUJETO ACTIVO	132

4.1.2.1.1.1. CLASIFICACIÓN DE GRADOS DE RESPONSABILIDAD DEL SUJETO ACTIVO	132
4.1.2.1.1.2. ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD: VOLUNTAD Y CONCIENCIA EN LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN EL SUJETO ACTIVO	136
4.1.2.1.1.2.1. VOLUNTAD	137
4.1.2.1.1.2.2. CONCIENCIA	138
4.1.2.1.1.3. RESPONSABILIDAD EN DERECHO PENAL DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD	139
4.1.2.1.1.3.1. RESPONSABILIDAD DEL MEDICO	142
4.1.2.1.1.3.2. RESPONSABILIDAD DEL CIRUJANO	146
4.1.2.1.1.3.2.1. RESPONSABILIDAD DEL CIRUJANO CON OTROS PROFESIONALES DE LA MEDICINA	150
4.1.2.1.1.3.2.2. RESPONSABILIDAD DEL CIRUJANO PLÁSTICO	152
4.1.2.1.1.3.2.3. RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL DE ENFERMERÍA	154
4.1.2.1.1.3.2.4. RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUDE EN URGENCIA	157
4.1.2.1.1.3.2.5. RESPONSABILIDAD DEL ANESTESIÓLOGO	159
4.1.6.2. SUJETO PASIVO	161
4.1.2.2. ACCIÓN TÍPICA	162
4.1.2.2.1. RELACIÓN DE CAUSALIDAD	163
4.1.2.3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	163
4.1.2.3.1. LA VIDA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	165
4.1.2.3.2. LA SALUD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	169
4.1.1.3. CLASIFICACIÓN DE DELITOS POR EL BIEN JURÍDICO VULNERADO	177
4.1.4.1. CONSENTIMIENTO INFORMADO	178
CAPITULO VI.- DERECHO PENAL Y CIVIL	185
5.1. ÁMBITOS DE RESPONSABILIDAD	185
5.1.1. HOMICIDIO Y ASESINATO	186
5.1.2. LESIONES Y DAÑOS	188
5.2. ATENUANTES DE RESPONSABILIDAD	190
5.3 SANCIONES	192
5.4. DERECHO CIVIL	193
5.4.1. CONTRATO	193
5.4.2. RESPONSABILIDAD CIVIL	196
5.4.2.1. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL	198
5.4.2.2 RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	199
5.4.3. INDEMNIZACIÓN	201
5.4.3.1. LUCRO CESANTE	206
5.4.3.2. DAÑO EMERGENTE	208
5.4.3.2.1. VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL	209
5.4.3.3. DAÑOS Y PERJUICIOS	211
5.4.4. SEGURO DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL	212

CAPITULO VI

6. DERECHO COMPARADO	216
6.1. DERECHO COMPARADO	216
6.1.1. LEGISLACIÓN COMPARADA ENTRE ECUADOR Y CHILE.....	217
6.1.1.1. DERECHO CONSTITUCIONAL	217
6.1.1.2. CÓDIGO CIVIL Y PENAL.....	221
6.2.2. LEGISLACIÓN COMPARADA ENTRE ECUADOR Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	227
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	232
CONCLUSIONES	232
RECOMENDACIONES	235
CUADROS CUANTITATIVOS.....	237

ANALISIS DE LA “MALA PRACTICA PROFESIONAL” EN EL ECUADOR, CASO PRACTICA MEDICA

INTRODUCCION

El tema ha sido escogido por la frecuencia con la que ocurren casos de mala práctica profesional, y con mayor incidencia o visibilidad de mala práctica médica, sin que se le dé, el debido tratamiento y sanción para defender los derechos de las personas. Es decir no se ha dado la debida importancia y muchas veces han pasado desapercibidas y sin la debida sanción.

El impacto social que el estudio de este tema debe tener en la sociedad ecuatoriana, es importante debido a que tiene por objetivo, primero el dar a conocer a quienes lean el presente trabajo de investigación acerca de lo que representa la practica medica, y teniendo a estas definiciones como punto de partida poder concientizar acerca de los diferentes derechos que como ciudadanos poseen y que pueden ser vulnerados cuando se presentan acciones provenientes del mal actuar de un profesional de la medicina, así como también el camino a seguirse en caso de sentirse perjudicado, pero sin una tipificación clara no se puede cumplir con este propósito por lo tanto este es el segundo objetivo fundamental, el lograr la tipificación del delito de la mala práctica médica, en vista que la forma en cómo se ha venido juzgando hasta la actualidad, ha sido errónea y hasta obsoleta, una vez que se cubran estos aspectos, entonces sí los gobernados ecuatorianos podrán acceder no solo a un mejor servicio de salud, sino al servicio de justicia en caso de requerirlo.

Como ya se había mencionado, el juzgamiento erróneo y el usar figuras jurídicas obsoletas no ha traído mas que inicios de procesos que no han tenido ningún fin exitoso, y que por la complejidad de probar ya desde el punto de vista civil como el cuasidelito cometido o la infracción han tenido que ser archivados, convirtiéndose en un consuelo momentáneo al dolor causado por la mala práctica médica, tanto en las víctimas directas como en las indirectas que usualmente son los familiares más cercanos.

El uso de figuras jurídicas erróneas, se hace porque al no haber una tipificación específica para la mala práctica médica, ni en el Ecuador ni en otros países, se tendrá necesariamente que realizar una adaptación a una figura ya establecida, entonces este tipo de vacío legal no se produce solamente en el ámbito local, sino también a nivel internacional, pero más allá de esto, esta la falta de conocimiento por parte de los gobernados en relación a sus derechos y su defensa, temas permanentes y universales cuyo respeto y seguridad deben estar garantizadas por las respectivas legislaciones. Como ejemplo de estos derechos están: el derecho a la información que debe tener el paciente; el derecho a una atención digna y segura, derechos garantizados en la Declaración de los Derechos de los Pacientes, firmada en Lisboa en 1981.

Con la tipificación de esta acción en la legislación ecuatoriana, se conseguiría el sustanciar no solo el ámbito jurídico en cuanto a sentencias y doctrina, sino también el concientizar a los médicos para que tomen mayores responsabilidades dentro del ámbito social que les corresponde.

Ahora bien hay que determinar las figuras bajo las que se juzgan hasta la actualidad este tipo de malas prácticas profesionales, en específico la mala práctica médica, entre estas esta el cuasidelito y el delito inintencional, todo dependerá del objetivo al que se quiera llegar en vista

que en el Ecuador no se puede juzgar una acción dos veces, siendo así si el objetivo es una indemnización meramente pecuniaria se la realizaría por medio de vía civil y se dejaría de lado la responsabilidad penal existente propia de la acción cometida, y en consecuencia se deja el camino abierto para un próximo cometimiento de la misma infracción, pero si el fin es únicamente obtener medidas privativas de libertad la vía será netamente penal, y no se tendrá ningún tipo de compensación a más de la “moral” de haber privado de la libertad al presunto infractor.

El cuasidelito es una acción u omisión, con que se causa mal a otro por descuido, imprudencia o impericia, sin intención de dañar. También es la responsabilidad que tiene una persona por ciertos actos ajenos, según el Diccionario de Cabanellas¹.

Sus elementos constitutivos son: negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia a la ley y sus reglamentos, que puede causar daño a otros, sin intención de dañar. Sin embargo, hay que diferenciar lo que es la culpa y el dolo para establecer la diferencia exacta entre el cuasidelito y el delito no intencional.

Entonces la culpa² es el proceder con omisión de la diligencia exigible o negligencia, y dolo en el derecho civil constituye, la voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de falsedades y sutilezas o de la ignorancia ajena; pero sin intervención de fuerza ni amenazas. Por lo tanto la diferencia consiste, en la premeditación, la anticipación, la planificación, que tiene como fin el causar daño a otra persona o bien.

¹ CABANELAS, GUILLERMO, (1997) “Diccionario Enciclopédico de derecho Usual”, tomo II, C – D, Buenos Aires - Argentina Editorial Heliasta S.R. L.

² CABANELAS, GUILLERMO, (1997) “Diccionario Enciclopédico de derecho Usual”, tomo II, C – D, Buenos Aires - Argentina Editorial Heliasta S.R. L.

Se constituye en una figura netamente civil, debido a que la responsabilidad que se crea es de carácter extra contractual, ya que no nace de un contrato o convención. Se puede presentar en cualquier momento y ser cometido por cualquier persona. Sin embargo, toda acción u omisión que desemboque en un daño a una persona ósea en un cuasidelito, debe ser reparado mediante una indemnización pecuniaria, para así reparar el daño ocasionado, siendo esta forma de reparación un modo de compensación, ya que ningún daño será completamente resarcido por una determinada cantidad de dinero.

Como casos se puede citar los siguientes: Albán Cornejo y otros vs. Ecuador; Dr. Alfonso Dávalos Romero Vs. Ing. Alfredo Tinajero Albornoz, los 21 contagiados de VIH en la ciudad de Guayaquil, procesos cuyo objetivo era el obtener una compensación que mitigue el daño causado.

La esencia del cuasidelito, es la ausencia de dolo, figura que según la definición de Luis Jiménez de Asúa,³ “es el producto o resultado típicamente antijurídico con la conciencia de que se está quebrando el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción o con representación del resultado que se quiere, en otras palabras el dolo”.

Si en cambio se tiene conocimiento y voluntad de realizar un delito o una conducta punible, se tiene una intención dolosa, fue configura la responsabilidad y la convierte en una acción penada por la ley, como lo determinan las diferentes leyes vigentes en Ecuador y lo señala el Código Penal en su Título Primero, art. 5, y Código Procesal Penal, en el Título I, Art. 18.

³ Jiménez de Asúa, Luis. (1997): "Lecciones de Derecho Penal". México. Editorial. Harla.

El tema ha sido escogido por la frecuencia con la que ocurren este tipo de acciones como la mala práctica profesional, sin que se le dé, el debido tratamiento y sanción para defender los derechos de las personas. No se le ha dado la debida importancia y muchas veces han pasado desapercibidas y sin la debida sanción.

Máximo han sido atendidas cuando causan conmoción por el mal causado, mientras dura el dolor de las víctimas, por lo que se consideró que hay que reglamentar estas acciones para poder conocerlas y encaminar de una manera más clara y objetiva lo que representa, por ejemplo, la mala práctica médica y así lograr que se considere este tipo de ilícito en el ámbito del derecho ecuatoriano y tenga un debido tratamiento y sanción.

El impacto social que el estudio de este tema debe tener en la sociedad ecuatoriana, es importante para empezar a concientizar acerca de los diferentes derechos que como ciudadanos poseen los mismos, que deben ser respetados y en caso de ser vulnerados, reclamados para hacer valer las garantías consagradas en la Constitución y poder acceder a la justicia.

Este tipo de vacío legal no se produce solamente en el ámbito local, sino también a nivel internacional, debido a que los derechos y su defensa son temas permanentes y universales y su respeto y secuencia deben estar garantizadas por las respectivas legislaciones. Como otros ejemplos tenemos: el derecho a la información que debe tener el paciente; el derecho a una atención digna y segura, derechos garantizados en la Declaración de los Derechos de los Pacientes, firmada en Lisboa en 1981.

Esta responsabilidad no sólo compete a la sociedad en general, sino también a la sociedad médica, cuyos integrantes como sujetos responsables, en ocasiones ni siquiera conocen de la problemática, cuando se enfrentan a una inesperada situación de esta naturaleza, y tampoco los

derechos, obligaciones y porque no decirlo los procedimientos a seguirse para enfrentar este tipo de situaciones o para evitarla. Por lo que, se hace necesario sentar precedentes legales en forma de disposiciones expresas que se pueden aplicar.

1.- ANTECEDENTES

Para un mejor análisis se va a estudiar el caso de la mala práctica médica iniciando con los orígenes de esta figura jurídica, pero que ha sido relegada o no tratada por la sociedad, debido a la poca reacción que ha producido.

En el Código de Hammurabi, establece por primera vez esta “La responsabilidad medica, en el sentido de señalar que, "Si un médico hizo una operación grave con el bisturí de bronce y lo ha hecho morir, o bien si lo operó de una catarata en el ojo y destruyó el ojo de este hombre, se cortarían sus manos y compensar con otro esclavo a modo de indemnización”,

La Ley de las XII Tablas también menciona y señala esta infracción “*Mutilado el miembro, si no hay transacción, impónganse al autor la Ley del Talión*”.

En el Corpus Iuris Civile, Justiniano menciona que uno de los principios del derecho más importantes dentro de las Institutas era: “*Vivir como se debe, no hacer daño a otro, y dar a cada uno lo que es suyo*”; basándose en conceptos más amplios en referencia a la defensa y respeto de los derechos y no sólo enfocándose en la mala práctica médica.

El Código Napoleónico, se refiere de una manera más amplia al tema en algunos artículos, COMO: “1382: *Cualquier hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquel por causa de quien sucedió a repararlo.* ; y 1383: *Cada cual es responsable del perjuicio que ha causado, no solamente por el hecho suyo, sino también por su negligencia o imprudencia*”, y si

bien es cierto no se menciona a la mala práctica médica como tal, se hace referencia a los cuasidelitos, que como se analiza en este trabajo puede ser considerada así.

En la compilación hecha por Andrés Bello, se dice: *"El médico debe actuar prudentemente, como lo haría un buen padre de familia, poniéndose en la circunstancia de que él mismo fuese el paciente"*, señalando con mayor claridad la relación de responsabilidad de la actividad médica.

En el país no se ha tipificado como cuasidelito a la mala práctica médica en ninguno de los cuerpos legales, y se ha dejado a la situación en un limbo jurídico. Únicamente se mencionan las características principales y constitutivas de la figura del cuasi delito, pero no se las relaciona con la mala práctica médica para configurarla como un cuasidelito o delito que puede ser sometido a juzgamiento.

También se hace necesario especificar que el bien jurídico que va a proteger es la vida por medio la constitución y otros cuerpos legales. Así como las personas que intervienen y los niveles de responsabilidad. Se considera que una de las situaciones más frecuentes en que se produce es en la relación médico – paciente.

2. MARCO LEGAL

Una vez identificados los elementos teóricos relacionados con la figura del cuasidelito, la mala práctica médica se va a analizar en la Constitución y demás leyes, como: los Códigos Civil y Penal, la Ley de Federación Médica Ecuatoriana, también en la legislación internacional, en instrumentos como La declaración de los Derechos humanos, Declaración de los derechos de los pacientes, el Juramento Hipocrático y otros.

La investigación tendrá como fuente, las sentencias emitidas por los jueces de las Salas de lo Civil y Mercantil, de la Ex Corte Suprema, en las cuales se ha tratado el tema, en procesos puntuales como los casos Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador y Rengifo Dávalos Vs. Hospital Militar de Quito, proceso que fue ventilado en la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, llegando a esta segunda instancia para ser rechazado sin opción a apelación, en el año 2008.

En reiteradas ocasiones este alto Tribunal ha tratado estos casos, de manera que la Jurisprudencia se convierte en una fuente del derecho directa, que no es siempre valorada y tomada en consideración.

Por esta razón se pretende que mediante este trabajo se valore a la Jurisprudencia de una manera más permanente, para que pueda servir como guía y base para una mejor aplicación de la justicia y los usuarios puedan obtener mayores y mejores beneficios.

El procedimiento a seguirse dentro del Ecuador, se convierte en una verdadera odisea, debido a la burocracia existente en el país, las trabas procesales, entre otros factores, como una breve idea, en caso de querer demandar la mala práctica médica, hay que acudir ante el tribunal de honor del Colegio de Médicos, donde será juzgado y quedará en un archivo confidencial la sentencia obtenida, pudiendo apelarse la sanción ante la Federación de médicos, por cuerda separada se gestiona la investigación de la presunta mala práctica, y una vez sentenciado este proceso, en el mejor de los casos se solicita una indemnización por vía civil.

En medio de todo este largo proceso, aparecen las trabas procesales como la ley de federación médica ecuatoriana donde menciona, que un galeno no puede agraviar a otro, por lo tanto los pocos testigos, que pudieran ayudar esclarecer los hechos, tienen una mordaza legal, llegando a convertirse en encubridores del ilícito, un similar ocurre con la violencia doméstica,

que nadie que viva dentro de la misma casa puede denunciar al agresor. Estos son las contradicciones de la legislación ecuatoriana.

3. DERECHO COMPARADO

La investigación también va a hacer un estudio comparado con los sistemas jurídicos chileno y norte americano, que aunque tienen diferentes bases, en cuanto a la sistemática y casuística puede ayudar a que se cumplan los objetivos planteados, y la propuesta de reconocer la mala práctica médica como un cuasidelito o a su vez como delito, estableciendo su alcance jurídico y la necesidad de que se establezca la responsabilidad y se fije la debida sanción.

4.- HIPOTESIS

Analizar el delito culposo en el ámbito del derecho penal, partir del concurso de las teorías reales y generales, para determinar la proporción de la sanción al hecho y fijar los correspondientes efectos de la infracción en la mala práctica médica.

5.- FUNDAMENTO TEORICO

En el plano académico el cuasidelito y en particular las malas prácticas profesionales han, sido temas poco tratados, aunque por la frecuencia con la que estos casos se presentan en la sociedad, se requieren de un estudio más profundo.

Si bien es cierto el cuasidelito es una acción u omisión que puede confundirse con el delito no intencional, hay que diferenciar la materia a la que se refiere cada uno. El cuasidelito se

encuadra en el campo del derecho civil y el delito no intencional en el área del derecho penal. El límite que separa a estas dos acciones es muy pequeño y se puede decir que la diferencia básica es la existencia o no de dolo.

El dolo, como elemento del derecho ha sido definido por varios tratadistas. Francisco Carrara⁴ lo define como *“la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley”*. Manzini⁵ define al dolo como *“la voluntad consciente y no coaccionada de ejecutar u omitir un hecho lesivo o peligroso para un interés legítimo de otro, del cual no se tiene la facultad de disposición conociendo o no que tal hecho esta reprimido por la ley”*.

Lo que si caracteriza a la figura del cuasidelito es la existencia de culpa, que como menciona Carrara es *“la voluntad u omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho”*.

El cuasidelito, es un acto que puede surgir de manera intempestiva, porque nadie está libre de ser sujeto activo o pasivo de un cuasidelito civil, las malas prácticas profesionales, siempre que existan los siguientes elementos: negligencia, impericia, imprudencia o inobservancia de leyes y reglamentos.

En los casos de la mala práctica médica, el cuasidelito estaría caracterizado por tener estos elementos constitutivos, es decir actuar con impericia, negligencia, imprudencia e inobservancia de leyes y reglamentos, acciones imputables que pueden generar responsabilidad legal al sujeto activo, es decir a la persona responsable de la acción u omisión.

⁴ Carrara, Francesco "Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito", pág. 73, 77/79, Traducción y notas de Vicente Romero Girón, Radamillanas SRL.

⁵ GRISANTI, Hernando (2.000): "Lecciones de Derecho Penal". Vadell Hermanos Editores. 12° Edición revisada.

Las penas establecidas, son exclusivamente de orden civil, de carácter pecuniario, por lo que, la reparación de los daños se debe hacer únicamente en dinero, tal como lo dispone el Código Civil en el Art. 2214 *“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”*. No se hace referencia expresa a la mala práctica médica, ya que como se ha mencionado no está tipificado el delito, sin embargo, ante el pago no se elimina la responsabilidad penal.

Tanto las personas jurídicas como naturales, puede ser potenciales sujetos activos de un cuasidelito. Por ejemplo, en el caso de los menores de edad los padres son responsables de las acciones u omisiones de sus hijos; también en el caso de los animales considerados no peligrosos por ser domésticos. Como ejemplo podemos citar el caso del menor Joel Rivera Paz de la ciudad de Durán, quien murió a causa de la gravedad del ataque de un pitbull. El caso fue llevado ante los Tribunales y ha sido fundamentado en el Código Civil, libro IV, capítulo XXXIII, artículo 2226 *“El dueño de un animal es responsable de los daños causados por éste, aún después que se haya suelto o extraviado; salvo que la soltura, extravío o daño no puedan imputarse a culpa del dueño o del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal. Lo que se dice del dueño se aplica a toda persona que se sirva de un animal ajeno; salva su acción contra el dueño, si el daño ha sobrevenido por una calidad o vicio del animal, que el dueño con mediano cuidado o prudencia debió conocer o prever, y de que no le dio conocimiento.”*

El objetivo específico de los cuasidelitos es la obtención de una compensación económica, como respuesta a un daño producido a una persona o un bien, en beneficio del afectado o de su familia, si este hubiera una consecuencia como la muerte. Este sería un típico caso de mala práctica médica con muerte.

Pero esto es muy grave, porque si hay muerte el tratamiento debería ser más fuerte, debido a que no solo se está apagando una vida por una determinada acción u omisión que en su momento pudo haber sido previsible, sino que sentaría precedentes de que los médicos no pueden ejercer una profesión tan importante y delicada en la sociedad de una manera ligera, sin estar con el completo conocimiento y tener la destreza adecuada para ejercer. Por lo tanto considero que las sanciones no solamente deberían ser pecuniarias, sino también en el ámbito profesional, ya que en muchos casos, en base a una mal llamada ética y secreto profesional ha habido galenos que han incurrido en este tipo de acciones y omisiones de forma repetitiva.

Al hablar de un sujeto pasivo, nos estamos refiriendo a la persona que ha sido víctima de un daño, que puede llegar hasta la muerte o algún tipo de limitante permanente en la salud, en el caso de la mala práctica médica, producto de una actuación con negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia de los procedimientos, mientras que el sujeto activo es quien ejecuta de manera voluntaria o involuntaria una determinada acción u omisión que cause daño. Son sujetos complementarios que solo a base de la existencia de uno u otro puede configurar el cuasidelito.

Pero este es un riesgo personal, no compromete a terceros. El riesgo profesional es el evento, al que se encuentran expuestos los trabajadores por la actividad al servicio ajeno y por cuenta de otro y en consecuencia de su prestación o en el ejercicio de sus tareas. De ahí que Martín Catharino o más conocido como Martín Lutero, (1483) define al riesgo profesional como todo aquel que causa un accidente o enfermedad, directa o indirectamente relacionados con la prestación del trabajo subordinado y que tiene por efecto la imposibilidad absoluta o la incapacidad – total o parcial, temporal o permanente- de la víctima para trabajar.

En base a este tipo de conceptos es que surge la teoría del riesgo profesional, esta teoría ha sido incluida por la doctrina como una modalidad del riesgo – provecho o riesgo – beneficio, enfatizando especialmente en la responsabilidad por accidentes de trabajo – para Raymond Sallières & Josserand, jurisconsultos franceses (1897) quienes en virtud de las necesidades laborales y en el auge de la revolución industrial crearon la teoría del riesgo a la cual la Legislación Francesa de 1898, sobre accidentes de trabajo, consagraron la noción del riesgo profesional-. Sin embargo, el concepto de riesgo profesional puede desligarse, del riesgo provecho, es la obligación de indemnizar, y está en relación directa con el provecho-beneficio que trasladado a otras palabras viene a ser la indemnización la cual es calculada en virtud del lucro cesante y daño emergente que no es más que la cantidad de dinero que ha dejado de percibir por la actividad que desempeña y la que en tiempo futuro recibiría la persona que recibió el daño.

Para el autor del daño en una determinada actividad le significa, que puede adquirir cierta autonomía en el sentido de que la actividad que representa este provecho económico, sea una actividad calificada, que le exige a quien la ejerce determinados conocimientos sobre una ciencia o arte y por lo tanto, los daños que se produzcan en el ejercicio de esa actividad calificada deben ser indemnizados sin consideración alguna a la intervención o no de la culpa.

En conclusión en la Teoría del Riesgo Profesional, la responsabilidad no sólo radica en el provecho o beneficio económico que reporta la actividad generadora del daño, sino también, en la calidad misma de la actividad, que por su carácter especializado y altamente técnico, como en el caso de las llamadas profesiones liberales, como la de médicos representa para quien la ejerce una capacidad e idoneidad especial, a la cual debe responder en razón de este profesionalismo de los daños que resulten del ejercicio de esa actividad calificada o profesional, sin que pueda admitirse la noción de culpa, que quede excluida.

6.- OBJETIVOS

6.1 OBJETIVO GENERAL

- Determinar si existe o no la tipificación del acto punible denominado "mala práctica médica" en la legislación ecuatoriana y como esta puede ser compensada y resarcida.

6.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Obtener a partir de la tipificación existente del delito culposo, la proporcionalidad en cuanto a sanciones penales y pecuniarias que se puedan establecer para la infracción del la mala práctica médica.
- Establecer la responsabilidad civil en la "mala práctica médica" y el análisis de las sanciones que podrían imponerse si el daño es causado por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la Ley y Reglamentos.
- de ser el caso reformar la legislación ecuatoriana, para que esta infracción culposa, sea consecuente con las posibles sanciones que vayan a imponerse.

- Por medio de la legislación comparada, poder ubicar si en otros países esta infracción es regulada y de serlo, como se la considera y sanción, toda vez que la mala práctica médica es considerado culposo y de carácter abierto especial

7. JUSTIFICATIVO

Por ser la mala práctica médica y el cuasidelito, un tema poco estudiado y con alto grado de ocurrencia en el país, a través de este trabajo se pretende generar un aporte, en el sentido de considerar a la mala práctica médica como cuasidelito, para comprender y tratar de manera práctica y casuística los alcances que esta figura jurídica tiene, no solo en el plano jurídico, sino también social, por el daño en el que se puede incurrir que puede ser general. Su conocimiento y tratamiento debe estar al alcance de todos, como un derecho que tienen las personas y cuyo desconocimiento no excusa su cumplimiento, ni sanción.

Además que es un derecho que puede ser demandado en cualquier ámbito de la justicia como una figura específica, que no se debe confundir con delitos no intencionales, o con simples contravenciones que, por la poca importancia o trascendencia que se le ha dado en el ámbito jurídico, no han tenido el tratamiento debido en el Ecuador.

INTRODUCCION

El tema ha sido escogido por la frecuencia con la que ocurren casos de mala práctica profesional, y con mayor incidencia o visibilidad de mala práctica médica, sin que se le dé, el debido tratamiento y sanción para defender los derechos de las personas. Es decir no se ha dado la debida importancia y muchas veces han pasado desapercibidas y sin la debida sanción.

El impacto social que el estudio de este tema debe tener en la sociedad ecuatoriana, es importante debido a que tiene por objetivo, primero el dar a conocer a quienes lean el presente trabajo de investigación acerca de lo que representa la practica medica, y teniendo a estas definiciones como punto de partida poder concientizar acerca de los diferentes derechos que como ciudadanos poseen y que pueden ser vulnerados cuando se presentan acciones provenientes del mal actuar de un profesional de la medicina, así como también el camino a seguirse en caso de sentirse perjudicado, pero sin una tipificación clara no se puede cumplir con este propósito por lo tanto este es el segundo objetivo fundamental, el lograr la tipificación del delito de la mala práctica médica, en vista que la forma en cómo se ha venido juzgando hasta la actualidad, ha sido errónea y hasta obsoleta, una vez que se cubran estos aspectos, entonces sí los gobernados ecuatorianos podrán acceder no solo a un mejor servicio de salud, sino al servicio de justicia en caso de requerirlo.

Como ya se había mencionado, el juzgamiento erróneo y el usar figuras jurídicas obsoletas no ha traído mas que inicios de procesos que no han tenido ningún fin exitoso, y que por la complejidad de probar ya desde el punto de vista civil como el cuasidelito cometido o la infracción han tenido que ser archivados, convirtiéndose en un consuelo momentáneo al dolor causado por la mala práctica médica, tanto en las víctimas directas como en las indirectas que usualmente son los familiares más cercanos.

El uso de figuras jurídicas erróneas, se hace porque al no haber una tipificación específica para la mala práctica médica, ni en el Ecuador ni en otros países, se tendrá necesariamente que realizar una adaptación a una figura ya establecida, entonces este tipo de vacío legal no se produce solamente en el ámbito local, sino también a nivel internacional, pero más allá de esto, esta la falta de conocimiento por parte de los gobernados en relación a sus derechos y su defensa, temas permanentes y universales cuyo respeto y seguridad deben estar garantizadas por las respectivas legislaciones. Como ejemplo de estos derechos están: el derecho a la información que debe tener el paciente; el derecho a una atención digna y segura, derechos garantizados en la Declaración de los Derechos de los Pacientes, firmada en Lisboa en 1981.

Con la tipificación de esta acción en la legislación ecuatoriana, se conseguiría el sustanciar no solo el ámbito jurídico en cuanto a sentencias y doctrina, sino también el concientizar a los médicos para que tomen mayores responsabilidades dentro del ámbito social que les corresponde.

Ahora bien hay que determinar las figuras bajo las que se juzgan hasta la actualidad este tipo de malas prácticas profesionales, en específico la mala práctica médica, entre estas esta el cuasidelito y el delito inintencional, todo dependerá del objetivo al que se quiera llegar en vista que en el Ecuador no se puede juzgar una acción dos veces, siendo así si el objetivo es una indemnización meramente pecuniaria se la realizaría por medio de vía civil y se dejaría de lado la responsabilidad penal existente propia de la acción cometida, y en consecuencia se deja el camino abierto para un próximo cometimiento de la misma infracción, pero si el fin es únicamente obtener medidas privativas de libertad la vía será netamente penal, y no se tendrá ningún tipo de compensación a más de la “moral” de haber privado de la libertad al presunto infractor.

El cuasidelito es una acción u omisión, con que se causa mal a otro por descuido, imprudencia o impericia, sin intención de dañar. También es la responsabilidad que tiene una persona por ciertos actos ajenos, según el Diccionario de Cabanellas⁶.

Sus elementos constitutivos son: negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia a la ley y sus reglamentos, que puede causar daño a otros, sin intención de dañar. Sin embargo, hay que diferenciar lo que es la culpa y el dolo para establecer la diferencia exacta entre el cuasidelito y el delito no intencional.

Entonces la culpa⁷ es el proceder con omisión de la diligencia exigible o negligencia, y dolo en el derecho civil constituye, la voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de falsedades y sutilezas o de la ignorancia ajena; pero sin intervención de fuerza ni amenazas. Por lo tanto la diferencia consiste, en la premeditación, la anticipación, la planificación, que tiene como fin el causar daño a otra persona o bien.

Se constituye en una figura netamente civil, debido a que la responsabilidad que se crea es de carácter extra contractual, ya que no nace de un contrato o convención. Se puede presentar en cualquier momento y ser cometido por cualquier persona. Sin embargo, toda acción u omisión que desemboque en un daño a una persona ósea en un cuasidelito, debe ser reparado mediante una indemnización pecuniaria, para así reparar el daño ocasionado, siendo esta forma de reparación un modo de compensación, ya que ningún daño será completamente resarcido por una determinada cantidad de dinero.

⁶ CABANELAS, GUILLERMO, (1997) "Diccionario Enciclopédico de derecho Usual", tomo II, C – D, Buenos Aires - Argentina Editorial Heliasta S.R. L.

⁷ CABANELAS, GUILLERMO, (1997) "Diccionario Enciclopédico de derecho Usual", tomo II, C – D, Buenos Aires - Argentina Editorial Heliasta S.R. L.

Como casos se puede citar los siguientes: Albán Cornejo y otros vs. Ecuador; Dr. Alfonso Dávalos Romero Vs. Ing. Alfredo Tinajero Albornoz, los 21 contagiados de VIH en la ciudad de Guayaquil, procesos cuyo objetivo era el obtener una compensación que mitigue el daño causado.

La esencia del cuasidelito, es la ausencia de dolo, figura que según la definición de Luis Jiménez de Asúa,⁸ “es el producto o resultado típicamente antijurídico con la conciencia de que se está quebrando el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción o con representación del resultado que se quiere, en otras palabras el dolo”.

Si en cambio se tiene conocimiento y voluntad de realizar un delito o una conducta punible, se tiene una intención dolosa, fue configura la responsabilidad y la convierte en una acción penada por la ley, como lo determinan las diferentes leyes vigentes en Ecuador y lo señala el Código Penal en su Título Primero, art. 5, y Código Procesal Penal, en el Título I, Art. 18.

El tema ha sido escogido por la frecuencia con la que ocurren este tipo de acciones como la mala práctica profesional, sin que se le dé, el debido tratamiento y sanción para defender los derechos de las personas. No se le ha dado la debida importancia y muchas veces han pasado desapercibidas y sin la debida sanción.

Máximo han sido atendidas cuando causan conmoción por el mal causado, mientras dura el dolor de las víctimas, por lo que se consideró que hay que reglamentar estas acciones para poder conocerlas y encaminar de una manera más clara y objetiva lo que representa, por ejemplo,

⁸ Jiménez de Asúa, Luis. (1997): "Lecciones de Derecho Penal". México. Editorial. Harla.

la mala práctica médica y así lograr que se considere este tipo de ilícito en el ámbito del derecho ecuatoriano y tenga un debido tratamiento y sanción.

El impacto social que el estudio de este tema debe tener en la sociedad ecuatoriana, es importante para empezar a concientizar acerca de los diferentes derechos que como ciudadanos poseen los mismos, que deben ser respetados y en caso de ser vulnerados, reclamados para hacer valer las garantías consagradas en la Constitución y poder acceder a la justicia.

Este tipo de vacío legal no se produce solamente en el ámbito local, sino también a nivel internacional, debido a que los derechos y su defensa son temas permanentes y universales y su respeto y secuencia deben estar garantizadas por las respectivas legislaciones. Como otros ejemplos tenemos: el derecho a la información que debe tener el paciente; el derecho a una atención digna y segura, derechos garantizados en la Declaración de los Derechos de los Pacientes, firmada en Lisboa en 1981.

Esta responsabilidad no sólo compete a la sociedad en general, sino también a la sociedad médica, cuyos integrantes como sujetos responsables, en ocasiones ni siquiera conocen de la problemática, cuando se enfrentan a una inesperada situación de esta naturaleza, y tampoco los derechos, obligaciones y porque no decirlo los procedimientos a seguirse para enfrentar este tipo de situaciones o para evitarla. Por lo que, se hace necesario sentar precedentes legales en forma de disposiciones expresas que se pueden aplicar.

CAPITULO I

1. ANTECEDENTES

1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA

La humanidad tiene varias épocas muy importantes, que han partido a la historia en diferentes etapas, un ejemplo de esto es el aparecimiento de la escritura, del fuego, la rueda, etc., de igual manera ha tenido la medicina, ciencia que ha acompañado al hombre desde tiempos inmemorables, con concepciones diferentes que han sido aplicadas a las creencias, costumbres y sobre todo al modus vivendi de la época, es por esta razón y el paso del tiempo además de los avances tecnológicos propios de cada momento histórico, que la medicina se ha moldeado a la sociedad.

La medicina no siempre ha sido una ciencia exacta y tecnificada como en la actualidad, además estaba reservada su práctica para aquellos “elegidos” que pertenecían al Clero por ser considerados como emisarios de Dios, entonces no era una ciencia manejada por verdaderos profesionales de la materia, siendo así no existía una responsabilidad adecuada en el manejo de los pacientes, ni de la medicina, y tampoco de las consecuencias que los tratamientos empíricos practicados puedan ocasionar.

Es por esto que el Código de Hammurabi, estableció por primera vez esta responsabilidad con relación de los médicos, en el sentido de señalar que, "Si un médico hizo una operación grave con el bisturí de bronce y lo ha hecho morir", o “bien si lo operó de una catarata

en el ojo y destruyó el ojo de este hombre, se cortarán sus manos y compensará con otro esclavo a modo de indemnización”⁹,

La Ley de las XII tablas también menciona y señala esta infracción “*Mutilado el miembro, si no hay transacción, impónganse al autor la Ley del Talión*”¹⁰.

En Grecia a su vez, como una sociedad más racionalizada, se afirmó el principio de la culpa del médico, no se podía presumir por el solo hecho del resultado funesto, sino que debía analizarse sobre la base de la conducta seguida en concreto.

Posteriormente, la *lex Aquila*¹¹ fijó normas sobre la culpa y sus graduaciones y se hizo referencia a diversos hechos a cargo de médicos como abandono del enfermo, la no prestación de servicios, las actualizaciones inexpertas (*impericia*) y los experimentos peligrosos (*negligencia*), provocando que el *Corpus Iuris Civile*, de Justiniano mencione que uno de los principios del Derecho más importantes dentro de las *Institutas* era:

“vi. Si un médico, después de haber operado a tu esclavo, abandona el cuidado de su curación y el esclavo muere, hay culpa”

“vii. La *impericia* se cuenta también como culpa por ejemplo, si un médico ha matado a tu esclavo por haberlo operado mal, o por haberte administrado inoportunamente algún medicamento”.

⁹ Edgardo Malaspina Historia de la medicina del estado Guárico, segunda edición. Editorial Guárico, CONAC, Guárico 2006.

¹⁰ Hilda Román, el 27 de Mayo de 2007

¹¹ Votada según se cree en el año 287 a. de J.C. en los comicios de la plebe, a propuesta del tributo *Aquilio*, que unió así su nombre a una de las leyes más famosas de la Roma antigua, por lo regular el resarcimiento del daño causado a otro (*dammum injuria datum*) al matar o al herir a un esclavo o a un animal, o al destruir o menoscabar una cosa cualquiera.

Posteriormente, El Código Napoleónico, se refiere de una manera más amplia al tema en algunos artículos, como: “1382: *Cualquier hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquel por causa de quien sucedió a repararlo. ; y 1383: Cada cual es responsable del perjuicio que ha causado, no solamente por el hecho suyo, sino también por su negligencia o imprudencia*”, y si bien es cierto no se menciona a la mala práctica médica como tal, se hace referencia a los delitos culposos o cuasidelitos dependiendo de las características y circunstancias que hayan llevado al cometimiento de la negligencia médica.

En la compilación hecha por Andrés Bello, se dice: *"El médico debe actuar prudentemente, como lo haría un buen padre de familia, poniéndose en la circunstancia de que él mismo fuese el paciente"*, señalando con mayor claridad la relación de responsabilidad de la actividad médica.

En fin, a pesar que la historia ha mencionado varios momentos en los cuales la mala práctica médica ya era tomada en cuenta dentro de la legislación, por ser parte de la realidad social de cada grupo humano, en el Ecuador se ha dejado de lado y se ha optado por callar una verdad a gritos que sucede día tras día, y de la cual la sociedad ecuatoriana tiene que ver con gran frustración y pena como los vacíos legales existentes, han dejado los casos de mala práctica médica en la impunidad absoluta, claro ejemplos de esto son los siguientes casos:

- En 1995 en la clínica del Dr. Galo Garcés¹², quien aún ejerce la profesión en los Estados Unidos, fueron infectados con el virus del VIH, 21 personas, mientras recibían sus tratamientos de hemodiálisis de estos pacientes, de los cuales Carlos Mora, fue la última víctima en fallecer en el mes de julio del 2011:

¹² <http://www.eluniverso.com/2003/10/20/0001/626.html>

- El Dr. Tito Tomalá Pantaleón¹³, fue acusado de causar muerte cerebral a una de sus pacientes en la ciudad de Cuenca, y daños severos en una adolescente que alumbro en Guayaquil, en la casa asistencial de Salud Hospiclinik, los cuales fueron publicados en medios de comunicación, y no llegaron a instancias judiciales.
- En la ciudad de Chone, en el año 2007, se presento el caso de Angélica Cedeño Figueroa, quien murió en el Hospital de la ciudad, por la falta de atención oportuna, tanto para ella como para su neonato.
- Pero el caso más famoso del Ecuador por ser el único que ha tenido resultados en cuanto a sentencias condenatorias y resarcitorias es el caso Albán Cornejo, que inicio en el hospital Metropolitano en la ciudad de Quito.

Estos son solo muestras de los múltiples casos de mala práctica médica que han ocurrido en el Ecuador, de los cuales unos han llegado a instancias judiciales y otros se han quedado en el mero conocimiento público.

1.2. LEX ARTIS EN LA PRÁCTICA MÉDICA

La expresión *lex artis* –literalmente, “ley del arte”, y actualmente se considera el respeto de pautas deontológicas, bioéticas y de derecho médico.

La medicina así como otras profesiones relacionadas y unas cuantas que se basan en la experiencia de sus practicantes, por las técnicas operativas utilizadas que plasman en la práctica los procedimientos empíricos, ha sido considerada como un arte, y como una profesión liberal, es por esto que se rige por el principio de la “*lex artis*”, entendiéndose como el criterio valorativo de

¹³ http://www.rts.com.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=1023:negligencia-medica-en-cuenca-y-mas-denunciantes-por-el-caso-dr-tomala-en-guayaquil&catid=50:noticias

la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos, estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

Es por esto que Romeo Casabona¹⁴, apoyándose en la doctrina alemana, afirma que la *lex artis* se refiere al cómo del tratamiento, al procedimiento o método que se ha de seguir. La realización de una intervención se ajustará a la técnica correcta y será conforme, por tanto, a la *lex artis* cuando no sea contraria a la técnica establecida por la indicación ni al cuidado debido.

Ratificando lo mencionado y desde el punto de vista legal práctico el abogado Kléber Monlezun Cunliffe¹⁵, resume a la *lex artis* como el conjunto de procedimientos, de técnicas y de reglas generales de la profesión médica, aplicado a casos típicos o semejantes¹⁶, acudiendo a los exámenes y análisis para fines de diagnóstico y a los medios terapéuticos en uso.

Por tanto la *lex artis* representa las reglas de la experiencia en el ejercicio de la profesión médica tomando en cuenta de una manera más profunda y atenta el mismo, ya que evalúa el conocimiento técnico - científico y el buen obrar del profesional, los cuales tendrán que estar sujetos a la influencia del tiempo, del paciente, de circunstancias que no son previsibles y que aun así el médico tendrá que enmarcar cualquier cuadro clínico en un caso similar típico para poder aplicar la “*lex artis ad hoc*” y cumplir con su deber, poniendo en práctica la diligencia y observancia, necesarias.

¹⁴ <http://www.geosalud.com/malpraxis/lexartis.htm>

¹⁵ <http://www.lmo.cl>

¹⁶ MANUEL ANGEL DE LAS HERAS GARCÍA, ESTATUTO ETICO JURIDICO DE LA PROFESION MEDICA , Dyquinson s.l., 2005

Existe un sin número de razones, por las cuales se puede faltar a la *lex artis*, la diversidad de situaciones y circunstancias existentes en la actividad medica ha provocado que nazcan un sinnúmero de reglas técnicas en el ejercicio de la medicina, por lo cual se ha llegado a un punto en el cual se puede decir que para cada acto o procedimiento hay una ley, figurando que esta ley es de acuerdo al fuero interno o basada en la costumbre de la colectividad medica ya que no existe legislación positiva en relación a cada procedimiento.

Las singularidades y particularidades de cada supuesto influyen, de manera decisiva en la determinación de la regla técnica aplicable al caso. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia hablen de “*lex artis ad hoc*” como módulo rector o principio director de la actividad médica.¹⁷

Citando a Manuel de las Heras García, “la regla inversa de actuar con el debido cuidado objetivamente debido, sería “*la no sujeción a la lex artis, pero esto no implica necesariamente la inobservancia del cuidado objetivamente debido*”, ya que las reglas del arte no son aplicables a supuestos inesperados, desconocidos o nuevos.

Sin embargo, el hecho de desconocer algo, no puede ser justificación si este conocimiento era un deber del profesional adquirirlo, ya que lo desconocido únicamente aplicará si dentro de la comunidad profesional no es reconocido, ya sea un procedimiento o un mal.

Por lo tanto la *lex artis* aplica dentro de todo momento y lugar, a pesar de condiciones extremas, o de circunstancias poco ortodoxas para el cumplimiento de la labor medica.

¹⁷ Daniel Giraldo Laíno, *Lex Artis y Malpraxis*, artículo Geosalud revista on line.

1.3. LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Se ha dicho que el Ecuador no tiene legislación específica en relación a la mala práctica médica, y por tal motivo, está en el limbo jurídico de ser una figura jurídica civil o una penal o a su vez que se complementen; siendo así, hay que analizar los dos ámbitos para saber a ciencia cierta a cuál de ellos pertenece o a su vez si pertenece a los dos.

Como figura máxima de la legislación ecuatoriana está la Constitución, en la que se consagran los derechos y las garantías que los ciudadanos ecuatorianos poseen, pero en la historia del Ecuador, han existido 18 Constituciones que han regulado el orden social y constitucional del país, pero en vista que han sido una recopilación de las anteriores, el presente trabajo se remitirá a la última, la cual fue publicada en el año 2008.

Esta Constitución ha dividido a los derechos que el Estado ampara, de las garantías que todo ciudadano posee y de los deberes que el Estado como figura de gobierno y en representación del pueblo tiene para con él, es por esto, que se analizará de manera definida estos tres aspectos en las dos Constituciones incluida la vigente.

1.3.1. CONSTITUCION DE 2008

1.3.1.1. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Conociendo que la Constitución del año 2008, en el Ecuador tiene un corte netamente garantista para sus gobernados, y que busca dar una mayor participación en cuanto a la política y todos los ámbitos que el Estado regula, integrando de una manera especial tanto a los derechos, como garantías y las obligaciones que tiene el Estado y los ciudadanos, el presente trabajo se refiere únicamente a artículos específicos donde la salud, la vida y la actividad profesional y el servicio relacionado con este tema priman, y a partir de esto se comprende el porqué de las acciones presentes, pasadas y futuras en el Ecuador en relación a la práctica médica.

Esto por esto que se iniciará con la Responsabilidad que tiene el Estado Ecuatoriano con sus gobernados, responsabilidad relacionada con la practica medica en los artículos 363 – 361, los cuales se citarán a continuación y se analizarán:

“Art. 363.- El Estado será responsable de:

1. Formular políticas públicas que garanticen la promoción, prevención, curación, rehabilitación y atención integral en salud y fomentar prácticas saludables en los ámbitos familiar, laboral y comunitario.

2. Universalizar la atención en salud, mejorar permanentemente la calidad y ampliar la cobertura.

3. *Fortalecer los servicios estatales de salud, incorporar el talento humano y proporcionar la infraestructura física y el equipamiento a las instituciones públicas de salud.*

4. *Garantizar las prácticas de salud ancestral y alternativa mediante el reconocimiento, respeto y promoción del uso de sus conocimientos, medicinas e instrumentos.*

5. *Brindar cuidado especializado a los grupos de atención prioritaria establecidos en la Constitución.*

6. *Asegurar acciones y servicios de salud sexual y de salud reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial durante el embarazo, parto y postparto.*

7. *Garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, regular su comercialización y promover la producción nacional y la utilización de medicamentos genéricos que respondan a las necesidades epidemiológicas de la población. En el acceso a medicamentos, los intereses de la salud pública prevalecerán sobre los económicos y comerciales.*

8. *Promover el desarrollo integral del personal de salud”¹⁸.*

¹⁸ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Art. 363

Haciendo un análisis somero de cada uno de los numerales que pertenecen a este artículo, se puede ver de manera clara y precisa, que el Estado garantiza y protege de manera amplia y cierta a la gran mayoría de los ámbitos de salud, por no decir a todos ellos, entonces si la Constitución ecuatoriana protege de manera tan celosa a la salud, no es comprensible que cada día se presenten casos de mala práctica médica y estos queden impunes por la falta de legislación especializada en el tema.

Bajo este artículo se garantiza la protección del derecho a la salud desde diferentes puntos de vista, como es la salud en los grupos vulnerables entre ellos, el adulto mayor, los menores, las madres en el periodo de gestación, parto y post parto, además se regula por medio de políticas estatales la salud sexual y reproductiva en todas las edades de la población.

De manera rigurosa de acuerdo al artículo citado en los numerales 2 y 3, el Estado busca de manera “constante” el mejoramiento del servicio de salud tanto en ámbito público como privado, esto en todos los campos de la salud, para que sea integral el cuidado de la misma, queriendo decir con esto, que se preocupa tanto del crecimiento del personal humano, como de la infraestructura y de los suministros médicos y medicinas, en cuanto a su calidad, gratuidad, distribución y accesibilidad, tal como lo menciona en el numeral 7.

Además al ser una Constitución incluyente, garantiza el respeto a las prácticas ancestrales de las diferentes nacionalidades indígenas ecuatorianas que por su cultura no aceptan o no practican la medicina occidental propia de los mestizos, y si bien es cierto que este tipo de medicina también se tendría que regular, al no ser una ciencia como la medicina occidental propiamente dicha, no se pueden manejar conceptos o principios establecidos por la *lex artis* que señalen procedimientos y límites a los mismos, en estas prácticas.

El Estado da cumplimiento a sus obligaciones a través de la autoridad sanitaria cuando son temas relacionados con la salud y es por esto que en el artículo 361¹⁹ de la Constitución de 2008, dice lo siguiente:

“Art. 361.- El Estado ejercerá la rectoría del sistema a través de la autoridad sanitaria nacional, será responsable de formular la política nacional de salud, y normará, regulará y controlará todas las actividades relacionadas con la salud, así como el funcionamiento de las entidades del sector”.

En este sentido el Estado es el ente encargado de regular, legislar y controlar que el servicio de salud nacional, tanto en el sector privado como público cumplan con los estándares internacionales de calidad que constantemente están modificándose en la Organización Mundial de la Salud (OMS) y otros organismos afines, como la Organización Panamericana de la Salud (OPS), mismos que han sido adoptados en el Ecuador por medio de los tratados internacionales suscritos y ratificados, por ser miembro de la Organización de las Naciones Unidas, (ONU).

Estas modificaciones se realizan al servicio de salud, ya sea para el crecimiento personal de los profesionales relacionados a esta materia, a la formación académica de los mismos, infraestructura, cuidado, servicio asistencial, etc., siempre en pro de aumentar los niveles de atención y calidad, buscando salvaguardar la integridad personal del paciente, y protegiendo los bienes jurídicos amparados por el Estado como la salud y vida.

¹⁹ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Art. 361

El Estado al ser responsable de un correcto desenvolvimiento de los servicios que garantiza a sus gobernados, tendrá necesariamente que crear una estructura que cumpla con las funciones de crear, regular, controlar y fiscalizar las actividades pertenecientes al mismo, y que cumplan con políticas públicas que se puedan aplicar tanto al sector privado como al público, y a otras entidades que están al servicio de la población pero que por sus características propias son apenas controlables como es el caso de los métodos ancestrales. Aun así el Estado tiene la obligación de hacerlo, por el deber contraído a partir de la Constitución tal como menciona en el artículo 362:

“Art. 362.- La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes.

Los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios²⁰”.

Además por medio de este deber contraído, el Estado tiene la obligación de velar por la calidad del servicio como tal y de servicios complementarios al mismo como es el caso de los seguros médicos, así como también tiene la obligación de velar por ciertos elementos dentro del servicio de salud como son el consentimiento informado y la confidencialidad de la información de los

²⁰ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Art. 362

pacientes, que por su importancia al momento de la practica medica y al ser derechos adquiridos irrenunciables propios de cada paciente cuando no se los puede descuidar.

1.3.1.2. GARANTIAS Y DERECHOS

De la responsabilidad proveniente del Estado nacen las garantías para sus gobernados y en base a las mismas, se generan dos derechos supremamente importantes que son la vida y la salud los cuales se plasman en la Carta Magna del Ecuador.

Sabiendo que el mencionado cuerpo constitucional refleja las necesidades de la sociedad ecuatoriana, y que tiene como objetivo, regular ciertos aspectos de la vida cotidiana de los gobernados, como es el buen vivir, y valorando dentro de este ámbito a la salud, se consagra como garantía constitucional en el siguiente artículo que:

“Art. 32²¹.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud

²¹ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Art. 32

reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional”.

Como se plasma en la garantía constitucional del artículo citado, se debe dejar en claro que todo ecuatoriano goza de derecho a la Salud, pero no, bajo la concepción que los ecuatorianos estén sanos, ya que sería una idea muy primaria y poco fundamentada, tomando en cuenta que el Ecuador es un país que tiene carencias en varios campos que influyen en la salud de los habitantes, ya sean estos alimenticios, contaminación ambiental, educación, etc.

Es por esto que el Estado tiene otras formas de garantizar la salud de sus gobernados, entre las que están crear políticas públicas coherentes y sobre todo aplicables al medio en que van a desarrollarse, ya que el Ecuador por su diversidad, tanto étnica como cultural, debe precautelar al mencionado derecho de una manera más minuciosa, educando a sus gobernados, por lo tanto es responsabilidad del Estado el funcionamiento y desarrollo sostenible de la salud en su población, así como su tratamiento.

El derecho a la salud es un derecho posee transcendencia social, por lo que debe tener un manejo especial, ya que se vincula con otros temas, entre los que están el agua, la alimentación, la educación, niveles de contaminación, vivienda, ocupación, etc. Sin embargo es un derecho de alguna forma olvidado, ya que todos aquellos temas que se fusionan con él, se los estudia y trata de forma separada, es por esto que se ha ido quedando en el limbo social y por ende en el jurídico, siendo así no se manejan los principios consagrados en la Constitución actual, como son

el de equidad²², penosamente, se ha tenido que ver como la mala interpretación de este principio ha dejado a los sectores más pobres de lado, y como consecuencia sin acceso a su derecho, denominado salud.

Por otro lado está el principio de universalidad, teniendo en cuenta que este principio se preocupa del universo de la población, es decir, que cualquier política pública o estatal que se quiera plantear será generalizada a todo el pueblo o su gran mayoría, y sabiendo de ante mano que el Estado regula y legisla para obtener un bien común para su pueblo.

En fin bajo el principio que se quiera estudiar cualquiera de los derechos u obligaciones, lo que se busca es encontrar un punto de equilibrio entre las necesidades del pueblo y el medio para conseguir un determinado fin que es el bien común entre los ciudadanos y los beneficios que se puedan obtener de una actividad en este caso el servicio, acceso y calidad de la salud.

De la misma forma que se protege a la salud en el Ecuador, se protege a la vida, que es el punto de partida de cualquier otro derecho, garantía o responsabilidad, pero en realidad se podría decir que es el derecho más importante y frágil por lo que a la vez lo hace bastante vulnerable, por lo cual se lo protege desde varios puntos de vista desde los cuales se podría vulnerar de una manera “legal”, es por esto que en el Ecuador se garantiza la vida en todo momento, como se registra en el artículo 66 del presente cuerpo legal:

²² CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.- Uno de los principios generales del Derecho, donde se trata por igual a las partes del proceso o a partes contrapuestas.

Art. 66.- *Se reconoce y garantizará a las personas:*

1. *El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte.*
2. *El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.*
3. *El derecho a la integridad personal, que incluye:*
 - a) *La integridad física, psíquica, moral y sexual.*

Ya se ha manifestado los elementos complementarios del derecho a la vida, y la importancia que este tiene para el Estado, por esto es que se garantiza a este derecho en todo momento y en toda la extensión del territorio nacional, y se plasma que no existirá la pena de muerte, que sería una forma de extinción “legal” de este bien, además se asegura que mientras todo ser humano este con vida en el Ecuador gozara de integridad física, psíquica, moral y sexual, dando cumplimiento de esta manera a la Declaración de los Derechos Humanos de 1964.

1.3.1.3. RESPONSABILIDAD Y OBLIGACIONES DEL SERVICIO DE SALUD

De la misma forma que se había dicho que el Estado tiene responsabilidades con sus gobernados, el Pueblo tanto a título personal como en calidad de personas jurídicas

pertenecientes al sector público o privado, tienen responsabilidades con el usuario del servicio, en relación a la profesión que desempeñen en este caso de servicio la salud, y es por esto que la Constitución ampara dicha responsabilidad en el artículo 54, que dice:

“Art. 54.- Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore.

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”.

El Estado garantiza por medio de este artículo constitucional, que existirá una respuesta tanto civil como penal, en caso de una deficiente prestación de servicios, público o privado ya sea, por calidad defectuosa o en casos de publicidad engañosa o falta de descripción tanto de un servicio como de un producto. Teniendo en cuenta que la salud y la vida, requieren de un servicio especializado como es el área de la medicina

Las personas que están en esta área tienen que ser personal capacitado para el adecuado tratamiento humano y prestar todo su conocimiento y destreza a favor de los pacientes quienes depositan su confianza, es por esto que el profesional de la medicina en pro del arte y ciencia que la medicina simboliza tendrá que responder como se había mencionado tanto en el artículo citado como en el párrafo anterior de forma civil y penal, de presentarse una mala práctica

profesional o al haber vulnerado uno de estos bienes jurídicos protegidos como la salud o la vida, en garantía y en respuesta a los derechos amparados por la Constitución.

De la misma forma a continuación se citará el artículo 55 del mismo cuerpo legal donde se menciona el derecho a la libertad de asociación de personas usuarias y consumidoras para obtener información, el cual se transcribe de la siguiente manera:

“Art. 55²³.- Las personas usuarias y consumidoras podrán constituir asociaciones que promuevan la información y educación sobre sus derechos, y las representen y defiendan ante las autoridades judiciales o administrativas.

Para el ejercicio de este u otros derechos, nadie será obligado a asociarse”

En el artículo 55 de la Constitución, todos los ciudadanos cuentan con el derecho de obtener y solicitar información acerca de cualquier actividad que se vaya a realizar y con mayor razón si esta es relacionada con la salud y la vida de los seres humanos, es por esto que todo ciudadano debe informarse de los procedimientos, de los beneficios y contra indicaciones, además de los efectos secundarios que pueda presentarse después de una asistencia médica, sea esta por emergencia o a su vez programada y de esta manera actuar con la debida diligencia como paciente, para poder acceder a una mejor atención medica, ya que existiría una retroalimentación mutua, afianzando de esta manera la relación médico – paciente.

Además, de acuerdo a este articulo, todos los ciudadanos ecuatorianos tienen el derecho por ser usuarios y/o consumidores de un servicio, incluyendo el servicio médico prestado por los galenos, a la representación legal (abogados de oficio), ante autoridades judiciales y administrativas, ya sea de manera individual o colectiva, cumpliendo de esta manera con los

²³ CONSTITUCION DELA REPUBLICA DEL ECUADOR, Art. 55

principios propios del derecho administrativo, eficiencia, eficacia y celeridad por medio de los cuales, se establecerían los estándares mínimos de calidad en el campo de la salud en el Ecuador.

En este análisis constitucional acerca de las obligaciones que tiene el Servicio de Salud a nivel nacional, se han mencionado muchos temas como el consentimiento informado, las obligaciones del médico, la ficha médica, etc., sin embargo hay uno, el cual es bastante crítico, y debido a su importancia no puede pasarse por alto sin ningún tipo de regulación o amparo constitucional, siendo las situaciones de emergencia, las infracciones y sanciones que se pueden derivar de este.

“Art. 365.- Por ningún motivo los establecimientos públicos o privados ni los profesionales de la salud negarán la atención de emergencia. Dicha negativa se sancionará de acuerdo con la ley”.

Bajo este sentido todos las unidades y profesionales de la salud, al presentarse una situación de emergencia, tienen la obligación constitucional y moral de asistir a cualquier persona, ya sea que esté en la capacidad económica de cancelar o no sus honorarios, a modo de auxiliar y mitigar los males del paciente, garantizando así la protección de los bienes jurídicos amparados por el Estado, la vida y la salud, evidenciándose la prevalencia de la vida sobre cualquier otro derecho u bien protegido.

Por otro lado este artículo manifiesta que la condición de pago no será un impedimento al momento de ingresar a una clínica, centro de salud u otros lugares donde se pueda dar asistencia médica de emergencia, ya que por las circunstancias no se puede manifestar, ni hacer arreglos previos en cuanto al pago.

Es decir que bajo esta obligación por parte del servicio de salud, los pacientes o víctimas de cualquier tipo de circunstancias que los obliguen a acudir hasta estos lugares puede llevar y acceder al servicio sin preocupación anticipada del modo de pago, ya que actualmente por disposición del poder ejecutivo, el servicio de salud privado esta fusionado con el IESS, por lo tanto toda persona afiliada puede solicitar asistencia en clínicas y hospitales privados, haciendo valer su derecho de acceso al servicio de salud del Seguro Social, situaciones similares sucede con el seguro del SOAT²⁴ en casos de accidentes de tránsito.

1.3.2. COMPARACION DE LA CONSTITUCION DE 1998 Y 2008

Estas dos Constituciones tan parecidas pero a la vez tan diferentes, han otorgado derechos, deberes y garantías a los ciudadanos y al Estado ecuatoriano, sin embargo, haciendo referencia a los temas tratados de la salud, vida y servicios relacionados a estos, se puede asegurar que a pesar de ser temas trascendentales en un Estado, por la poca importancia dada por las autoridades a temas como los mencionados, no se ha revisado a profundidad y en consecuencia no ha habido grandes avances de una década a otra, haciendo referencia que la Constitución de 1998, es la recopilación de todas las anteriores y la base de la del 2008.

Se ha dicho en reiteradas ocasiones, que la poca legislación, existente en relación a estos temas, como es el Código Civil que reconoce a los cuasidelitos o responsabilidad extracontractual de profesionales, pero que no es lo suficientemente fuerte o consistente para sancionar acciones u omisiones que puedan atentar contra la vida o salud de los ciudadanos ecuatorianos, de la misma forma esta el código penal que “juzga” la mala práctica médica como lesiones u homicidio

²⁴ Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito

inintencional, acción errónea, y por ultimo esta la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que defiende los intereses de usuarios de servicios y compradores de productos que se comercialicen o distribuyan en el Ecuador, han hecho que se deje en segundo plano y se los tome como asuntos de poca importancia a temas de salud y vida, pero que hacer cuando la Carta Magna de un Estado, garantiza tanto la vida como la salud, su servicio y tiene obligaciones con estos y con el pueblo a quien gobierna, sabiendo de ante mano, que no solo la Constitución lo hace, sino la Declaración de Derechos Humanos de 1948 y todos aquellos tratados referentes a temas de derechos humanos, que tienen vinculación directa e inmediata sobre todo país que este ratificado como Estado miembro?

En respuesta a la interrogante planteada, únicamente se puede decir que es una realidad aplicada a todos los días, en todos los estratos sociales y económicos del Ecuador, y que a pretexto de la poca, nula o confusa legislación existente, como consecuencia los ciudadanos han palpado en carne propia el poco o ningún desarrollo en relación a los temas objeto de este trabajo investigativo, y que al desconocer todos los derechos, deberes, obligaciones y garantías que posee, deja pasar muchos de ellos, y aunque en derecho, el desconocimiento de una Ley no exime de responsabilidad, tampoco se puede apelar a ellas cuando se presentan casos que vulneren estos bienes jurídicos protegidos.

Y aunque al comparar estas dos constituciones se hace muy fácil reconocer tanto las semejanzas como las diferencias que poseen, para efectos didácticos he realizado dos cuadros en los cuales se plasman las características y parte del contenido de cada una respectivamente, a modo de comparación para evidenciar una vez más, que el nivel de evolución de estos temas, ha sido escaso, estando estos a continuación.

CUADRO 1: SEMEJANZAS ENTRE LA CONSTITUCION DE 1998 Y 2008			
	VIDA	SALUD	SERVICIO
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	inviolabilidad de la vida	derecho a la salud	derecho a acceder al servicio de salud
	calidad de vida, basada en todos los elementos que al unirse dan como resultado una vida digna: alimento, agua potable, educación, vivienda, trabajo, recreación etc.	calidad de salud, basados en alimentación, educación, trabajo, vivienda, etc.	Obligación de indemnizar a particulares por acciones u omisiones cometidas por instituciones públicas o funcionarios.
DERECHOS Y GARANTIAS		Se garantiza el derecho a la salud y acceso a este servicio bajo los principios de equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia.	Garantizar y disponer de servicios públicos de buena calidad y libertad para elegirlos.
			El no juzgamiento por acciones u omisiones que no estén tipificados.
RESPONSABILIDAD POR EL SERVICIO O AUTORIDAD DE SALUD	se promoverán campanas para cuidado adecuado de la vida	Se promoverán campanas para promover cuidados para la salud.	Gratuidad al acceso y servicio de salud
		Se formularan políticas nacionales de salud y se vigilara su aplicación, así como otros temas relacionados como la medicina ancestral y avances tecnológicos.	La atención obligatoria en casos de emergencia en establecimientos públicos o privados El servicio privado y público tendrá necesariamente que estar controlados por la autoridad de salud.

1.4. LEGISLACION NACIONAL RELACIONADA A LA MALA PRÁCTICA MÉDICA

En el Ecuador la legislación es abundante, sin embargo, no siempre es clara y tampoco se ajusta al tiempo, ni a la realidad social, económica ni política del momento, es por esto que las grandes falencias existentes son igual de abundantes, pero en este caso de la práctica médica, existe legislación muy escueta, la cual se encuentra ligeramente en varias leyes, las cuales tendrán una breve explicación a continuación.

1.4.1. LEY ORGÁNICA DE LA SALUD

La Ley Orgánica de la salud, en vista de poseer superioridad en cuanto a la jerarquía de leyes establecidas por la pirámide de Kelsen, se encuentra el resto de leyes que se refieren al tema de la mala práctica médica.

Esta ley, en su texto trata temas indiscutiblemente importantes, como los siguientes:

- Las personas que están legalmente instruidas y aceptadas por las leyes del Ecuador para desempeñar el servicio de la salud.
- El tipo de servicio y calidad del mismo que se debe prestar por parte del Estado, en relación a sus gobernados.

- La relación medico paciente.
- La ficha médica o también conocida como historia clínica y cada una de sus formas por medio de resoluciones aprobadas posteriormente.
- El consentimiento informado por parte del paciente, a favor del médico.

Todos los elementos anteriores, son piezas indispensables para la práctica médica, y determinaran en su momento, el correcto o equivoco resultado de un procedimiento que pueda ser aplicado a un paciente, y de la misma forma serán medios de prueba a favor o en contra del médico, por esta razón serán ampliados en el capítulo IV de este trabajo de investigación.

1.4.2. CÓDIGO PENAL

Dentro del ámbito penal hay de ante mano, que hacer una precisión en relación a su legislación, ya que no siempre se encuentran todos los delitos tipificados dentro de un mismo cuerpo legal, y es así, que el mismo Código Penal en el Art. 1 señala lo siguiente:

“Art. 1.- Leyes penales son todas las que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena”.

En tal sentido, no es necesario que un mismo cuerpo legal contenga a todos los posibles delitos que puedan llegar a existir, por lo tanto es admitido que la practica medica inadecuada al ser tipificada tenga su propia Ley penal, que tiene como objetivo determinar una sanción e imponer una pena.

Al igual que cualquier otra Ley, que contenga sanciones, el Código Penal tiene como finalidad el sancionar todos aquellos delitos que se encuentran tipificados en su interior, y la mala práctica médica no es uno de ellos, además este cuerpo legal contiene algunas partes importantes como señalar por qué se configura un delito, establece además las características constitutivas que todo delito posee, como es el caso de atenuantes, agravantes, etc., es por esto que en el transcurso del presente trabajo se citaran algunos artículos y se le dará mayor énfasis en el cuarto capítulo donde se detallara de una manera explícita el contenido del mismo.

Por medio de este código, lo que se busca es determinar las razones por las cuales la mala práctica médica debe dejar de ser una acción u omisión, juzgada inequívocamente por los jueces como lesiones u homicidio inintencional y debe pasar a ser un delito tipificado, con características propias, constitutivas de delito, así como todos aquellos delitos que se han tipificado en el Código Penal, a lo largo de la historia ecuatoriana, sobre entendiendo que por medio de la legislación penal y en cumplimiento de sus funciones las autoridades que poseen competencia en ámbito penal, pueden impartir justicia e imponer sentencias condenatorias para los sujetos activos del delito.

En el Ecuador se ha juzgado de diversas formas a la mala práctica médica entre ellas y de pronto la más acertada hasta cierto punto, es el homicidio inintencional que de acuerdo al Código Penal se lo define de la siguiente manera:

“Art. 459.- Es reo de homicidio inintencional el que ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra otro.”²⁵

En este sentido, se podría decir que es la figura acertada para juzgamiento y sanción a la mala práctica médica, sin embargo, no es del todo adecuada ya que no define de manera clara y precisa en qué consiste la mala práctica médica, por lo que trata de manera general sobre la falta de previsión al momento de realizar una actividad, mas no especifica si esta será causada por profesionales relacionados al área, como en este caso seria a la medicina, ni en los estados de responsabilidad que se pueden presentar a partir de esta figura, entre otros detalles.

En el intento de regular este acto, la Asamblea Nacional, ha desarrollado un proyecto de Ley, específico sobre este tema que lleva el nombre de Proyecto de Ley de la Responsabilidad y mala práctica médica, pero como este Proyecto de Ley no ha tenido mayor éxito dentro de la Asamblea se ha insertado dentro del Proyecto del Código Integral Penal, como delito, en este se señala a este acto de la siguiente manera:

*“Art. 198.- **Mala práctica médica.**- El profesional de la salud que, de forma culposa, provocare daños en la salud de las personas sería sancionado con pena privativa de*

²⁵ CODIGO PENAL, Art. 459

libertad de tres a cinco años e inhabilitación para el ejercicio profesional por dos años adicionales al de la pena impuesta.

Si el profesional no observare los protocolos médicos, será sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a un año e inhabilitación para el ejercicio profesional por seis meses y si producto de esta inobservancia se produce la muerte del paciente la pena privativa de libertad será de siete a once años.

Si se produce la muerte del paciente, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a once e inhabilitación de por vida para el ejercicio profesional.

El profesional de la salud que prescriba o suministre estupefacientes fuera de los casos que indica la dosis terapéutica o notoriamente mayores de las necesarias, que provoquen daño en la salud será sancionado con pena privativa de libertad de tres a seis meses e inhabilitación para el ejercicio profesional por seis meses”²⁶.

En virtud de lo establecido en este nuevo Código Penal Integral, las sanciones son rigurosas en cuanto a la acción privativa de libertad, sin embargo la sanción no está completa ya que no menciona en ningún momento la compensación resarcitoria del acto ilícito cometido, al configurarse a la mala práctica médica como delito, de ahí que radique la importancia de profundizar en cada uno de los temas de manera certera y no únicamente establecer sanciones.

²⁶ Proyecto Código Penal integral, Art. 198.

1.4.3. CÓDIGO CIVIL

El objetivo de citar a este cuerpo legal es para determinar responsabilidades civiles o pecuniarias, en caso de tener que responder por una acción u omisión causada por negligencia, impericia o imprudencia, y que como consecuencia haya comprometido tanto la salud como la vida, de manera conjunta o separada.

La obligación de compensar el daño causado en materia civil nace a partir de la figura jurídica denominada Cuasidelito la misma que Zafaronni, define al cuasidelito de la siguiente manera:

“es un hecho ilícito que, cometido sin mala intención causa perjuicio; por lo que necesariamente genera la obligación de repararlo con cargo al que lo ha cometido”.

Al conocer por medio del cuasidelito a la figura jurídica se establece la obligación de compensar un daño causado, el mismo que está plasmado en el Código Civil, también se aprecia que dentro este cuerpo legal se determinan el tipo de obligaciones a las cuales tiene que responder la persona que ha causado el mal a otra. , y sobre todo por las indemnizaciones que se pueden obtener al ser víctima de un cuasidelito.

1.4.4. LEY REFORMADA Y CODIFICADA DE LA FEDERACIÓN MÉDICA ECUATORIANA PARA EL EJERCICIO, PERFECCIONAMIENTO Y DEFENSA PROFESIONAL

Esta ley como su nombre lo indica es para amparar y regular el ejercicio profesional del galeno, dejando en claro los deberes que posee, haciendo que el médico recuerde cual es su compromiso personal y social, el cual adquirió al iniciar su profesión, de la misma forma se especifica el derecho de los usuarios de los servicios médicos de acudir hasta instancias administrativas como el Tribunal de Honor, el cual es parte del Colegio de Médicos de cada provincia, donde el médico ejerza su actividad económica.

Para iniciar un proceso en contra del galeno que presumiblemente efectuó una mala práctica médica se tendrá que interponer una denuncia, tomando a la misma como punto de partida del proceso de juzgamiento ante el Tribunal de Honor, el cual por razones de “privacidad, prestigio y honorabilidad” del galeno procesado, será de carácter privado, llegando a un nivel de confidencialidad tan restringido que no se puede acceder a información de ningún proceso que se haya llevado a cabo dentro de un Tribunal de Honor, a menos que se esté involucrado, negando de esta manera la posibilidad de conocer bajo que parámetros se juzgan a los galenos dentro del Tribunal de Honor, dejando con esto, abierta la posibilidad de aquellos principios del debido proceso, equidad y justicia al momento de juzgar no sean correctamente aplicados, y al contrario existan favoritismos. En vista de las reiteradas solicitudes ante el Colegio de Médicos, de obtener información de casos ventilados ante el Tribunal por fines de estudio y en respuesta únicamente negativas de entregar información de estadísticas en cuanto al número de denuncias que se

receptan o de contenido de resoluciones o sentencias, no se citan casos específicos en este trabajo investigativo.

Al iniciarse un proceso en el Tribunal de Honor del Colegio de Médicos, se puede obtener resultados que sean sanciones de la misma naturaleza de la acción es decir administrativas, las mismas que no son realmente compensatorias ni correctivas tanto para la víctima como para el profesional responsable de un determinado daño, se puede acudir a esta instancia al cometer mala práctica o en vista que se hayan faltado a los principios médicos vigentes aceptados a nivel mundial y consagrados en el Juramento Hipocrático²⁷, que versa de la siguiente manera:

“Me comprometo solemnemente a consagrar mi vida al servicio de la humanidad.

Conservaré a mis maestros el respeto y el reconocimiento a que son acreedores.

Desempeñaré mi arte con conciencia y dignidad. La salud y la vida del enfermo serán las primeras de mis preocupaciones.

Respetaré el secreto de quien haya confiado en mí.

Mantendré, en todas las medidas de mi medio, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica. Mis colegas serán mis hermanos.

No permitiré que entre mi deber y mi enfermo vengan a interponerse consideraciones de religión, de nacionalidad, de raza, partido o clase.

Tendré absoluto respeto por la vida humana, desde su concepción.

Aún bajo amenazas, no admitiré utilizar mis conocimientos médicos contra las leyes de la humanidad.

²⁷ Crónica Médico-Quirúrgica de La Habana. 385. La Habana, Octubre de 1938

Hago estas promesas solemnemente, libremente, por mi honor”.

Hay que destacar que a partir del 14 de mayo de 2008, mediante resolución 0038-2007-TC del Tribunal Constitucional, publicada en el Registro Oficial Suplemento Número 336, se declara la inconstitucionalidad de varias normas que consagraban la afiliación obligatoria a las cámaras de producción y a los colegios profesionales. Por lo tanto no es obligatoria la afiliación a cuerpos colegiados para ejercer la profesión de galeno sin embargo, en calidad de usuario del servicio médico, se puede acudir a este tipo de procesos administrativos sea o no que el profesional este afiliado al mismo.

Es decir que los usuarios de la salud, tienen el derecho a denunciar ante el Tribunal de Honor, cuando sientan que los bienes jurídicos tutelados por el Estado, estén siendo vulnerados o violentados de alguna forma. Sin embargo es importante aclarar que no es necesario agotar un recurso administrativo, para iniciar una acción penal, y en caso de no presentar este tipo de acciones ante una autoridad administrativa, no se considerará como falta al debido proceso o no agotamiento de recursos internos, si de ser el caso se ventila el proceso en cortes internacionales.

1.4.5. LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

En vista que la Constitución ampara y garantiza los derechos de los consumidores, como ente importante dentro del comercio tanto de productos como de servicios, también vela por proteger sus derechos y garantiza una adecuada calidad dentro de sus transacciones comerciales, siendo así, y para dar mayor relevancia en el tema de defensa del consumidor, se creó una Ley que

determine los aspectos importantes y más aun que defienda al consumidor o usuario del servicio de salud en el Ecuador.

Esta Ley aplica cuando el consumidor o usuario de un bien, producto o servicio, sienta que sus derechos o bienes jurídicos protegidos por el Estado, son atropellados, por lo tanto puede acceder ante la Tribuna del Consumidor motivando su denuncia en la presente Ley, iniciando de esta manera un proceso de mediación que permita a las partes exponer sus intereses e inconformidades, para llegar a un arreglo amistoso sin tener que iniciar procesos litigiosos que sean juzgados por la justicia ordinaria. De esta forma se evidencia la importancia de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, ya que dentro del derecho del buen vivir, está el tener un trato justo, acceso a productos y servicios de calidad, y la participación constante de la ciudadanía también está el exigir que los estándares y niveles de calidad, profesionalismo, calidad humana, y muchos otros, que permitan crecer a los mercados económicos y por ende al país.

1.4.6. LEY DE DERECHOS Y AMPARO DEL PACIENTE

Esta Ley, que fue publicada el 3 de febrero de 1995, en el Registro Oficial Suplemento 626, y nace a partir de las necesidades de proteger de una manera específica a los pacientes, teniendo como base a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, también conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, pero no se limita únicamente a determinar los derechos del paciente, sino también a indicar cuáles son los deberes del mismo, revelando así la responsabilidad que tiene este, frente a la relación médico paciente que se genera desde el inicio de un tratamiento médico.

En esta ley se trata un punto fundamental que es el estado de emergencia de un paciente, radicando en este tema la importancia de esta ley de manera concreta ya que la adecuada atención no solo implica que el galeno cure al paciente o cumpla con sus funciones según dicta la lex artis, sino en la efectividad y eficiencia de acuerdo al tiempo en que es atendido un paciente, y es por esto que la Ley determina la inmediata atención y la información constante y oportuna que tanto el paciente como sus familiares deben poseer, no solo en cuanto a las afecciones que tiene el paciente, sino en el procedimiento efectuado y costos de los mismos. Así mismo esta Ley, tiene carácter sancionador, y las sanciones que impone esta Ley son las siguientes:

“Art. 12.- Bajo ningún motivo un centro de salud podrá negar la atención de un paciente en estado de emergencia.

El centro de salud que se negare a atender a un paciente en estado de emergencia será responsable por la salud de dicho paciente y asumirá solidariamente con el profesional o persona remisa en el cumplimiento de su deber, la obligación jurídica de indemnizarle los daños y perjuicios que su negativa le cause”²⁸

“Art. 13.- Los responsables de un centro de salud que se negaren a prestar atención a pacientes en estado de emergencia, serán sancionados con prisión de 12 a 18 meses y, en caso de fallecimiento del paciente desatendido (sic), con prisión de 4 a 6 años.”²⁹

²⁸ Ley de los Derechos y Deberes del paciente, Art. 12

²⁹ Ley de los Derechos y Deberes del paciente, Art. 13

Como se puede apreciar, no se trata únicamente de sanciones para las personas naturales que intervienen en el procedimiento médico, sino de las personas jurídicas, que comparten la responsabilidad si estas se negasen a atender a una persona que necesite y este en estado de emergencia de la asistencia de un centro de salud, en este sentido, se cumplen las dos formas de sanción que la mala práctica médica debe cubrir siendo esta la pecuniaria y la de prisión o reclusión según sea el caso.

1.5. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

1.5.1. JURAMENTO HIPOCRÁTICO

Este juramento es de carácter meramente moral y es realizado por todos y cada uno de los médicos a nivel mundial desde tiempos inmemorables de Hipócrates, de ahí su nombre, y si bien es cierto la historia lo ha ido modificando de acuerdo al tiempo y realidad mundial, no es menos cierto que los principios esenciales del mismo no han cambiado, por lo tanto al iniciar una vida profesional bajo este juramento, se lo debe honrar en lo posterior y siempre actuar en pro de la sociedad, salvaguardando los bienes jurídicos protegidos no solo por el Estado Ecuatoriano, sino por el mundo entero que son : la vida y la salud.

En fin, si bien es cierto a lo largo del presente trabajo investigativo se citaran otras leyes, se debe decir que estas son las más importantes, no solo por su contenido y relación directa con el tema de la mala práctica médica, sino también porque son leyes universales, hablando de la legislación internacional, y que son principios recogidos en la legislación interna por su vinculación y

conexión con derechos humanos, los cuales son de obligatorio cumplimiento en todo el territorio nacional tal y como lo indica la Constitución vigente desde el año 2008.

Además la legislación citada, que es el indicativo de que el Ecuador ha puesto de manifiesto su voluntad de regular el servicio de salud y proteger a sus gobernados en cuanto a su vida y salud, no solo por ser derechos y garantías establecidas constitucionalmente, sino por ser piezas fundamentales en el desarrollo de todo país, sin embargo, a pesar de existir esa voluntad, siempre se ha dejado en el olvido jurídico y social, pasando la página y abandonando en la impunidad a varias víctimas, pero en la actualidad a pesar de haber promesas hechas desde el año 2008 de crear legislación específica en relación a este tema, por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Dr. Gustavo Jalkh, después de haber recibido la sentencia del único caso de mala práctica médica que ha llegado hasta instancias judiciales internacionales como es el caso Albán Cornejo Vs. Estado del Ecuador, el cual se citará en el capítulo IV de este trabajo, aun no se ha hecho nada en relación a crear, discutir y poner en vigencia una ley que realmente recoja todos aquellos temas relacionados a la práctica médica y se proteja por medio de esta en dos vías, siendo estas: a los pacientes y a los profesionales de la medicina.

CAPITULO II

GENERALIDADES DE LA MALA PRÁCTICA PROFESIONAL, CASO PRÁCTICA MÉDICA

2.1. DELITO³⁰

“Etimológicamente la palabra delito, proviene de la similar latina, “delictum”, aún cuando en la técnica romana poseyera significados genuinos, dentro de una coincidente expresión calificadora de un hecho antijurídico y doloso sancionado con una pena.

Además tienen tres requisitos de concurrencia para que se convierta en un delito cualquier acción que se cometa y estas son:

- a) Un hecho exterior que viole un derecho o que infrinja un deber previamente señalado.*
- b) Uno o varios sujetos, autores del hecho o responsables como partícipes.*
- c) Un vínculo moral que enlace al autor con el hecho y del que nace la responsabilidad”.*

Definición emitida por Guillermo Cabanellas en su tan famoso Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, en su versión del año 1979, aunque para el año 2006, no había sufrido muchas variantes, en su nueva edición lo define al delito como:

DELITO³¹.- proviene del latín *delictum*, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, culpa, crimen quebrantamiento de una ley imperativa.

³⁰ CABANELLAS DE LA TORRE, Guillermo, DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL, pág. 428, 12. Ed. Heliasta – Buenos Aires ,1979

Esta comparación es únicamente para hacer notar, la evolución del derecho, y demostrar que el derecho no es estático y a su vez se transforma de acuerdo al tiempo y lugar, para una mejor adaptación y comprensión en vista de las influencias externas de una sociedad, como es el lenguaje.

De la misma manera Zaffaroni, define al **delito**³² desde un punto de vista penal y desde un punto de vista civil, a continuación se mencionaran las dos definiciones:

- **Delito penal.**- es un acto humano típicamente antijurídico culpable y sancionado con una pena de carácter criminal.
- **Delito civil.**- es la fuente de obligaciones porque los hechos o actos que producen efectos jurídicos en Derecho Penal también se desdoblán en una responsabilidad civil que la víctima puede exigir como reparación del daño sufrido, no sólo al responsable directo del delito sino inclusive a un tercero.

Coincidiendo con los doctrinarios ya expuestos, hay que mencionar una definición más actual pero sobre todo, una definición que pueda ser de un manejo común por la sociedad en general, y es así que la policía mexicana ha visto la necesidad de publicar la definición de delito en su página web, la misma que nos ha servido como material de referencia.

“Delito³³.- La definición legal, considera al delito como el acto (hacer algo) u omisión (dejar de hacer algo) que sancionan las leyes penales. Esta sanción puede ser la pérdida de la libertad personal durante cierto tiempo (prisión - reclusión). La sanción persigue tres finalidades, evitar que la persona responsable continúe cometiendo esta conducta, reparar el daño causado a las

³¹ CABANELLAS DE LA TORRE, Guillermo, DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL, pág. 114, 18. Ed. – Buenos Aires - Heliasta, 2006

³² Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte general, México, Cárdenas, 1991. p.333.

³³ <http://portal.ssp.df.gob.mx/ /ServiciosalaCiudadania/PreguntasFrecuentes/queesundelito.htm>

víctimas y ofendidos y reintegrar al delincuente al seno de la sociedad, al término de su sanción, de modo que respete las leyes y evite cometer nuevamente esos comportamientos.

El delito nace cuando la sociedad considera que ciertos comportamientos son dañinos para ciertos valores que merecen especial protección, por ser la base de respeto recíproco que permite la convivencia organizada de la comunidad, como la vida, la libertad, la integridad física y sexual, la protección al patrimonio de las personas, etc.”

En fin el delito sin importar el lugar y el tiempo en que se lo haya definido, siempre tendrá la misma connotación en cuanto a ser una acción u omisión con la firme intención de causar daño, y sobre todo, por la presencia de las diferentes etapas que existen para que un delito sea consumado, y si bien es cierto en el Ecuador se juzga la intencionalidad, no hay que dejar de lado el delito como tal. Siendo así, la característica principal es la existencia del dolo³⁴, que de una manera rápida y en virtud de lo estipulado en el código civil, se puede decir que el dolo es la intención positiva de causar daño a un tercero.

Ahora bien tampoco se puede dejar de lado lo señalado en el Art. 10 del Código Penal en relación a lo que se consideran actos imputables como tales, el artículo transcrito de manera literal a continuación:

³⁴ Dolo.- Derecho civil.- Voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato valiéndose de argucias y sutilezas o de la ignorancia ajena; pero sin intervención ni de fuerza ni de amenazas, constitutivas una y otra de otros vicios jurídicos. CABANELLAS DE LA TORRE, Guillermo, DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL, pág. 133, 18. Ed. – Buenos Aires - Heliasta, 2006

“Art. 10.- Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar.”³⁵

Por lo tanto, todo aquel acto típico o atípico que merezca sanción, ya sea pecuniaria o correctiva, por medio de la privación de la libertad, tendrá que recaer ya sea en un delito o contravención de acuerdo a lo determinado en el Código Penal y/o leyes auxiliares.

2.2. EL DOLO

Si bien es cierto el dolo tiene muchas definiciones, la más concreta de acuerdo a la doctrina dice: que proviene del latín “dolus” que significa fraude o daño, implica la intención de producir daño, mediante una acción u omisión a un tercero.

Uniendo a la definición dada por Guillermo Cabanellas en su diccionario, define desde un punto de vista más técnico, como “la maldad jurídica que pone en evidencia todos aquellos sentimientos de malicia en el cumplimiento de las obligaciones contraídas”³⁶.

Aunque las definiciones sean bastante claras hay que definir los elementos del dolo para así comprender sí en una acción u omisión cometida con este, atenta contra los bienes jurídicos protegidos por el Estado.

³⁵ CODIGO PENAL, Art. 10

³⁶ CABANELLAS, Guillermo, 1979, Editorial Heliasta S.R. L., Buenos Aires, Argentina, pág. 777, tomo C-D.

De acuerdo a la definición expresada en párrafos anteriores por los doctrinarios, el dolo debería estar conceptualizado de manera clara y expresa en el Código Penal, sin embargo, en el Ecuador dicha definición se la remite al Código Civil en el Art. 29 último inciso el cual dice:

“El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro”.

Dejando en claro con este artículo la voluntad de causar daño a otra persona, ya sea de manera verbal o material.

En fin, para que exista dolo se debe presentar de manera necesaria dos elementos, como son: la voluntad y conciencia en cada acto además de conocer el fin al cual se quiere llegar, por lo tanto al actuar con estos elementos constitutivos se tiene responsabilidad plena sobre el ilícito que resulte a menos que se presentasen impedimentos de conciencia, y si bien es cierto que el dolo ha sido clasificado de muchas maneras, la esencia de este, radica en provocar mal a un tercero, dentro de la materia del derecho que fuese, un ejemplo de esto, es el dolo civil, en donde se maneja la intención dañina por medio de los contratos, viciando de esta manera el instrumento.

En la mala práctica médica hay que diferenciar los tipos de dolo que existen y son: dolo eventual y dolo consciente, cada uno de estos con características propias pero a la vez muy semejantes, por lo que la línea que los diferencia es casi invisible, siendo así, una vez concluida la explicación acerca del dolo, se hará un cuadro comparativo acerca de las semejanzas y diferencias acerca de estas dos clases de dolo, así como del dolo eventual y la culpa.

2.2.1. DOLO CONSCIENTE

Como su nombre lo indica el dolo consciente, no es más que la aplicación de su definición más básica, es decir, de incurrir daño a un tercero, teniendo un objetivo claro, tanto como el sujeto pasivo, el modo; en fin, cumpliendo todos los pasos del intercriminis, como son: proposición, conspiración, planificación, y consumación, más allá del los resultados.

Entonces, se puede decir que se actúa con ventaja y alevosía, por lo que más allá de ser un caso de mala práctica profesional, debido a que en la actividad medica no se busca el matar a nadie sino al contrario curar³⁷, se convierte en un asesinato, por las características que se presenta y las cuales se ajustan a la definición de asesinato de acuerdo al Art. 451 numerales 1; 3; 5 y 9, teniéndolos a estos como agravantes.

“Art 450.- Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes:

1. Alevosía

3. Por medio de inundación, veneno, incendio o descarrilamiento.

³⁷ Art. 13.- El que ejecuta voluntariamente un acto punible será responsable de él, e incurrirá en la pena señalada para la infracción resultante, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar, o recaiga en distinta persona de aquella a quien se propuso ofender. En caso de concurrir con el acto punible causas preexistentes, simultáneas o supervinientes, independientes de la voluntad del autor, se observarán las reglas que siguen: Si el acontecimiento, que no estuvo en la intención del autor, se realiza como consecuencia de la suma de una o más de estas causas con el acto punible, el reo responderá de delito preterintencional. Si el acontecimiento se verifica como resultado de una o más de dichas causas, sin sumarse al acto punible, no será responsable el autor sino de la infracción constituida por el acto mismo.

5. Cuando se ha imposibilitado a la víctima para defenderse.

9. *Como medio de preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados o impunidad; o por no haber obtenido los resultados que se propuso al intentar el otro hecho punible”.*

Si bien en el artículo que se mencionó anteriormente se define al asesinato como tal, hay que analizar el verbo rector del delito, y este es matar = quitar la vida, por lo tanto vulnera el bien jurídico protegido por el Estado que es la vida, ahora bien para ampliar mejor el análisis de este delito, las características son: actuar con alevosía, ventaja, con venenos, y tratar de tapar errores previos. En el caso concreto por negligencia dolosa que serviría como ejemplo.

Una vez definidas las características constitutivas del asesinato, siendo este un claro ejemplo de porque al actuar con un dolo consciente no puede caer en mala práctica médica, quedaría únicamente el diferenciar los sujetos que intervienen en este hecho, y en este preciso caso, el sujeto activo es el galeno o cualquier persona calificada para practicar medicina, y como sujeto pasivo, se entenderá cualquier particular

Artículo 450	Asesinato
Sujeto Activo	Galeno o personal autorizado para practicar medicina
Sujeto Pasivo	Cualquier particular
Verbo rector	Matar = Dar muerte
Características	<ul style="list-style-type: none"> • Actuar con ventaja • Actuar con alevosía • Suministrar venenos • Tratar de tapar errores irreparables anteriores

CUADRO No. 2 ANALISIS DEL DELITO DE ASESINATO

El dolo consciente por sus características propias, tiene objetivo el dañar a una persona o bien, y en base al ejemplo dado, lo que más se ajusta a esta realidad, se evidencia en aquellas personas inescrupulosas que ven, a la práctica de la medicina sin licencia, como un modo de vida, un claro ejemplo de esto son los mal llamados “cirujanos plásticos” que inyectan o aplican cualquier tipo de substancias nocivas para el ser humano, en personas que buscan de acuerdo a su realidad económica y social el conseguir una apariencia diferente, es por esto que entre los venenos más usados están, el silicón frio, aceite comestible, aceite de automóvil, entre otros, sin contar con aquellos individuos que practican abortos clandestinos, pero topar ese tema es recaer en otro tipo de delito contra la vida.

3. 2.2. DOLO EVENTUAL

Este tipo de dolo, tiene elementos constitutivos al igual que el dolo común, como la voluntad y conciencia, sin embargo en el dolo eventual interviene otro elemento constitutivo, ya que como menciona el Dr. Remigio Sacoto Aguilar en su libro “Delito Culposo, Imputación Objetiva y Sistema Acusatorio” “el agente sabe que podría producirse un resultado concomitante prohibido previsto, pero sin darle mayor importancia a esta posibilidad, acepta el riesgo de que se convierta en una realidad”, es decir que existe conocimiento exacto de las posibles consecuencias, por lo que al modo de ver de la autora del presente trabajo, es completamente reprochable, ya que además de ser previsibles los posibles riesgos, no son tomados en cuenta y aun así son realizados, sin tomar medidas preventivas adicionales y sin consentimiento del sujeto pasivo de los hechos.

Hay que decir que la esencia de este tipo de dolo es el ánimo, ya que existe una aceptación de los hechos que vengan en lo posterior, que confirmaría lo expresado en el párrafo anterior.

Si bien es cierto, la esencia del dolo eventual es el ánimo, de acuerdo a lo indicado por BUSTOS RAMÍREZ quien ubica al dolo eventual dentro de los procesos que se quiere evitar que son propios de la culpa. El citado autor entiende sólo existen dos procesos:

- 1). **Los que afectan directamente el bien jurídico.-** Por lo cual si alguien realiza una acción con dolo eventual, no quiere decir que actúa con el fin de dañar al bien jurídico protegido, como en el dolo consciente, que se conoce a ciencia cierta el fin y el bien al cual se está atentando , pero aun así lo pone en riesgo, por lo cual se vería vulnerado, y si bien suena como una contradicción, el dolo eventual en este caso es conocer y a aceptar

las consecuencias en pro de ocasionar el menor daño a un determinado bien, por lo cual, cuando ya pasa el riesgo, todo vuelve a la normalidad y el haber actuado con dolo eventual se convierte en una acción buena.

2). Actividades Especiales.- Aquellos en que una determinada actividad implica un riesgo especial para los bienes jurídicos y por eso se exige un cierto cuidado, que son denominados de culpa.

En fin, se debe determinar que el dolo eventual, se basa mucho en la probabilidad, sin embargo en profesiones tan riesgosas como la medicina, este tipo de probabilidad, no es más que parte del dolo, a pesar que pueda desembocar en un delito culposo, como es la mala práctica médica la cual sea causada con culpa inconsciente.

En el Ecuador, el dolo eventual no está tipificado, por lo cual de recaer la mala práctica médica en este tipo de dolo no se puede llegar a fundamentar las denuncias en esta figura debido a su ausencia en la realidad legal ecuatoriana, pero sería de mucha ayuda el poder instituir a esta figura, de esta manera la impunidad existente en el Ecuador disminuiría al menos desde el punto de vista

2.3. LA CULPA

La culpa es un concepto que de manera general es entendido como el hecho de hacer algo y que una persona responda en virtud del hecho, por lo tanto, hay que definir desde un punto de vista

más científico y sobre todo desde un punto de vista jurídico a la culpa, de acuerdo a la revista jurídica virtual deconceptos.com: La culpa³⁸ es toda omisión o acción, imprudente o negligente, que ocasiona un daño a otra persona, y que puede merecer sanción legal.

Ahora bien, cabe mencionar que la culpa tiene dos clasificaciones legales y dos variantes adicionales, los que se mencionaran a continuación con un ejemplo para su mejor entendimiento:

2.3.1. CLASIFICACIÓN LEGAL DE LA CULPA

- a) **La culpa civil.-** Este tipo de culpa obliga a reparar el daño económico ocasionado por obrar imprudentemente
- b) **La culpa penal.-** Puede ser causa de atribución de una pena si el hecho está considerado como delito, es decir si el hecho punible está tipificado como tal en la ley y cumple con los elementos y características constitutivas del delito.

3.3.2. CLASIFICACIÓN DE LAS FORMAS DE CULPA

La culpa consciente y la culpa inconsciente, la define Carrara en su Diccionario de Términos Jurídicos clasificando la culpa con previsión y la culpa sin previsión

- a) **La culpa intencional, consciente o con previsión.-** es cuando un sujeto con voluntad decide incurrir en una determinada acción y este tipo de culpa, pasa a ser juzgado por el orden penal de un Estado.

³⁸ www.deconceptos.com/social

b) **La culpa inconsciente o sin previsión.**- es aquella culpa que puede causarse en un quirófano por ejemplo, que cuando se ha prevenido todo riesgo y se han tomado las precauciones necesarias aun así se salió algo de las manos de los responsables y por ende les toca asumir una culpa que no genero o recayó en una intención de causar daño a otra persona, convirtiéndose en un cuasidelito y por ende su resarcimiento será de forma pecuniaria.

Por ejemplo: si un automovilista atropella a un peatón sin intención, pero estando distraído, hablando por el celular, y lo mata o lesiona, puede ser procesado por homicidio o lesiones culposas respectivamente.

Esto por saber que en la ley está expresamente prohibido el hecho de hablar por celular mientras se conduce, y sobre todo por haber atentado contra el bien jurídico protegido que en este caso es la vida del sujeto pasivo, si es que este muriera; pero si se produjesen únicamente lesiones, el sujeto activo únicamente responderá por los daños económicos que puedan ocasionarse del acto de imprudencia, que tuvo como conductor. En este tipo de ejemplo aparecen las dos clasificaciones de la culpa, ya que es completamente prevenible que un conductor pierda tiempo de reacción y concentración cuando habla por teléfono, y las consecuencias que puede traer haciendo uso del nexo causal, será lo que se juzga y en base a los daños se cancelara la indemnización.

Pero si queremos definir a la culpa, desde un punto de vista filosófico, entonces debemos citar a la Dra. Fátima Velázquez³⁹ que la define como “un sentimiento que se arraiga en la conciencia y da origen al remordimiento, siendo esto independiente a la conducta atribuida al

³⁹ VELASQUEZ, Fátima, LA CULPA COMO SENTIMIENTO HUMANO, pág. 20, España, 2001

sujeto activo, y que encuadre como punible para el régimen legal". Para mencionar o esclarecer un poco más este concepto, se ejemplificara de la siguiente manera:

Sí, una madre que deja al cuidado a otra persona de sus hijos, para ir a trabajar, no comete ninguna actitud imprudente ni negligente, pero ella siente, que los está abandonando y no cumple a plenitud el rol de madre.

Como se puede observar el ordenamiento jurídico se mantiene indiferente, ya que está completamente permitido por la ley el dejar a menores al cuidado de otra persona, y aunque en esta parte existan falencias ya que debería especificarse que tendrá que ser una persona preparada, capaz legal y moralmente y varios requisitos más, aun así, no se actúa de una manera ilegal, pero es la persona a través de sus normas internas o morales la que se impone el castigo de sufrir, por no poder cumplir con ese papel que decidió tiempo atrás desempeñar y que por varios motivos, ya sean económicos, sociales u otro ha tenido que dejar de hacerlo.

Por naturaleza el ser humano busca el poder salvar o justificar sus actos, para escapar de ese sentimiento de culpa, responsabilizando a otros o a las circunstancias de las causas el cometimiento de un determinado hecho, el cual desembocará en culpa.

Por ejemplo: si se tiene que salir a robar porque el cónyuge no gana lo suficiente, esto no es más que una justificación que se ha puesto de manera personal un individuo para realizar un tipo de actividad, la cual puede llegar a ser ilegal.

En fin, sea cual fuere la dirección que se quiera dar a la culpa, en todos los casos supone ausencia de intención de dañar, y por eso se busca justificar e incriminar a las circunstancias o a terceros para poder salvar responsabilidades en primera persona, si es que no existiría la culpa,

sería porque existe la presencia de dolo, y como se definió en párrafos anteriores, eso querría decir que hay una firme intención de dañar algo o a alguien.

En definitiva, la culpa se caracteriza por implicar una actitud contraria a la ley, causar o ser capaz de causar un daño y resultar objetivamente imputable al autor como consecuencia de su libre determinación; además de estos requisitos, el acto culpable tiene su origen en la impericia, negligencia o imprudencia de quien los comete, con abstracción de cualquier querer doloso. Gira, por eso, en torno a la idea de previsibilidad. Es decir: la culpa cuasi delictual significa la no previsión de un evento que es perfectamente previsible en el instante en que se manifiesta la voluntad del sujeto activo, debiendo estimarse como previsible aquello que se pudo o se debió prever poniendo el debido cuidado. Si no se pudo prever, o si previsto no pudo evitarse, se estaría en presencia del caso fortuito.

Para que surja la responsabilidad cuasi delictual del sujeto activo deben concurrir seis elementos:

- ***Hecho del sujeto activo:*** Acción u omisión.
- ***Violación del derecho ajeno:*** a través de un acto contra ius o, empleando el vocablo de rigor, constituir una injuria. Si llega a traducirse en lesión efectiva genera la obligación de resarcir.
- ***Perjuicio efectivo:*** daño, lesión.
- ***Nexo causal entre el acto y la consecuencia.***
- ***Imputabilidad al sujeto activo.***
- **Modalidades de la Culpa:** la Impericia, Negligencia, Imprudencia y la Inobservancia de reglamentos o deberes del cargo.

Elementos definidos en su oportunidad y que solo hacen referencia a la configuración del cuasidelito como tal.

En el Ecuador tanto la sociedad, como la doctrina han reconocido varios tipos de culpa, los cuales han sido plasmados en el código civil, en el título preliminar, este tipo de culpas, están sujetas a prudente apreciación judicial, por lo que necesariamente tenemos que remitirnos al Artículo 29⁴⁰, que dice:

“Art. 29.- La ley distingue tres especies de culpa o descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata.- es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero.- es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

⁴⁰ CODIGO CIVIL, Art. 29

Culpa o descuido levísimo.- es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro”.

Como se había mencionado en el Ecuador se aceptan y reconocen varios grados de culpa, los cuales están cuantificados en dependencia del tipo de daño o consecuencia que se presente.

Siendo el caso y haciendo referencia al artículo citado, se entiende que todo ser humano es considerado sujeto activo de caer en culpa y es por esto que si se incurre en ella, en dependencia de los daños que se causen y del nivel de conciencia que posea la persona quien comete el hecho, será responsable de la misma, hablando de conciencia debido a que en el inciso quinto del Art. 29 se define al dolo, el cual como ya se había mencionado anteriormente es el elemento esencial del delito.

2.3.3. CULPA PROFESIONAL

La sociedad mundial ha reconocido que un individuo adquiere una profesión al obtener un título universitario de tercer nivel, y a partir de este momento se adquieren nuevas y mayores responsabilidades de acuerdo al juramento realizado en cada una de las profesiones.

Por ejemplo el caso medico tiene una peculiaridad, ya que el juramento hipocrático es parte de la legislación reconocida a nivel internacional, las demás profesiones no lo ostentan, aunque en ciertos casos se posean decálogos, en los cuales se plasmen los principios que todo

individuo que representa una determinada área deben seguir para ser un buen profesional, entre ellos están los ingenieros o abogados, etc.

Entonces se puede decir que hay profesiones que por sus condiciones y sobre todo por el sujeto de sus acciones están vinculadas de manera directa con la vida y calidad de vida humana como la medicina con la cual se puede llegar a vulnerar en algún momento los bienes jurídicos protegidos por el Estado como la vida, salud e integridad.

Entre las profesiones más críticas y evidentes de haber incurrido en mala práctica, están, ingeniería civil, arquitectura, medicina humana y animal, en la genética, y otras profesiones relacionadas.

Ahora bien, no se puede seguir hablando sobre culpa profesional sin que exista previa a ello, una definición de mala práctica profesional, por lo cual el editorialista Nicolás Parducci⁴¹, la define como “Mala práctica profesional es cometer errores u omisiones en el ejercicio de la profesión, que debe ejercerse con conocimientos y pericia. Es causar daño o perjuicio al cliente”, por otro lado de acuerdo al diccionario de Guillermo Cabanellas⁴², “la práctica profesional es el ejercicio de un arte o facultad, para el cual se preparo un individuo durante determinado tiempo y se desempeña en algunos cargos”. Entonces si así lo define, se debe entender que la ausencia del debido cuidado a manera de antítesis, convertiría esta acción en mala práctica profesional.

Además, la práctica profesional no comienza, una vez obtenido el título universitario, esta comienza como requisito previo, ya que desde los años de estudiante por obligación, necesidad o

⁴¹ NICOLAS PARDUCCI, el Universo, miércoles 03 de noviembre del 2010 Guayaquil.

⁴² GUILLERMO CABANELLAS, diccionario enciclopédico de derecho usual, (1979), editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina.

iniciativa propia se tiene que realizar prácticas pre profesionales, bajo la supervisión de expertos con mayor experiencia y experticia, que sabrán guiar por el camino adecuado a sus pupilos.

Pero terminadas las prácticas pre profesionales, todo individuo tendrá que salir a una vida laboral competitiva y real, en la cual su evaluación permanente será los resultados obtenidos de su trabajo, sean estos buenos o malos solo el balance de la vida, lo determinara, aún así, es importante el concientizar desde los primeros años universitarios que la capacitación constante y la práctica de los conocimientos adquiridos evitara cometer errores en un futuro, que pueden ser previsibles con una educación adecuada, liberando de esta forma las circunstancias que puedan influir en un determinado momento, como la falta de equipos, el clima, mala calidad de productos, entre otros.

Una vez en claro lo que representa la mala práctica profesional, se debe determinar que es la culpa profesional y de acuerdo a Antolisei⁴³ para comprender la verdadera esencia de lo que es la culpa se *“debe considerar que en la vida social se presentan situaciones en las cuales, dada una actividad orientada hacia un determinado fin, pueden derivarse consecuencias dañosas para terceros”*, y para Mosset Iturraspe⁴⁴, la culpa profesional, *“no es otra que aquella culpa en la cual puede incurrir un profesional, en el ejercicio de su quehacer específico”*. siendo así, se entendería que al unir la definición de culpa y de práctica profesional, la culpa profesional es los errores y consecuencias de la practica causados por la negligencia, imprudencia o impericia que puedan causar acciones u omisiones las cuales dañen o lesionen a otro individuo como consecuencia, la cual tiene que ser reparada.

⁴³ GRISANTI, Hernando (2.000): "Lecciones de Derecho Penal". Vadell Hermanos Editores. 12° Edición revisada.

⁴⁴ GRISANTI, Hernando (2.000): "Lecciones de Derecho Penal". Vadell Hermanos Editores. 12° Edición revisada.

2.3.3.1. CULPA PROFESIONAL MÉDICA

Para ejercer la profesión de medicina en el Ecuador, se debe cumplir con requerimientos establecidos en el código de la salud vigente,

Art. 174⁴⁵.- Para el ejercicio de las profesiones de médico cirujano, químico farmacéutico, odontólogo, médico veterinario, obstetrix, enfermera, ingenieros de alimentos, licenciados en nutrición y dietética, licenciados en educación para la salud, licenciados en servicio social y trabajador social, licenciados en diversas especialidades de la tecnología médica, ingenieros químicos, doctores en química, tecnólogo médico, tecnólogos químicos de alimentos en sus diversas especialidades, se requiere haber obtenido el título académico otorgado o revalidado por las universidades, los institutos técnicos superiores u otros centros de formación debidamente autorizados para el caso de la tecnología médica alimentaria. Dichos títulos deben ser registrados en el Consejo Nacional de Educación Superior CONESUP, actualmente Secretaria Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (SENESCYT), en el Registro Nacional de Profesiones Médicas del Ministerio de Salud Pública y en la Dirección Provincial de Salud de la circunscripción geográfica donde se vaya a ejercer la profesión.

Con este artículo se deja en claro, las personas que pueden ejercer la medicina considerada como un arte o ciencia liberal, de una manera legal y legítima en todo el territorio ecuatoriano.

⁴⁵ Artículo sustituido por Ley No. 94, publicada en Registro Oficial 728 de 19 de Diciembre del 2002.

En el punto anterior se topó a la culpa profesional desde un punto de vista general, sin embargo, y como es evidente, el tema de investigación de este trabajo es la mala práctica médica profesional la cual responde a configurar un acto médico y a un acto médico jurídico, tal como lo define el Dr. Lincoln Maylle Antaurco, en uno de sus trabajos realizados para el Hospital Dos de Mayo en Lima:

- **Acto médico**⁴⁶.- “es una forma especial de relación entre personas, en el cual una de ellas (el enfermo) acude motivado por la alteración de su salud y la otra (el médico) tiene los conocimientos para recuperar la salud alterada del paciente”.
- **Acto médico jurídico**.- “Es una acción jurídica y responsable. Jurídica, porque está de acuerdo al derecho o la ley. Y responsable, porque tenemos la obligación de sufrir las consecuencias de las fallas cometidas en el ejercicio de nuestro arte”.

Dejándose en claro de esta manera la relación médico – paciente que se genera, y determinando la voluntad de acudir del paciente a un profesional de la salud, de una manera libre y sin presión, más allá de la sintomatología⁴⁷ existente, dejando en claro la libertad del paciente por escoger al profesional de su preferencia.

Como se había citado antes, para ser profesional en una determinada área y más en la medicina los años de preparación son varios, y si cabe decirlo no terminan nunca, el motivo, el cuerpo humano es demasiado complejo y aunque no cambie, si evoluciona y difiere el entorno y las afecciones de acuerdo al tiempo, posición geográfica, alimentación y otros factores, por ejemplo en la época de la Revolución Francesa, las personas morían por una caríe, en la

⁴⁶ LINCOLN MAYLLE ANTAURCO, “QUE ES LA MALA PRACTICA MEDICA”, (2005), Lima – Perú, pág., 5

⁴⁷ Ciencia del conjunto de síntomas de una enfermedad, de su presentación y de sus indicaciones diagnósticas que ella suministra (BÉRUBÉ, Louise. Terminologie de neuropsychologie et de neurologie du comportement, Montréal, Les Éditions de la Chenelière Inc., 1991, 176 p., p. 132.)

actualidad este tipo de realidades pasadas son como un mal chiste dado los avances tecnológicos en todas las áreas de la medicina.

Pero como hablar de un avance tecnológico, sin regulación de su práctica?, esto en realidad es bastante común en todos los países a lo largo y ancho del planeta tierra, y penosamente la culpa medica profesional radica en la poca o nula legislación existente, ya que mas allá de las circunstancias, peligros, negligencia, imprudencia, impericia, sean o no previsibles que puedan existir, debería plasmarse los limites de cada uno de estos, ya que al paso del tiempo, el ser humano sigue al servicio del ser humano a pesar de toda la tecnología que en muchos lugares y campos laborales ha desplazado a la mano de obra humana.

La mala práctica médica profesional ha sido duramente castigada desde el inicio de los tiempos, como se presento en el capítulo I de este trabajo, ya que los daños o lesiones que se deriven de esta acción u omisión, son evidentes, en algunos casos en mayor o menor tiempo, a diferencia de otras profesiones que a pesar de la existencia de la mala praxis no se evidencia nunca.

Y a pesar de la dura caución moral que la mala práctica médica tiene, nadie se ha puesto a pensar que no solamente es cuestión de conocimiento medico y del cuidado por parte del profesional, ya que el cuerpo humano requiere otros factores como: buena alimentación, ambientes libres de contaminación, educación, niveles sanitarios mínimos, recreación, etc., para poder responder a los tratamientos existentes.

En fin, la doctrina siempre ha tenido contraposiciones acerca de que es en realidad la culpa médica, ya que el juzgamiento de culpa tiene connotaciones bastante marcadas en el campo

moral, que direccionan y miden los límites de cada persona, en virtud del fuero interno, propio y único en cada ser humano.

Sin embargo, en este preciso caso, la mala práctica profesional en el área médica, debido a la cotidianidad con la que se presenta en el Ecuador y al alto índice de impunidad, se ha convertido en un tema controversial.

De cierto modo resulta verdaderamente increíble, que en pleno siglo XXI, y con la tecnología existente, además de la legislación internacional, no se hayan tomado cartas en el asunto, y se haya regulado en los Estados por medio de sus políticas internas sabiendo de ante mano que el derecho proviene de las necesidades sociales, y nace la ley para regularlas y así no desembocar en un caos social.

Además, la práctica médica responde a la relación entre una obligación en este caso por parte del médico y de un derecho, que lo ejerce el paciente, haciendo valer de este modo sus derechos y garantías constitucionales, las cuales también están plasmadas en la Declaración de los Derechos Humanos, la cual tiene carácter vinculante en la legislación a nivel mundial.

La denominación utilizada cuando por acción u omisión sale mal el procedimiento al tratar a un paciente en la búsqueda de su cura, y existen consecuencias es mala práctica médica, pero hay que diferenciar entre el error médico y la mala práctica, porque aunque se pueda confundir muy fácilmente, hay que dejar en claro las diferencias que cada una de estas tiene, para así poder manifestar con exactitud las acciones u omisiones y acertadamente hacer los reclamos pertinentes.

2.3.3.1.1. ERROR MEDICO

De acuerdo a la interpretación de los médicos, quienes son los protagonistas de este estudio, afirman en entrevista que el error médico para ellos no existe, porque a pesar de la preparación académica y de la experiencia que puedan tener en el área de la medicina que practiquen, hay situaciones que salen de sus manos, y que lamentablemente queda fuera del alcance de sus conocimientos el poder hacer más allá de lo la ciencia conoce, por lo que se puede ver que por su propia naturaleza el hombre es imperfecto, por lo cual es sujeto talente de error.

En su concepción el error médico se configura al actuar con voluntad y conciencia de ayudar al paciente a recuperar la salud, sin embargo los médicos alegan la existencia del riesgo asociado para justificar su mal actuar, queriendo decir que este riesgo es provocado por hechos ajenos a su proceder y que a pesar de haber aplicado todos los principios aceptados por la lex artis, los resultados no fueron los esperados.

Y es por esto que Júlio César Meirelles Gomes y Genival Veloso de França⁴⁸ definen al error médico como “el daño provocado en el paciente por la acción o inacción del médico, en el ejercicio de la profesión, y sin la intención de cometerlo”.

Hay tres posibilidades de suscitar el daño y alcanzar el error:

- Negligencia, consiste en no hacer lo que debería ser hecho;

⁴⁸ ERROR MÉDICO: Júlio César Meirelles Gomes y Genival Veloso de França
Iniciación a la Bioética – Parte IV – Bioética Clínica

- Imprudencia consiste en hacer lo que no debería ser hecho
- Impericia en hacer mal lo que debería hacerse bien.

En base a lo mencionado se puede decir que el error médico no es otra cosa que una equivocación al momento del diagnóstico y que por ende se errara en la medicación y procesos a seguir.

2.3.3.1.2. MALA PRÁCTICA

Ya con el antecedente del error médico, al hablar de la mala práctica médica, se tendrá necesariamente que decir que el acierto del diagnóstico no siempre es un indicativo para recuperar la salud al cien por ciento, ya que el tratamiento empleado puede ser el equivocado y aquí se configura la mala práctica médica, para esclarecer de mejor manera este límite entre el error y la mala práctica, consultoras dedicadas especialmente a la investigación de este tipo de casos, definen a la mala práctica médica como: “ la actuación del facultativo médico inadecuada”.

Por lo cual se incurren en mala praxis cuando el facultativo no se ajusta a los criterios de la *lex artis*, como se mencionó anteriormente, que son los criterios de actuación adecuada seguidos por toda la comunidad sanitaria y científica.

Y así como el error medico La mala praxis implica actuar con descuido, imprudencia, impropiedad así como negligentemente, sin que abarque esta los casos en que se actúa incorrectamente por requerirse conocimientos que aún no se encuentran en el estado de la ciencia.

Es decir, se van a castigar las actuaciones de los facultativos en las que se haya actuado negligentemente al margen de la lex artis.

En fin, la definición y el entendimiento de la mala praxis queda entre el derecho y la medicina, ya que los abogados, querrán encontrar una tipicidad inexistente hasta el momento, y los médicos trataran de justificar su actuación a través de las evidencias materiales, en un cuerpo inerte de ser el caso o en las victimas que resulten de la práctica de la lex artis.

Esto quiere decir que para que se configure o se evidencie la mala práctica deben existir daños palpables y no solo en el cuerpo, como un miembro o un órgano lesionado, sino en ámbito psicológico que pudiera influir en un correcto desenvolvimiento laboral, social o familiar.

Ahora bien, la mala práctica médica puede estar conformada por los elementos que se explicaran a continuación como son:

2.3.3.1.2.1. NEGLIGENCIA

Proviene del latín “negligentia”, y es la falta de cuidado o el descuido. Una Conducta negligente, por lo general implica un riesgo para uno mismo o para terceros y se produce por la omisión de calcular las consecuencias previsibles y posibles de la propia acción.

Ahondando un poco más en el tema sobre la negligencia de acuerdo al artículo publicado por Lawyers and Settlements American Premiere Online Legal News Source⁴⁹, “es un concepto jurídico que se utiliza habitualmente para lograr una indemnización por los accidentes y las heridas. La negligencia es un tipo de infracción civil, pero también puede ser utilizado en la ley penal. Se puede dividir en los siguientes niveles:

- a. Negligencia ordinaria es la falta de diligencia ordinaria;
- b. Poca o menos de negligencia ordinaria es la falta de gran diligencia⁵⁰;
- c. Negligencia bruta o más de la ordinaria es la ligera falta de diligencia.

La mayoría de los actos negligentes son involuntarios, pero otros se clasifican como voluntaria, arbitraria o irresponsables. Un ejemplo de esto es: cuando no se realizan todos los exámenes correspondientes para determinar o diagnosticar un cuadro médico, esto puede ser considerado como un acto de negligencia.

Pero la negligencia médica no siempre es causada por el galeno, queriendo decir con esto que hay enfermedades preexistentes y deben ser informadas en su momento por el paciente o sus familiares para tener mayores elementos de juicio y que el médico pueda ser certero a la hora de un diagnóstico y un tratamiento, por otro se tiene el riesgo asociado que son aquellas enfermedades que se pueden derivar a partir de un tratamiento o intervención y no son necesariamente causadas por la negligencia del médico.

⁴⁹ <http://www.lawyersandsettlements.com/case/sp-negligence.html>

⁵⁰ **DILIGENCIA.**- Es la precaución o cuidado con que una persona desempeña sus funciones o se comporta en su vida a fin de no causar daño o lesión a terceros.
<http://www.definicionlegal.com/definicionde/Diligencia.htm>

A continuación están los casos más comunes y frecuentes en los que se cometen negligencias dentro de los hospitales:

- **Lesión perinatal.**- Es causada por prácticas incorrectas en el parto las cuales provocan lesiones al recién nacido, dentro de estas la más grave es la parálisis cerebral, ya que las afectaciones posteriores serán, deficiencias en el área motriz e intelectual del bebe, y en ocasiones invalidez o la muerte del recién nacido.
- **Errores en la medicación.**- esto puede incluir una sobre medicación o una medicación insuficiente, administración del medicamento equivocado o a su vez la prescripción de medicamentos a los cuales el paciente sea alérgico y pueda comprometer no solo la salud sino la vida del mismo, y que en lugar de aliviar el primer cuanto medico se agrava causando consecuencias no previsibles.
- **Diagnostico incorrecto.** - sucede cuando un paciente recibe un tratamiento por una enfermedad que no tiene o cuando una enfermedad no se trata debido a que el médico no reconoció una condición médica amenazante.

Para el diagnostico incorrecto se debe considerar la información que se tiene por parte del paciente, ya que si no se poseen datos completos o relevantes el médico puede errar en el diagnostico y por ende se dará un tratamiento incorrecto.

- **Errores quirúrgicos.** – Al tener que realizar o asistir una cirugía se debe considerar siempre el riesgo que esta posee, pero más allá de este, se deben considerar los errores quirúrgicos que se cometen, en muchos casos por “desconocimiento”, en otros por falta de

“experiencia” y en unos cuantos por descuido, ya que los profesionales de la salud, no actúan con la diligencia y precaución necesaria.

Ejemplos de estos errores son: dejar gasas al interior de la cavidad abierta, objetos o utensilios utilizados para la cirugía, entre otros.

Los casos mencionados, por la frecuencia con la que suceden se podría decir que son casos típicos de negligencia médica y que se ajustan a la realidad diaria de los recintos hospitalarios, sin embargo hay que tener en cuenta las diferentes circunstancias a las cuales se tienen que ajustar los galenos, como es la falta de insumos, de instrumentos, de equipos, y personal en algunos casos, lo cual puede llevar al cometimiento de negligencia médica, en cualquiera de sus formas.

2.3.3.1.2.2. IMPRUDENCIA

Para definir a la imprudencia hay que diferenciar dos aspectos o principios por los cuales se juzgan a la imprudencia, siendo estos los siguientes:

1. **Teoría de “crimina culposa”**.- esta teoría quiere decir que cuando se produzca un único hecho imprudente con varios resultados habrá de escudarse en la intensidad de las acciones, ya se trate de homicidios imprudentes o lesiones imprudentes, que se traducen a homicidio inintencional, convirtiéndose así en un acto típico.
2. **Sistema de numerus clausus (la participación)**.- bajo este sistema se obtiene información acerca de el numero de involucrados que pasan a denominarse sujetos

activos o a su vez autores⁵¹ imprudentes, como se mencionó en las diferencias entre el delito y el cuasidelito, hay que decir que en el cuasidelito únicamente existe autoría y coautoría si son mas de dos personas y no se puede identificar quien fue el autor material de la acción o omisión.

En este sistema lo que se busca es encontrar al culpable o imprudente que actuó sin la debida diligencia o precaución, y cuyas acciones desembocaron en consecuencias no previstas.

Uniendo estos dos aspectos y dándole un significado más simple a la imprudencia dentro de la mala práctica médica, se puede resumir como la ausencia de moderación y el actuar con racionalidad, dando oportunidad al descuido faltando así a la atención requerida, como antecedente a que ocurra esto es que existe falta de previsión de las consecuencias, por lo tanto el juicio medico es inadecuado.

2.3.3.1.2.3. IMPERICIA

“Del latín IN: privativo, sin; y PERITIA: Pericia, es la falta total o parcial, de conocimientos técnicos, experiencia o habilidad en el ejercicio de la medicina”⁵², arte, profesión u oficio. Es

⁵¹ Art. 42.- Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin. CODIGO PENAL,

AUTORES DE DELITO.- Los que coadyuvan al delito con actos sin los cuales no habría podido perpetrarse, como los que con su vigilancia, aseguran la ejecución del hecho, son también autores. Gaceta Judicial. Año XLI. Serie VI. Nro. 12. Pág. 431,(Quito, 1 de Diciembre de 1943)

⁵² <http://www.geosalud.com/malpraxis/respmedica.htm>

decir que viene determinada por la carencia de los conocimientos, de la experiencia o de la destreza exigible para ejercer uno u otro y más en el campo de la profesión médica.

La impericia integra una de las formas de la culpa, junto con la imprudencia y negligencia. Así, según un aforismo latino: “Imperitia culpae adnumerantur” (La impericia se considera como culpa).

La impericia es inexcusable, además del resarcimiento de daños que siempre implica, posee trascendencia penal sin perjuicio de su consideración civil, que están más dados al término de negligencia.

En la relación médico – paciente, se pueden presentar casos de impericia en el diagnóstico pre- operatorio, en los cuidados pre – operatorios y post – operatorios, ya que si no se tiene los conocimientos necesarios o su vez no se los adquiere, el procedimiento quirúrgico puede no tener los resultados deseados. De la misma forma al administrar la anestesia, si no se han realizado los exámenes previos de una manera completa, no se tienen los elementos necesarios para la aplicación de dosis correcta lo que puede traer consecuencias como la muerte, parálisis, etc.

2.4. ACCION Y OMISION

Previo a la definición de la acción y omisión, hay que recalcar que estos dos primero son conductas, las mismas que posteriormente se convierten en Actos típicos o atípicos de acuerdo lo establezca la legislación, los mismos que pueden ser cometidos por acción u omisión.

Tanto la acción u omisión son dos conceptos muy usados en todas las áreas de la vida humana, sin embargo, en la práctica médica son los conceptos que delimitaran el grado de responsabilidad, la voluntad y conciencia con que se actúa al momento de aplicar un determinado tratamiento o de realizar un procedimiento, por lo tanto habrá que definirlos y conocer más a fondo la connotación que cada una de estas denominaciones posee, sabiendo que tanto la acción como la omisión nacen de la relación medico paciente que se había mencionado en párrafos anteriores, es así que comenzaremos definiendo a la acción.

2.4.1. ACCION

La acción dentro del campo de la medicina se presenta en varias áreas de ella, como por ejemplo comprende diagnóstico, tratamiento, corrección, orientación o prescripción para cualquier enfermedad, padecimiento, lesión, achaque, deformidad, dolor u otra afección física o mental, real o imaginaria de los seres humanos.

Por lo tanto, la acción tiene como elemento principal el conocimiento pleno en todas las etapas que puede presentar una enfermedad o un proceso medico requerido, ya que desde el mismo momento en que un paciente acude hasta un medico creándose la relación médico – paciente, se tendrá que conocer a través de historiales médicos los antecedentes, teniendo esto como herramienta primordial, y en base a esto, el médico podrá elaborar un juicio de valor el cual generará un diagnostico, que tendrá un tratamiento, sanando así la lesión o padecimiento, para finalmente recuperar la salud del paciente.

Entonces la acción dentro de la practica medica, se encuentra en todo momento, ya que se efectúa de una manera consciente y hace valer el conocimiento profesional del médico quien busca la mejoría del paciente, esto dentro de la medicina con fines curativos, porque también hay

que ver que la medicina en los últimos tiempos ha desarrollado un sistema estético, por lo tanto ya no se utiliza estrictamente para la cura de males relacionados con el cuerpo, sino que también interviene en el mundo de la belleza artificial, tratando de satisfacer a colectividades que se han sometido a estas intervenciones que tienen por objetivo el alcanzar mayor aceptación social y personal por medio de cirugías plásticas, que son posibles gracias al avance de la ciencia que va sujeta de la mano de la experiencia de siglos en la medicina.

Por otro lado, la acción dentro del campo médico puede alcanzar otro tipo de connotación, ya que como se había mencionado antes, se emplea el conocimiento y la voluntad para realizar tal o cual procedimiento, también bajo estos elementos, se puede realizar acciones malas, y no necesariamente actuando con dolo, porque si bien es cierto se cometería un error, no se busca el causar daño a un tercero en este caso el paciente, pero para una mejor comprensión de lo que representa la acción en el campo de la medicina, un ejemplo de acción es, cuando el médico comete una acción en beneficio del paciente, es decir puede correr riesgos necesarios con el fin de lograr un resultado positivo, en algunas ocasiones y por el estado de necesidad del paciente, esto aplicándolo de manera estricta en el caso de una intervención quirúrgica sobrepasando el principio de consentimiento del paciente o de sus familiares, quienes en ese momento lo representan.

Y si ha de enmarcarse en una determinada figura legal, ha de ser en el delito eventual, porque si bien es cierto que se conocen las posibles consecuencias de una acción, al actuar con diligencia, conocimiento y precaución, y resultar todo bien, esta “acción imprudente” se convertiría en una acción buena que trajo como consecuencias la recuperación del paciente.

2.4.2. OMISION

Al igual que la acción, la omisión en el mundo de la medicina, así como en el mundo de quienes forman parte de ella de una manera indirecta, es moralmente condenado, en vista de la no existencia de legislación por medio de la cual se la pueda penar, se ha podido justificar de varias formas, el olvido de procedimientos importantes o a su vez a pretexto de las carencias legislativas ha quedado en la impunidad muchos casos por no generalizar y decir que todos.

Pero la omisión, es un término poco debatido en medio de las colectividades que están tanto a favor como en contra de la justificación en la mala práctica médica, a pesar de ello la omisión es definida como un olvido o falta de previsión al momento de practicar un procedimiento a un paciente, siendo así, se enmarcaría dentro de la negligencia médica, ya que el médico quien asiste al paciente no es previsivo, tampoco cuidadoso y por ende tampoco diligente, ya que a pesar de contar con una licencia médica, actúa fuera de la *lex artis* dejando descuidados uno o varios detalles que por la importancia que tienen pueden traer consecuencias graves, poniendo de esta manera en peligro el bien jurídico protegido por el Estado, denominado vida, ya sea que se presente como lesión o daño a un miembro u órgano

Cuando se habla de omisión, necesariamente se habla de la no conciencia de estar cayendo en un error, aun así no se elimina la voluntad de cometer una omisión que se convierte en una acción al momento de realizarla, es decir, la acción que nace de la omisión es propia del descuido de quien la ejecuta, ya sea por falta de conocimiento, práctica, experiencia, o técnica, ya que no se miden las consecuencias.

2.5. CUASIDELITO

El cuasidelito es una figura jurídica que ha tenido su evolución y como una de las tantas figuras que nacieron del Imperio Romano, han tenido su traducción al español para su adaptación en el continente americano, y es así que al cuasidelito se lo conocía como “quasi ex malificio”. Tiempo después, no solo que se tornó en ser la cuarta fuente de las obligaciones sino que tuvo su propia importancia como figura jurídica en la sociedad, siendo así hay varios entendidos en la materia que concuerdan que, nació en la sociedad romana con el propósito de restituir y remediar el daño causado a un tercero.

Aun así es prudente citar a Justiniano que instituyó al cuasidelito como una fuente de las obligaciones, basado en la tercera clasificación hecha por Gayo, donde especifica que las fuentes de las obligaciones son el delito, el contrato y todos los hechos anexos que puedan derivarse de los mismos, de una manera más formal, Justiniano adapta al Ius Civile, al cuasidelito como fuente de las obligaciones, bajo la definición que era creado para pagar el daño causado a una persona, y así resarcir el daño.

Para el jurista francés que pertenece a la escuela clásica de los años 1699 - 1790 Pothier.- el cuasidelito, es el hecho por el cual por una persona sin malignidad, sino por una imprudencia que no es excusable, causa algún daño a otra.

En cambio en el Código napoleónico cada uno es responsable del daño que causa, no solamente por su hecho personal, sino también por su negligencia o imprudencia, definiéndose así al cuasidelito.

Adelantando la línea del tiempo, se puede empezar con Zaffaroni y su definición del cuasidelito diciendo que *“EL CUASI-DELITO: es un hecho ilícito que, cometido sin mala intención causa perjuicio; por lo que necesariamente genera la obligación de repararlo con cargo al que lo ha cometido.”*

De la misma manera para José Cisternas⁵³, *“son cuasidelitos los hechos que por imprudencia ejecutare un hecho que, si mediare malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas* y para detallar de una manera más óptima da un ejemplo: El manipular un arma de fuego, dentro de una sala de clases de forma imprudente, debido a que está cargada y en dirección hacia los estudiantes”.

Pero si de hablar desde un punto de vista netamente lingüístico se refiere para el diccionario argentino De Cuarta falcidia hasta Cuestura en Roma, Cuasidelito es el acto ilícito realizado con culpa, pero sin mala intención: tal es el concepto moderno de esta figura, distinto del concepto romano primitivo, que hace notar al igual que en los distintas definiciones que se mencionaron en el tema anterior refiriéndose al delito que hace ver la elasticidad del derecho amparado en la sociedad a la cual rige, no obstante la identidad literal de la terminología, no hace que se cambie el sentido, ni la esencia de cuasidelito con el paso de los tiempos.

En base a la conceptualización del cuasidelito, se puede decir que es una figura jurídica, que tiene como objetivo primordial el resarcir el daño a la persona victimizada o perjudicada, el tipo de sanción que se tiene es pecuniaria, en virtud de los gastos que correspondan o se deriven del accidente que pudo haber sido causado por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia a las leyes o reglamentos, sin embargo en la actualidad el juzgar este tipo de

⁵³ <http://www.freewebs.com>

acciones u omisiones es poco usual, o inexistente debido a que no existen vías de juzgamiento definidas, es por esto que en ocasiones se recurre a instancia civil y en otras ocasiones a instancia penal para denunciar e iniciar el proceso por lesiones u homicidio inintencional, figuras erróneas para la mala práctica médica, y después de terminado el proceso penal se inicia el juicio de daños y perjuicios para la “compensación económica”.

2.5.1. CARACTERISTICAS DEL CUASIDELITO

Para que un cuasidelito se configure como un acto ilícito, debe cumplir con ciertos elementos constitutivos:

- 1.) La violación de la ley;
- 2.) Imputabilidad del acto al responsable;
- 3.) Daño resarcible,
- 4.) Relación de causalidad jurídica entre el hecho obrado y el daño

Ahora bien, si hay que dar una explicación breve a cada uno de sus elementos, estos serán:

- **La violación a la ley.**- Todo Estado tiene como ente regulador de sus autoridades y de su población leyes, donde se especifican las limitaciones que cada ciudadano, por lo tanto, si uno de ellos quebranta una determinada ley, es porque ha recaído en una infracción⁵⁴, conociendo que para el derecho ecuatoriano las infracciones se clasifican en delitos y contravenciones tal como se estipula en el Art. 10 del Código Penal, por lo que hay que

⁵⁴ Transgresión, quebrantamiento de una norma o de un pacto.
<http://www.wordreference.com/definicion/infracci%C3%B3n>

determinar la intención con que se cometió dicha infracción, ya que como se afirma en las diferentes definiciones del cuasidelito, si de algo carece esta figura jurídica es de dolo, por lo tanto la intención es inexistente y se transforma en negligencia, imprudencia impericia o inobservancia a las leyes o reglamentos que rigen a un determinado Estado.

- **Imputabilidad del acto al responsable.-** En la comparación realizada entre el delito y cuasidelito, se evidencio que en este ultimo existe únicamente autor material, ya que toda acción u omisión que se lleve a cabo, no tiene la intención de causar daño a otro, por lo tanto no cumple ni con el propósito ni conspiración, que son pasos del iter criminis, para llegar al delito, sin embargo, el autor es responsable de lo sucedido, esto no quiere decir que únicamente sea la persona que lo comete; ya que cuando una persona es representante legal de menores, o patrono o es dueño de animales ya sean estos domésticos o salvajes, responderá como si él hubiese incurrido en el cuasidelito que se lo imputa.

Si bien es cierto suena algo ilógico este tipo de responsabilidad, ya que generalmente una persona responde única y exclusivamente por las acciones u omisiones cometidas como primera persona, o si fuese el caso de manera solidaria en virtud de contratos o convenios, en ciertas situaciones como las mencionadas en el código civil en sus artículos 2221-2228, tendrá que responder como responsable.

- **Daño resarcible.-** En primer lugar hay que definir lo que es el daño, ya que este puede ser un daño moral, físico o patrimonial, en el caso del primero afecta a la honra y buena imagen de un individuo, en el daño físico y patrimonial es bastante obvio el tipo de afectación que se tiene, en cuanto al daño moral es bastante compleja la reparación del mismo, ya que la honra y buena imagen en una persona no se repara solamente con

dinero, ni con unas disculpas y más cuando este daño ha sido acusado de manera pública, aún así, se debe decir que todo daño en medida de lo establecido es resarcible.

Pero enfocándose en el tema, que corresponde a este trabajo de investigación hay que decir que el daño será resarcible única y exclusivamente de manera pecuniaria, ya que en muchas ocasiones se compromete con la vida de una persona, teniendo que pagar por la muerte de la misma y compensado a la familia con dinero por la pérdida de un ser querido.

En la sociedad ecuatoriana, se conceptualiza generalmente como el resarcimiento de los daños cuando este ha sido inferido a una propiedad y se puede cuantificar de una manera justa. Hay que aclarar que el daño deberá ser cierto para que pueda ser reparado, ya que la presunción no crea derecho y por lo tanto tampoco es legislable.

Este elemento del cuasidelito de daño resarcible se fundamenta en el principio de restitución completa⁵⁵ (*restitutio in integrum*), la cual consiste generalmente en el restablecimiento de la situación anterior, la reparación del daño es ocasionado por la infracción que una obligación requiere, siempre que sea posible, dicha compensación tiende a desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y su naturaleza y monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial; principio aplicado en el derecho de gentes por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aplicado al caso **Las Palmeras Vs. Colombia, Sentencia de 26 noviembre de 2002.**

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Las Palmeras **Vs.** Colombia, Sentencia de 26 noviembre de 2002, (**Reparaciones y Costas**)

- **Relación de causalidad jurídica entre el hecho obrado y el daño.-** para hablar acerca de la causalidad jurídica entre el hecho obrado y el daño hay que profundizar en lo que es la causalidad, la definición del hecho obrado y hacer hincapié en lo que el daño representa en esta figura jurídica denominada cuasidelito.
- **Causalidad.-** Como su nombre lo indica es una causa, que determina un efecto, en todas las materias de la vida humana se menciona esta teoría, que un efecto no se produce solo y que una causa no está aislada de un efecto. Por esta razón es que también en el ámbito jurídico aparece esta teoría de la cual nace la ley de causalidad que dice: No hay consecuencia jurídica sin supuesto de derecho, toda consecuencia jurídica hallase condicionada por determinados supuestos. Conceptualizando que la existencia de la norma no determina el hecho de la realización del supuesto. El enlace entre la realización del supuesto y la producción de las consecuencias jurídicas, es en cambio necesario.

Para tratar el tema desde un punto jurídico penal, el Código Sustantivo de la materia en el Art. 13 señala lo siguiente:

“Art. 13.- El que ejecuta voluntariamente un acto punible será responsable de él, e incurrirá en la pena señalada para la infracción resultante, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar, o recaiga en distinta persona de aquella a quien se propuso ofender.

En caso de concurrir con el acto punible causas preexistentes, simultáneas o supervinientes, independientes de la voluntad del autor, se observarán las reglas que siguen:

Si el acontecimiento, que no estuvo en la intención del autor, se realiza como consecuencia de la suma de una o más de estas causas con el acto punible, el reo responderá de delito preterintencional.

Si el acontecimiento se verifica como resultado de una o más de dichas causas, sin sumarse al acto punible, no será responsable el autor sino de la infracción constituida por el acto mismo.”

Cabe mencionar que en el Ecuador se juzga la intencionalidad del acto, mas allá del resultado, por lo tanto al querer realizar una práctica médica, y obtener resultados negativos, por no haber actuado de acuerdo a lo establecido por la lex artis de manera inconsciente, y se produce la muerte, se consideraría como delito de mala práctica médica, con muerte o con lesiones de acuerdo sea el caso, si este acto estuviera tipificado.

La relación existente entre el hecho obrado y el daño, nace cuando por la negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la ley o reglamentos, se ha producido un daño, es decir, se aplica la ley de la causalidad, y por medio de esta se unen y se hilan los acontecimientos producidos, los que se convertirán mas tarde en un cuasidelito, si es que no recaen en materia penal y se transforman en delitos.

En fin, este tipo de causalidad se deriva de la conexión que debe existir entre la acción que se produjo, y la consecuencia que trajo, para las dos partes, tanto para el sujeto pasivo, como para el sujeto activo, ya que los dos son víctimas de la acción que produjo un determinado incidente.

Por tanto, el cuasidelito aunque parezca una simple figura del derecho, el cual siempre ha sido considerado como fuente de las obligaciones, hace notar en la actualidad, bajo la conceptualización de varios entendidos en la materia que es una figura jurídica, con características y elementos propios, que pueden derivar y anexarse a otras figuras importantes, así como también que se encuentra en la línea casi invisible entre lo penal y civil del amplio ámbito del derecho, por esta razón se protegen dos bienes jurídicos, que están tutelados por la legislación en este caso la vida y salud, con todo lo que representan.

2.6. RELACION MEDICO PACIENTE

Dentro de la *lex artis*, no se puede dejar de definir la relación que se genera entre el médico y el paciente, esta relación es el inicio de la buena o mala práctica médica, ya que sin este lazo no existirían obligaciones para ninguna de las partes, siendo así hay varias características⁵⁶ que debe poseer la mencionada relación tanto en las consultas como en procesos quirúrgicos etc., entre estas están:

- *Establecer un vínculo de confianza y seguridad con el paciente y su entorno también;*
- *Recopilar información sobre la situación del paciente haciendo uso de diferentes herramientas como entrevista y anamnesis⁵⁷, historia clínica, examen físico, interconsulta, análisis complementarios, etc.;*
- *Organizar, analizar y sintetizar esos datos con el fin de obtener orientación diagnóstica;*
- *Diseñar un plan de acción en función de los procesos previos*

⁵⁶ <http://es.wikipedia.org/wiki/Medicina>

⁵⁷ En medicina, la anamnesis es el término médico empleado en los conocimientos y habilidades de la Semiología clínica, para referirse a la información proporcionada por el propio paciente al médico durante una entrevista clínica, con el fin de incorporar dicha información en la historia clínica.

- *Informar, concienciar y tratar al paciente adecuadamente implicando también acciones sobre su entorno;*
- *Reconsiderar el plan en función del progreso y los resultados esperados según lo planificado (cambio de tratamiento, suspensión, acciones adicionales, etc.);*
- *Dar el alta al momento de resolución de la enfermedad (cuando sea posible), sino propender a medidas que permitan mantener el status de salud (recuperación, coadyuvantes, paliativos, etc.).*

2.7. REGISTROS MEDICOS

Los registros médicos nacen a partir de la necesidad de poseer información detallada, veraz y oportuna acerca de un paciente para elaborar un perfil médico actualizado, que permita diagnosticar en base a los síntomas actuales y conocer cuadros médicos pasados que puedan aportar información vital de un paciente.

Estos registros tienen por objetivo, el conocer al paciente y de poner al descubierto, su entorno socio económico, además de su realidad en el ámbito de la salud, es por esto que se han dividido en dos partes, como son: la ficha médica e historia clínica.

Se busca con esto tener datos exactos de patologías pasadas e ir registrando lo que en una persona puede pasar desde sus primeros años de vida, ya que en ocasiones, enfermedades que pudieran ser inofensivas o de pronto irrelevantes en el momento, con el paso de los años pueden transformarse en cuadros crónicos o importantes, que deriven en otros cuadros clínicos.

Los registros médicos son herramientas fundamentales al momento de ocurrir un inesperado suceso que pueda comprometer al paciente, estos documentos darán fe del actuar del profesional, así como del estado del paciente y como fue atendido, de ahí que nace la importancia de un adecuado manejo de los registros médicos.

Actualmente los registros médicos, poseen implicaciones medico legales, ya que interviene el consentimiento de las partes, generando obligaciones mutuas así, en la misma vía está presente el acto licito, el objeto licito, y demás formalidades que el contrato posee y el cual va ser aplicado, además los registros médicos tienen una generalidad y es que todos ellos pueden servir como fuente de educación y referencia para otros procedimientos.

2.7.1. RESERVA ADMINISTRATIVA DE REGISTROS MEDICOS

Entendiéndose que los registros médicos son documentos reservados y confidenciales en los cuales se lleva un registro del equipo de salud que atiende al paciente y del proceso que se sigue con el mismo de una manera detallada, además, la importancia de los registros médicos radica en que a partir de ellos se puede obtener y codificar información muy valiosa para el Estado, quien tiene la obligación de velar por sus gobernados en relación a las necesidades que se presentan y estas únicamente se puede conocer, a través de datos certeros como los obtenidos desde fichas medicas, un ejemplo de esto es el número de muertes por insuficiencia renal en el Ecuador.

Claro está que la información que se obtenga desde estos registros médicos, tendrá que ser certera pero en ningún momento podrá llevar datos individuales de las personas a quienes les pertenezcan, en este sentido el Estado para precautelar este tipo de información personal, ha creado un mecanismo de codificación que vuelve a esta información aun más discreta, en este sentido, la identificación de la Historia clínica unificada⁵⁸ se realiza mediante un sistema digito-terminal simple de 5 dígitos y compuesto 6 dígitos de acuerdo a la complejidad de la unidad operativa y numeración correlativa siguiendo un orden ascendente, esperando que en un futuro únicamente se pueda manera a estos registros médicos por medio del numero de cedula de cada individuo.

Ahora bien, los registros médicos deben cumplir con un proceso administrativo de archivo, en el cual está programado por el Ministerio de Salud Publica y que exige a las instituciones de salud, el guardarlos por 15 años, de los cuales los cinco primeros años formaran parte del archivo activo, y los siguientes 10 años serán parte del archivo pasivo, de la institución este tiempo será contado a partir de la fecha de la última ocasión que el paciente acudió a la institución de salud para recibir atención médica, manteniendo de esta forma la custodia del registro medico y de la información que este contiene.

La custodia de los registros médicos, es de responsabilidad de la institución sanitaria donde se la haya apertura do, y de la misma forma en que cuida de su información y documentación física, así como de la conservación de la misma, se responsabiliza del acceso que se pueda tener a esta, por tal motivo únicamente podrá hacerlo el médico responsable del registro

⁵⁸ Manual de uso de los Formularios Básicos, Acuerdo ministerial N° 000138 del 14 de marzo de 2008.

medico, el paciente, el personal asignado por parte de la institución y autoridades judiciales y sanitarias, de requerirlas en algún momento.

Cabe decir que los registros médicos para su archivo deben mantener un orden que es el siguiente:

- 1) Signos vitales y actividades de enfermería;
- 2) Administración de líquidos y medicamentos;
- 3) Evolución y prescripciones;
- 4) Notas de evolución; 5) informes de laboratorio e imagenología.

Además de cuidar este orden, se cuidara también que todas las paginas formen parte de un mismo registro medico se etiqueten con los nombres del paciente y el numero de la historia clínica, los mismos que tendrán que ser foliados de manera ascendente cada uno de los formularios. Con el fin que cuando se haya terminado un proceso, estos formularios serán ordenados de manera cronológica.

Los registros médicos poseen una característica muy importante que es la reserva y la confidencialidad, en este sentido los expedientes denominados registros medico deben conservarse en áreas restringidas con acceso exclusivo a las personas que ya se había mencionado anteriormente como son: el médico responsable del caso, paciente o usuario, y/o autoridades judiciales o sanitarias que requieran de estos documentos confidenciales.

El objetivo de poseer registros médicos bien llevados es que se puede obtener información valiosa en cuanto conocer estados de salud, requerimientos sociales, y en base a esto poder destinar fondos económicos para financiar posibles soluciones o mejoramientos en el campo de la salud, así como conocer en números los casos tratados, los concluidos, cirugías, o consultas externas, de manera individual para cada paciente o general del universo de usuarios de este servicio.

2.7.2.1. FICHA MÉDICA

La ficha médica, tiene varias connotaciones por lo cual puede causar confusión con la historia clínica, sin embargo, por ser un elemento probatorio del contrato o de la relación existente médico – paciente se lo tiene en consideración, ya que es una pieza indispensable, dentro del proceso de investigación en un caso de mala práctica médica.

Cabe destacar que la ficha médica nace de la necesidad de registrar a cada paciente, así como los procesos practicados, o los profesionales de la salud responsables y datos personales de cada paciente, que en momentos inesperados podrían salvarle la vida.

En entrevista a profesionales de la salud en el Ecuador, definen a la ficha médica, como *“la compilación de información básica de afiliación, es decir, la información completa del paciente, para conocer, el entorno, su forma de vida, religión a la cual pertenece, entre otros datos”*, esto con el único fin de acceder a una gama de información con la cual se pueda dar un trato con mayor profesionalismo y personalizar el tratamiento, porque toda persona de por sí es

un ente diferente, por lo cual en relación a sus creencias y características propias no se puede dar el mismo tratamiento.

Es de vital importancia el tener una ficha médica completa, porque de esta manera no solo se tiene una base de datos amplia, sino que facilita la intervención por parte de los profesionales de la salud con los pacientes.

2.7.2. HISTORIA CLINICA

En vista de la importancia de la existencia no solo de la ficha médica, sino de su complemento la historia clínica, el Ab. Enrique Días Valderrama, escribe un ensayo sobre la Historia Clínica, definiéndola como: *“La Historia Clínica es un documento único, ordenado y completo que debe reunir en forma clara y concisa toda la información concerniente a la salud de un paciente, su evolución y las atenciones recibidas”*, siendo esta la parte importante y complementaria de la ficha médica, porque radica en aquella comunicación escrita que existe entre todos los profesionales de la salud que intervienen en un proceso de cuidado y recuperación del paciente, ya que por medio de esta se registra la evolución, tratamientos, medicación, indicaciones y complicaciones que pueda resultar de cada uno de los procedimientos a seguir.

Añadiendo a la definición del párrafo anterior el Dr. Santiago Ríos médico Internista de la Novaclinica adiciona, que “es un instrumento de diagnóstico y registro de los problemas del paciente”

Por todo esto se puede decir que la ficha médica es indispensable al momento de la recuperación de la salud de un paciente, por el hecho de registrar todo lo sucedido con cada uno,

ahora bien, hay que decir que el debido cuidado al momento de llevar una historia clínica influirá de manera substancial al seguir la evolución y tratamiento con los pacientes, esto porque un dato más puesto alteraría el desarrollo de la aplicación del tratamiento.

2.7.2.1. CARACTERISTICAS DE LA HISTORIA CLINICA

- **Confidencialidad**

El secreto médico es uno de los deberes principales del ejercicio médico cuyo origen se remonta a los tiempos más remotos de la historia u que hoy mantiene toda su vigencia.

El secreto médico, la confidencialidad e intimidad y la historia clínica son cuatros cuestiones que se implican recíprocamente y se relacionan, porque la historia clínica es el soporte documental biográfico de la asistencia administrada a un paciente, por lo que es el documento más privado que existe de una persona.

El problema médico legal más importante que se plantea es el quebrantamiento de la intimidad y confidencialidad el paciente y los problemas vinculados a su acceso, favorecidos por el tratamiento informatizado de los datos.

- **Seguridad**

Debe constar la identificación del paciente así como de los facultativos y personal sanitario que intervienen a lo largo del proceso asistencial.

- **Disponibilidad**

Aunque debe preservarse la confidencialidad y la intimidad de los datos en ella reflejada, debe ser así mismo un documento disponible, facilitándose en los casos legalmente contemplados, su acceso y disponibilidad.

- **Única**

La historia clínica debe ser única para cada paciente por la importancia que posee y los beneficios que ocasiona al paciente la labor asistencial y la gestión y economía sanitaria.

- **Legible**

Una historia clínica mal ordenada y difícilmente inteligible perjudica a todos. A los médicos, porque dificulta su labor asistencial y a los pacientes por los errores que pueden derivarse de una inadecuada interpretación de los datos contenidos en la historia clínica.

2.7.2.2. REQUISITOS DE LA HISTORIA CLINICA

- **Veracidad**

La historia clínica, debe caracterizarse por ser un documento veraz, constituyendo un derecho del usuario.

- **Exacta y poseer Rigor técnico de los registros**

Los datos que contenga la ficha médica deben ser realizados con criterios objetivos y científicos, debiendo ser respetuosa y sin afirmaciones hirientes para el propio enfermo, otros

profesionales o bien hacia la institución. Estos deben estar transcritos de una manera exacta, sin cambios o modificaciones pero sobre todo para que no se dé opción a confusión o interpretación.

- **Coeternidad de registros**

La historia clínica debe realizarse de forma simultánea y debe coincidir de manera exacta con la asistencia prestada al paciente, es decir que todo lo que se le practique al paciente, debe ser transcrito con el fin de conocer hasta el mas mínimo detalle de la practica realizada al paciente.

- **Completa**

Debe contener datos suficientes y sintéticos sobre la patología del paciente debiéndose reflejar en ella todas las fases medico legales que comprenden todo acto clínico – asistencial. Así mismo, debe contener todos los documentos integrantes de la historia clínica, desde los datos administrativos, documentos de consentimiento, informe de asistencia, protocolos especiales, etc.

- **Identificación del profesional**

Todo facultativo o personal sanitario que intervenga en la asistencia del paciente, debe constar su identificación, con nombre y apellidos de forma legible, rúbrica y número de colegiado.

La historia clínica como tal en el Ecuador se lo aprobó mediante Resolución del Consejo Nacional de Salud del 25 de octubre de 2006, según Acuerdo Ministerial No. 0000620 del 13 de enero de 2007 y Acuerdo Ministerial No. 0000116 del 16 de marzo de 2007, dejándose en constancia el modelo de los formularios que deben ser utilizados por la comunidad médica ecuatoriana, estos realizados en base a las necesidades presentadas por los galenos y demás miembros del área médica.

2.8. ENFERMEDADES PREEXISTENTES

Una vez que se ha realizado la ficha médica, es importante el ir señalando las enfermedades preexistentes, esta información ayudara al paciente a obtener una mejor atención y se tendrá mayores factores, para que el médico haga un juicio de valor más detallado.

Pero la importancia de las enfermedades preexistentes no solo radica en tener mayor información, sino que es un derecho y una obligación por parte del paciente, el advertir de todas y cada una de estas enfermedades, ya que el omitir esta información pudiera acarrear responsabilidad injustificada en el profesional médico.

Cuando se realiza una práctica médica y esta ha tenido resultados negativos, de existir algún tipo de enfermedad preexistente, de la cual provenga el daño. Lesión o muerte y el profesional médico ha sido diligente y preventivo, el mismo será exonerado de responsabilidad.

Entre las enfermedades preexistentes más comunes están las derivadas de órganos vitales como: corazón, hígado, riñones, pulmones y tiroides, que son enfermedades que pueden comprometer la salud del paciente en cualquier momento, y más si está bajo un proceso quirúrgico, que debilite al cuerpo y sus funciones.

Las enfermedades preexistentes pueden justificar el riesgo asociado, siempre y cuando estas sean evidenciadas antes de un proceso medico, ya que así el galeno podría tener todos los argumentos completos para diagnosticar y seguir adecuadamente los procesos que la lex artis, acepta para cada cuadro médico.

En fin, las enfermedades preexistentes tienen que ser informadas, ya que al no haber registros digitalizados a nivel nacional y ningún paciente tiene su ficha médica, el galeno que tienda en su momento no podría realizar su trabajo de manera íntegra.

CAPITULO III

3. TEORIAS GENERALES

Para determinar la sanción e indemnización que se producen en consecuencia de la mala práctica médica, y con esto resarcir de alguna forma el daño causado, hay que citar varias teorías que han ayudado en otras ocasiones a establecer los parámetros con los cuales se debe sancionar una actividad ilícita ya sea culposa o dolosa, y el grado de responsabilidad que poseen tanto el Estado, como los sujetos implicados de manera directa o indirecta en el tema tratado, entre las teorías que se van a citar están:

- Teoría del Contractual
- Teoría de las obligaciones
- Teoría del caso

3.1. TEORIA CONTRACTUAL

El origen de esta teoría del derecho está en el contrato, conociendo que esta figura se encuentra presente desde el inicio de los tiempos, ya que desde la existencia del hombre primitivo se llegaban a acuerdos que permitían realizar intercambios comerciales, matrimonios, etc., y si bien es cierto se los legitimaba de forma verbal, con el paso del tiempo y el avance de la humanidad estos fueron evolucionando hasta llegar a ser como en la actualidad, los mismos que son realizados por escritos y tienen formalidades a cumplirse, como por ejemplo cláusulas de incumplimiento, entre otras varias.

A los contratos se los conoce y mantienen la siguiente definición “en términos generales, es un acuerdo privado, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre un servicio o cosa determinada, y cuyo cumplimiento pueden ser exigido. Es un acuerdo de voluntades que puede ser bilateral o multilateral de acuerdo a las personas que intervengan, y por medio de este se genera derechos y obligaciones para las partes”⁵⁹ es decir que habrá un contrato cuando dos o más partes se pongan de acuerdo sobre una manifestación de voluntad destinada a reglar sus derechos y obligaciones.

Hay que decir que la definición anterior es meramente doctrinal, y a pesar que en base a esta, los Estados han determinado que significa y simboliza al interior de su territorio un contrato, este podría variar de acuerdo a la realidad social, económica y cultural de cada país, siendo así, el Ecuador ha definido al contrato en el Código Civil, en su artículo 1454 como:

*“Art. 1454.- Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”*⁶⁰

Por tanto el Ecuador se ha sumado al concepto doctrinario citado antes, entendiéndose que un contrato sea verbal o escrito tendrá la misma validez y en consecuencia este será ley para las partes.

Profundizando en el tema de las partes que conforman el contrato, y conociendo que son las personas que intervienen y que sin estas no existe contrato, se debe dejar en claro que estas

⁵⁹ <http://www.mitecnologico.com/Main/ConceptoDeContrato>

⁶⁰ CODIGO CIVIL, CAPITULO DE LOS CONTRATOS, ART. 1454

pueden ser tanto personas jurídicas como naturales, entendiéndose que dentro de las últimas están los ciudadanos ecuatorianos y todo aquel extranjero que se encuentre en territorio ecuatoriano. Siendo así lo más lógico sería que el Estado convenga con el pueblo, pero por razones sería muy poco práctico que firme un contrato con cada uno de sus ciudadanos sin embargo existe un contrato tácito entre el Estado y sus gobernados, el cual es su Constitución y en el marco de la misma se establecen las condiciones en cuanto a obligaciones, que tienen el Estado y sus gobernados, que se convierten en el objeto del contrato, y por ende debe cumplirse a cabalidad.

En base a esto y haciendo referencia al tipo de obligaciones de acuerdo a la teoría que se plantea para las mismas, la cual está desarrollada más adelante, y conociendo de ante mano el tipo de obligaciones existentes de las cuales las principales son de dar, hacer o no hacer, se entiende que cuando una acción es repetitiva y se vuelve un problema social, el Estado debe tomar cartas en el asunto, y por tanto crear políticas estatales como la elaboración y puesta en vigencia de una Ley de la practica medica por medio de la cual se regule esta actividad para que así no se incumpla por parte del Estado y sus deberes y se eviten conmociones y descontentos entre los gobernados. Estas políticas estatales se tendrán que hacer no solo para implementarlas en el sector público, sino también en el sector privado, que a pesar de tener una autonomía, tienen que regirse por las leyes y reglamentos que el Estado imponga.

Las políticas estatales que el gobierno de un país crea, se da cuando existe un sistema capitalista porque este, permite crearlas en dependencia de factores económicos y realidades sociales para poder satisfacer requerimientos específicos y alcanzar el bien común y satisfacción entre la población, con mayor razón si es un país pluricultural y pluriétnico como el Ecuador.

Existen para cada uno de los campos en los cuales el Estado interviene, políticas ya sea económicas, sociales, etc., sin embargo para el presente trabajo se especificarán las políticas sociales de salud, tomando este nombre porque su aplicación es directamente en la sociedad como tal, quienes son los beneficiarios de ellas, tanto en servicio, como infraestructura, educación, etc., elementos que van de la mano y se conjugan para resguardar a la salud y vida de los gobernados.

En fin, el Estado al amparar derechos como salud y vida para su pueblo debe velar por algunos elementos adicionales, y no únicamente garantizarlos y dejarlos en el olvido. Es por esto que al hacer referencia a estos bienes jurídicos protegidos y su servicio, por ejemplo en el caso de la salud, este debe contar con principios básicos como “calidad, eficiencia, eficacia, universalidad, equidad entre otros”, así como se había hecho referencia en el Capítulo I del presente trabajo y que son principios tomados de la Constitución vigente y establecidos en el Art. 32, Inc. segundo, por lo tanto no se puede cerrar los ojos a una realidad inminente en el Ecuador, donde muere por lo menos una persona al día por la negligencia de profesionales, que ven a su actividad como un negocio más que como una noble labor por la cual están depositando en sus manos la confianza los pacientes.

Es por esto y en vista de que el Estado ecuatoriano posee características de ser un Estado moderno donde prima la soberanía y que mantiene principios reguladores, y protectores, basados en un marco de ley y orden en el que su población pueda vivir de manera segura y administrar todos los aspectos que el Estado, como tal considere de su responsabilidad, se deben crear necesariamente políticas estatales que evidencien la preocupación y acción del Estado en relación a sus gobernados ya que éste, tiene la obligación de desempeñar el papel de ser agente de desarrollo, y velar por el crecimiento de calidad de vida, económico, salud y otros aspectos

varios, que si bien es cierto son complementarios a la vida y salud, no son temas del presente trabajo.

Se debe decir que las políticas estatales se deben ajustar al tiempo y realidad actual del Estado, ya que de lo contrario serian inútiles y no tendrían los efectos planeados; para esto de se debe tener en consideración estudios constantes que demuestren los campos en los cuales se detectan falencias o que carecen de atención y por ende quedan olvidados, no a los ojos de la población pero si ante el gobierno.

Entonces por medio de la obligación de crear políticas estatales, nace la responsabilidad que el Estado posee, para cada uno de los temas que tiene en sus manos, en este caso la salud y la vida, no solo por ser bienes jurídicos protegidos, sino porque también, gran parte del presupuesto anual va designado a esta área, y es así que solo para el año 2011 el para el sector de la salud se designo \$ 1.767.095. 786⁶¹ millones, de ahí que radica la importancia de crear políticas que controlen, regulen y se apliquen de una forma adecuada en beneficio de los gobernados este servicio, ya que si se incumple una de ellas o simplemente no existen el Estado tendrá que responder de manera pecuniaria a favor de las victimas de estas carencias.

El ejemplo más claro de esta realidad en la cual el Estado ecuatoriano se ha visto obligado a resarcir un daño por medio de indemnización es el caso Albán cornejo, que después de llegar hasta instancias internacionales, tubo que indemnizar a las a los padres de la víctima con 25.000.00 dólares americanos, que salen de las arcas del Estado por la no previsión en materia legislativa. Y de igual forma tubo que pagar \$30.000.00 dólares de los estados unidos de América

⁶¹ http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=1

en pago de costas procesales, montos establecidos bajo sentencia⁶² por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3.2. TEORIA DE LAS OBLIGACIONES

Esta teoría nace por la necesidad imperante de establecer una relación entre el deudor y acreedor, que se traduce en una obligación, por lo tanto esta teoría establece el cumplimiento de una obligación contraída, su incumplimiento, detallando de esta manera las formas, elementos, especies, modos de extinción, etc.

3.2.1. ELEMENTOS DE LA OBLIGACION

Para que se pueda establecer una obligación debe existir mínimo dos sujetos los cuales pueden llegar a ser la misma persona, por ejemplo: cuando se contraen obligaciones, y el médico ha cumplido con su labor y los deberes de recuperación recaen únicamente en el paciente este se convierte en deudor, y viceversa, todo dependerá del tiempo en que se cumpla la obligación, sin embargo, para efectos del presente trabajo se concebirán como dos individuos distintos y serán, quienes establecerán la relación médico – paciente.

- **DEUDOR – SUJETO ACTIVO (medico).**- es la persona quien se compromete a cumplir la obligación, la cual tendrá que estar previamente aceptada.

⁶² CASO ALBAN CORNEJO vs. ESTADO ECUADOR, Interpretación de la Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, IX Reparaciones, B) INDEMNIZACIONES, Párrafo 153; D) COSTAS: Párrafo 168.

- **ACREEDOR – SUJETO PASIVO (paciente).**- es la persona quien es beneficiaria del cumplimiento de la obligación adquirida por el deudor.
- **OBJETO (practica medica).**- esta puede ser una cosa o un hecho, y es la materia de la obligación misma.

Una vez establecidos las partes que intervienen en esta teoría, hay que definir lo que la teoría de las obligaciones es como tal, resultando que la obligación es el vinculo jurídico en virtud del cual una persona llamada deudor está obligada a dar a otra, llamada acreedor, una cosa o a realizar un hecho positivo o negativo.

Pero no todo lo que parece una obligación como tal, termina siendo así, ya que si recae dicha acción sobre el sujeto activo se denomina derecho personal o de crédito, de la misma forma si la acción recae sobre el sujeto pasivo esta se considerara una deuda u obligación en su sentido literal.

4.2.2. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Como todo, las obligaciones tienen un inicio o punto de partida, y en este caso este se determina por la fuente de las obligaciones de donde provienen, que pueden ser hechos y actos jurídicos por los cuales se originan

- **El contrato.**- La fuente más abundante de obligaciones es el contrato. Este es el convenio o acuerdo de voluntades para crear, transferir o modificar obligaciones.

- **Los cuasicontratos.-** Se llaman así los hechos voluntarios y lícitos que obligan a las personas: pero sin que haya existido un previo acuerdo de voluntades.
- **Los actos ilícitos.-** Son de dos especies: los delitos y los cuasidelitos. Los primeros son actos u omisiones que sancionan las leyes penales. Los segundos son actos contrarios a la ley penal que causan daño a una persona: pero que se realizan sin la intención de ofenderla.

3.2.3. ESPECIES DE OBLIGACIONES

Las obligaciones se dividen en una amplia gama, por lo que es importante el poder diferenciar entre las clases de obligaciones existentes, de acuerdo a la clasificación por su diversa naturaleza, se clasifican en: naturales y civiles, dentro de las cuales se presentan obligaciones de dar; hacer y no hacer, y en vista que los profesionales de la medicina responden a otros dos tipos de acciones también nos remitiremos a ellas, siendo las obligaciones de medio y de resultado.

3.2.3.1. CLASIFICACION DE LAS OBLIGACIONES POR SU NATURALEZA

La legislación ecuatoriana en el Código Civil establece la clasificación y por ende la definición de los tipos de obligaciones, y es así que en el Art. 1486⁶³ se establecen las

⁶³ **Art. 1486.-** Las obligaciones son civiles o meramente naturales.

obligaciones naturales y civiles y en el Art. 1490⁶⁴, que señala las obligaciones positivas y negativas, de la misma forma a las obligaciones modales según el Art. 1489⁶⁵, las cuales están definidas de manera doctrinaria a continuación:

- **Obligaciones naturales y civiles.-** son aquellas cuyo cumplimiento no obliga la ley, pero si la moral propia de cada sociedad.
- **Obligación de dar, hacer y no hacer.-** Son obligaciones de dar, aquellas cuyo contenido es la entrega de una cosa. Son obligaciones de hacer, las que obligan a realizar un hecho; son obligaciones de no hacer, las que implican una abstención.
- **Obligaciones condicionales y a plazo.-** Son las que están sujetas, en lo que a su cumplimiento se refiere, a una condición o a un plazo

3.2.3.1.1. TIPOS DE OBLIGACIONES QUE INTERVIENEN EN LA MALA PRACTICA MEDICA

En la mala práctica médica intervienen tres tipos de obligaciones, que son las de hacer, medios y resultados, las dos últimas siendo las más importantes, ya que se adquieren por medio

Civiles, las que dan derecho para exigir su cumplimiento.

Naturales, las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento; pero que, cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas.

⁶⁴ **Art. 1490.-** La condición es positiva o negativa.

La positiva consiste en que acontezca una cosa; la negativa, en que una cosa no acontezca.

⁶⁵ **Art. 1489.-** Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no.

de un contrato, y son aquellas que dictaminaran la responsabilidad que el profesional de la medicina tiene que responder, por ejemplo: Un cirujano de manos, tiene la obligación de medio de intervenir al paciente en caso que se haya fracturado la mano, en cumplimiento de su deber, así como el cirujano plástico cumple con su obligación de resultado, ya que interviene al paciente en promesa del cumplimiento de algo fijo, como es una mama plastia, donde se determina previo a la intervención la talla, la forma, la calidad, etc., por lo tanto no es lo mismo un procedimiento por necesidad medica a un procedimiento por gusto estético, es por esto que las obligaciones a las cuales responden los profesionales de la salud es de medios y de resultados respectivamente.

En ambos casos están implícitas las obligaciones de hacer, ya que al tener que intervenir de una u otra forma en el cuerpo de un paciente se tiene necesariamente que cumplir con estas obligaciones, por tanto lo único que las diferencia es el tipo de obligación “complementaria” de medio o de resultado dependiendo del caso.

3.2.3.1.1.1. OBLIGACIONES DE HACER

En la medicina convencional como se había mencionado los profesionales de la salud responden a las obligaciones de hacer, las cuales por su naturaleza no pueden ser transferidas a terceros, así tampoco pueden ser improvisadas y únicamente podrán ser adquiridas cuando el médico este en pleno conocimiento acerca de su cumplimiento, en cuanto a técnica y procedimiento a emplearse.

Las obligaciones de hacer en la práctica médica se verán incumplidas, al momento que por la razón que fuese el deudor - medico, transfiriera las obligaciones adquiridas a un tercero, o

postergase una intervención o dejara de hacer la acción para la cual fue contratado, bajo este sentido, en la mala práctica médica se tendrá necesariamente que probar la razón de su actuar.

Por ejemplo, si el galeno se niega a atender a un paciente y transfiere al mismo a un tercero que no tiene ni el mismo conocimiento ni destreza, se estaría incumpliendo con la obligación de hacer, de la misma forma, si se conoce de antemano que se tiene que realizar una intervención y el galeno decide postergar, conociendo el riesgo y el daño que puede sufrir el paciente, también se estaría faltando al cumplimiento de la obligación de hacer.

A su vez en la medicina estética o en la cirugías plásticas, las obligaciones de hacer, responde únicamente a que el deudor o cirujano, realice la cirugía y no a los resultados que se obtengan de esta, ya que los cirujanos plásticos responden como adicional a una clasificación diferente de obligaciones.

3.2.3.2.1.2. OBLIGACIONES DE MEDIOS

Las obligaciones de medios, son “la pura prestación de una actividad o hacer que el deudor cumpla con llevar a cabo la actividad con la diligencia que corresponda”⁶⁶, es por esto que todos los médicos de cualquier especialidad deben cumplir con este tipo de obligación y de no hacerlo, se consideraría negligencia y tendrán que responder por la misma, la cual tiene que ser indispensablemente probada, entendiéndose que no se prometió un resultado y por ende si no se

⁶⁶ Portal universitario, Manual del Derecho Civil - Obligaciones de dar, hacer y no hacer; de medios y resultados, Obligaciones de dar, hacer y no hacer; de medios y resultados, 2006

llego a este no se incumplió con la obligación adquirida, y se tendrá únicamente que probar que no se actuó en cumplimiento estricto de los principios establecidos para cada procedimiento por la lex artis.. El riesgo lo corre el acreedor, ya que si el deudor demuestra que ha actuado con toda la diligencia exigible no es responsable.

En base a este tipo de obligaciones, el médico tendrá que plantear su defensa en caso de presentarse alguna demanda por mala práctica médica, de acuerdo al cumplimiento de los procedimientos aprobados por la Lex Artis, para cada cuadro clínico.

Además hay que decir que el profesional de la salud, si bien es cierto que tiene la obligación moral y legal de prestar su servicio de la manera más óptima y empleando su conocimiento para mejorar al paciente, por razones tanto endógenas como exógenas, esto no siempre resulta así, por lo tanto, el médico no tendrá la obligación de responder por no haber cumplido con la misión de curar a un paciente, siempre y cuando este profesional haya actuando de manera diligente, prudente y apegado a aquellos principios que la lex artis acepta como adecuados, para el tratamiento de las distintas enfermedades.

Cabe destacar que la única especialidad médica que no responde a este tipo de obligación es la cirugía plástica, debido a que en esta, el profesional médico tiene resultados previsibles, y el medio o la forma en cómo se llega al mismo no es tan importante como los efectos del mismo.

3.1.3.2.1.3. OBLIGACIONES DE RESULTADO

Como se había hecho referencia en este trabajo de investigación los médicos cirujanos plásticos responden a obligaciones de resultado, es decir que responden no por el proceso, o por la forma o técnica empleada, sino por el efecto que se haya producido a partir de la misma.

Desde el punto de vista doctrinario, la definición de obligaciones de resultado determina que “el deudor compromete una actividad con un resultado concreto, no solo debe hacer sino que deberá entregar”⁶⁷. Como ejemplo de este tipo de obligación se tiene a la realización de un trámite notarial, entre uno de los tantos existentes, se puede citar al cierre de una escritura, siendo este un ejemplo valedero porque se conoce el resultado concreto al que se quiere llegar, teniendo en cuenta que ni al abogado ni al cliente, le interesa el medio de cómo se llegó al resultado final.

Los profesionales de la medicina con especialización en la cirugía plástica tienen necesariamente que responder a este tipo de obligaciones, debido a que en esta área de la medicina se pone en evidencia claramente el arte, ya que por medio de la cirugía plástica se busca mejorar la apariencia física; reducir o eliminar imperfecciones ya sean congénitas o causadas por accidentes, y haciendo una analogía, el paciente se transforma en el lienzo de un artista o su escultura en donde se refleja el arte que se utilizó, al terminar la obra.

El cirujano plástico al aceptar realizar un procedimiento de esta naturaleza promete un resultado, mas no una técnica, ya que el procedimiento a practicarse será el que a criterio del galeno sea el más conveniente para cumplir los resultados ofrecidos. Ahora bien, como parte de cualquiera de las técnicas usadas se encuentran los análisis previos y post operatorios, que son formalidades propias de la practica medica y que serán las bases para determinar con mayor asertividad los resultados de la misma.

Estos resultados de una intervención plástica están condicionados también a cuidados post operatorios que el paciente debe mantenerlos, y de no ser los adecuados, el galeno pierde responsabilidad sobre su trabajo, o se consideraría esta falta de precaución del paciente como eximente de responsabilidad para el galeno.

⁶⁷ <http://www.wikiteka.com/apuntes/obligaciones-3/>

Por lo tanto, tanto el médico como el paciente deben comprender y aceptar que cada ser humano es un organismo diferente y los resultados serán en dependencia de cómo este reaccione, además las limitaciones del médico, pero este tendrá que informar las limitaciones que existan con anticipación.

3.1.2.3. MODOS DE EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES CIVILES

Así como en el inicio de esta teoría se había tratado acerca de los modos de nacimiento de las obligaciones, también se debe topar el tema en cuando a su extinción, es por esto que las obligaciones una vez creadas, se extinguen por algunos de los medios que a continuación enumeramos:

- **Pago:** El modo natural de extinguir las obligaciones es el pago, el cual consiste en que el deudor dé a su acreedor una cosa distinta de la que debió darle en virtud de la obligación.
- **Compensación:** Es el medio de extinguir obligaciones que tiene lugar cuando en dos personas se reúnen recíprocamente las cualidades de deudor y acreedor. El efecto de la compensación es extinguir las dos deudas hasta el importe de la menor.
- **Confusión:** Consiste en que las dos cualidades, de deudor y acreedor, se reúnan en una misma persona, teniendo por efecto liberar al deudor al extinguirse su obligación.

- **Remisión:** Remitir una deuda es lo mismo que perdonarla. Cualquiera puede renunciar su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que la ley lo prohíba.
- **Novación:** Cuando las parte interesadas en un contrato lo alteran substancialmente, substituyendo una obligación nueva a la antigua. La novación puede ser de cosas y de personas.
- **Perdida de la cosa:** La obligación se extingue cuando la cosa, materia de la misma, se ha perdido o ha sufrido un detrimento tan grave que, a juicio de peritos, no puede emplearse en el uso a que naturalmente estaba destinada.
- **Termino extintivo:** Al hablar de las modalidades de las obligaciones señalamos que estas pueden estar sujetas, para su cumplimiento, a términos; si se trata de un término extintivo la llegada de este pone fin a la obligación, extinguiéndola.
- **Prescripción extintiva:** Cuando transcurrido el tiempo señalado por la ley, el acreedor no ejercita sus derechos. En este caso, la obligación se extingue.
- **Nulidad:** Extinguen los actos jurídicos y las obligaciones que de ellos nacen.

- **Muerte.-** Las obligaciones se ponen fin cuando el deudor o el acreedor, muere, a menos que estas se hayan pactado como heredables, a lo cual los beneficiarios prolongaran la obligación hasta su cumplimiento u extinción por otro medio, para cumplir este fin.

Una vez establecidos los modos de extinción que toda obligación posee, ya sea de hacer, medio o resultado como en este caso se ha estudiado, se puede decir que las formas más comunes de extinguir a este tipo de obligaciones son: pago, confusión y muerte.

Al enmarcar estas obligaciones que intervienen dentro de la practica medica en los medios de extinción que se ha dicho que son los más comunes, se puede ejemplificar de la siguiente forma:

- **Pago.-** Cuando se realiza el pago, es porque las dos partes han perfeccionado con el cumplimiento de la obligación mutua, es decir, que si se convino ejecutar una cirugía de ojos, y esta se realizo sin complicaciones y en cumplimiento de la técnica, el paciente tiene que cancelar, la acción realizada. Perfeccionando de esta manera la acción de parte y parte.
- **Confusión.-** Esta acción se presenta cuando la calidad entre deudor – acreedor o médico – paciente se confunden, es decir, no se conoce a ciencia cierta quién tiene responsabilidad en una determinada acción, por ejemplo en el momento de la recuperación, el paciente cobra el papel de deudor ya que es él quien tiene que cumplir con cuidados específicos, y el médico se convierte a su vez en el acreedor, ya que únicamente espera resultados de su actuar inicial.

- **Muerte.-** Esta forma de extinción es particular, ya que con la muerte del paciente a partir de una práctica médica, el médico tendrá que responder por su mal actuar, sin embargo si la muerte se presenta del lado del médico, la obligación de cumplimiento se extingue.

En todo lo expuesto radica la importancia de mantener la claridad entre el deudor – acreedor, para así no confundir ni calidades y mucho menos la obligación a la cual tienen que responder.

3.1.2.4. MODOS DE EXTINCION DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Los modos de extinción de la responsabilidad penal, no son lo mismo que los eximentes de responsabilidad, ya que en los primeros la responsabilidad desaparece porque se suprime un elemento del delito y en los segundos la responsabilidad solamente disminuyen en vista que parten de la existencia de una infracción.

Las causas por medio de las cuales se extingue la responsabilidad penal, surgen después de cometido el delito, y son específicas, como la muerte, cumplimiento de la condena, amnistía, indulto, el perdón del ofendido, perdón oficial, la prescripción.

- **La muerte**

La muerte además de ser una forma de extinción de obligaciones civiles, también es un modo de extinción de la responsabilidad penal, y esta se encuentra determinada en el Código Penal en los artículos 96 y 97 que señalan lo siguiente:

Art. 96.- La muerte del reo, ocurrida antes de la condena, extingue la acción penal.

*Art. 97.- Toda pena es personal y se extingue con la muerte del penado.*⁶⁸

En este sentido y en virtud de los artículos citados, es evidente que la responsabilidad es personal y únicamente aplica a personas naturales, por lo tanto si el presunto infractor muere antes o después de ser sentenciado tanto la responsabilidad como el cumplimiento de la pena se extingue.

La responsabilidad penal no es hereditaria, y el cumplimiento de la sanción impuesta a la misma mucho menos, haciendo referencia únicamente a la sanción penal privativa de libertad, ya sea por reclusión o prisión, sin embargo y si el juez competente así lo determina, la sanción pecuniaria si puede ser heredada y tendrá que ser aceptada y pagada por los deudos, de existirla, aún así hay que tener presente que en el Ecuador no se acostumbra a indemnizar a las víctimas de una determinada acción, cuando esta es juzgada en vía penal.

- **Cumplimiento de la condena**

De pronto es el modo de extinción más común, en vista que si cumple con la condena impuesta por el juez en pago de un ilícito, se extingue la acción u omisión cometida, sin embargo con las múltiples modalidades existentes de "cumplimiento de privación de libertad" es casi inaplicable por ejemplo con la modalidad del pago de condena 2x1, o la disminución de condena por buena conducta, o la libertad inmediata después de no haber sido sentenciado en un año, quebrantando de esta manera las esperanzas de las víctimas de haber encontrado justicia para la infracción cometida en su contra.

⁶⁸ Código Penal, Art. 96 y 97

- **Amnistía**

“La amnistía supone un total olvido del delito, Su concesión – mediante ley. Borra todo recuerdo del delito cometido o de la pena pronunciada. En definitiva, extingue por completo la pena y todos sus defectos”⁶⁹.

Al tratar el tema de la amnistía, se debe recalcar que puede ser aplicada a delitos de cualquier índole a menos que lo prohíba en la Constitución, en el Ecuador de manera específica, la amnistía no será otorgada en los siguientes casos: contra la administración pública ni por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia, y se le pondrá en práctica únicamente por motivos humanitarios⁷⁰. Generalmente en el mundo se utiliza este modo de extinción de la responsabilidad penal, tras haberse presentado hechos políticos relevantes y coyunturales en una sociedad agitada y que ha presentado desmanes sociales.

El Código Penal ecuatoriano, hace referencia a este modo de extinción de la siguiente forma:

Art. 98.- La acción penal se extingue por amnistía, o por remisión de la parte ofendida en los delitos de acción privada, o por prescripción.

*Art. 99.- La amnistía no solamente hará cesar la acción penal sino también la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones civiles.*⁷¹

⁶⁹ <http://www.iusciclopedia.com/2007/11/26>

⁷⁰ Constitución de la Republica del Ecuador, 2008, Art. 120, Núm. 13

⁷¹ Código Penal Art. 98 y 99

Por lo tanto, al dictarse amnistía únicamente se estará absolviendo las sanciones penales y administrativas que se puedan ocasionar a partir del cometimiento de un hecho delictivo, manteniendo la sanción civil o indemnización a pagar a las víctimas.

Además con la amnistía se cancelan todos los antecedentes penales que un sujeto activo del delito pueda tener, por lo tanto de ser reincidente en una acción se perderá la posibilidad de considerarse agravantes a hechos pasados, y como ya se había hecho referencia la amnistía no puede cancelar a la responsabilidad civil ocasionada.

- **Indulto**

De manera doctrinaria al indulto se lo define como “la gracia otorgada por el Jefe de Estado a los condenados por sentencia firme remitiéndoles toda la pena impuesta o parte de ella o conmutándola por otra de menor gravedad”⁷².

De acuerdo a la legislación ecuatoriana, el indulto es consagrado en la Constitución en el Art. 120, núm. 13 al igual que la amnistía, en tal sentido también es de potestad de la Asamblea Nacional el conceder el indulto.

Este modo de extinción de responsabilidad penal, tiene efectos más limitados que la amnistía, una de ellas es que con el indulto deja de cumplir con la pena impuesta o parte de ella, y por lo tanto si se vuelve a delinquir se considerará como reincidente.

⁷² ZAMBRANO Andrea, (2007), LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL, Chile.

De la misma forma que la amnistía, a pesar de la concesión del indulto este no se hace extensivo a la responsabilidad civil y costas procesales a cancelarse, a menos que de manera expresa se disponga la no cancelación y/o devolución de lo ya pagado.

En el Ecuador a pesar de otorgarse el indulto, el presunto infractor presenta limitaciones, como por ejemplo tendrá vigilancia especial de la autoridad, hasta por el término de 10 años⁷³, creando un estado de interdicción.

Estas limitaciones se extinguirán, siempre que el indulto se haya perfeccionado, ocurriendo esta acción no al momento de otorgarse el indulto, de acuerdo lo establecido en la constitución y otras Leyes, sino al momento de la consignación del decreto de gracia⁷⁴.

- **Perdón oficial**

El perdón oficial, tiene que ser emitido por la parte afectada, con el fin que por medio de la autoridad competente este sea ejecutado y notificado, para que pueda ser real y liberatorio de la responsabilidad penal que se haya podido ocasionar a partir de un delito. En este sentido el Código Penal en su artículo 94 señala:

Art. 94.- El perdón de la parte ofendida o la transacción con ésta, no extingue la acción pública por una infracción que debe perseguirse de oficio.

⁷³ Art. 104.- Todo condenado a reclusión mayor o menor que obtenga indulto o conmutación de la pena, quedará bajo la vigilancia especial de la autoridad, hasta por el término de diez años, si el decreto de gracia no dispusiere otra cosa.

⁷⁴ Art. 103.- Las incapacidades anexas a ciertas condenas, por ley o sentencia judicial, no cesan por el indulto que se concediere con arreglo a la Constitución y las leyes, a no ser que lo consigne expresamente el decreto de gracia.

En este sentido, a pesar que el perdón haya sido otorgado por la parte afectada, no podrá ser eximente de responsabilidad si fuesen delitos como por ejemplo asesinato u homicidio debido a que se tiene necesariamente que seguir acciones públicas, con el fin de precautelar la seguridad social de la población.

El perdón oficial surte efecto en acciones como las injurias sean graves o leves, sin embargo en delitos que hayan vulnerado bienes jurídicos protegidos como la vida o salud, o hayan atentado contra el Estado, se seguirán las acciones por parte de la autoridad judicial, de oficio.

Al igual que en la amnistía y el indulto, cuando se presenta el perdón⁷⁵, este no abarca la responsabilidad civil o pago de costas procesales, porque únicamente esta extinguiendo la sanción penal privativa de libertad y tendrá que ser emitido de manera oficial por la autoridad competente que designe la Constitución.

- **Prescripción**

Este modo de extinción de la responsabilidad penal es particular, porque es la única que se regula por el tiempo, además de la peculiaridad de extinguir dicha responsabilidad en dos vías, que son la acción penal y la pena como tal.

⁷⁵ Art. 106.- La autoridad designada por la Constitución podrá perdonar, o conmutar, o rebajar las penas aplicadas por sentencia judicial ejecutoriada, sujetándose a las disposiciones especiales de la Constitución y de la Ley de Gracia.

El perdón, la conmutación, o la rebaja de la pena no se extenderán a exonerar al culpado del pago de los daños y perjuicios y costas al Fisco, o a terceros interesados

Cuando se trata el tema de la prescripción se debe entender que este se presenta con el transcurso del tiempo, siempre y cuando el delito no haya sido perseguido o sin que pudiese ejecutarse la condena, respectivamente.

En relación al alcance que la prescripción pudiera tener se dice que toda clase de delitos son prescriptibles, sin embargo en el Ecuador existen clases de delitos que no prescribirán en el tiempo, de acuerdo a lo establecido en el Art. 80 de la Constitución:

Art. 80.- Las acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado serán imprescriptibles. Ninguno de estos casos será susceptible de amnistía. El hecho de que una de estas infracciones haya sido cometida por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal al superior que la ordenó ni al subordinado que la ejecutó.

Estos delitos no prescribirán, por el hecho de ser delitos muy graves y que han alterado el orden social, tal como lo dice el artículo citado, este tipo de crímenes no podrán ser sujetos a la amnistía, en consecuencia no habrá forma de dejar de juzgar o personar este tipo de crímenes.

- **Prescripción de la acción penal**

De acuerdo a lo establecido en el Art. 101 del Código Penal, la acción de la pena, puede prescribir de acuerdo a la acción bajo la cual se tenga que juzgar y es así que se indica lo siguiente:

Art. 101.- Toda acción penal prescribe en el tiempo y con las condiciones que la ley señala.

En el ejercicio del derecho que la prescripción establece, se observarán las reglas que siguen:

Tanto en los delitos de acción pública como en los delitos de acción privada se distinguirá ante todo si, cometido el delito, se ha iniciado o no enjuiciamiento.

En los delitos de acción pública, de no haber enjuiciamiento, la acción para perseguirlos prescribirá en diez años en tratándose de infracciones reprimidas con reclusión, y en cinco años en tratándose de infracciones reprimidas con prisión. En ambos casos el tiempo se contará a partir de la fecha en la que la infracción fue perpetrada. En los mismos delitos de acción pública, de haber enjuiciamiento iniciado antes de que aquellos plazos se cumplan, la acción para continuar la causa prescribirá en los mismos plazos, contados desde la fecha del autocabeza de proceso.

Caso de que el indiciado se presentara voluntariamente a la justicia, en el plazo máximo de seis meses posteriores al auto inicial, los respectivos plazos se reducirán a ocho años en los delitos reprimidos con reclusión, y a cuatro años, en los delitos reprimidos con prisión, contados asimismo de la fecha del autocabeza de proceso. No surtirá efecto esta regla en los casos de reincidencia.

En los delitos de acción privada, la acción para perseguirlos prescribirá en el plazo de ciento ochenta días, contados desde que la infracción fue cometida.

Iniciada la acción y citado el querellado antes del vencimiento de ese plazo, la prescripción se producirá transcurridos dos años a partir de la fecha de la citación de la querella.

La acción penal por delitos reprimidos sólo con multa se extinguirá en cualquier estado del juicio, por el pago voluntario del máximo de la multa correspondiente al delito, y de las indemnizaciones, en los casos en que hubiere lugar.

Si la prescripción se hubiese operado por la falta de despacho oportuno de los jueces, éstos serán castigados por el superior con la multa de quinientos a cinco mil sucres, quedando a salvo la acción de daños y perjuicios a que hubiere lugar contra dichos funcionarios, de conformidad con lo prescrito en el Código de Procedimiento Civil.

En la misma pena incurrirán los funcionarios del ministerio público y secretarios de cortes y juzgados por cuya negligencia se hubiere operado la prescripción.

De haber acusador particular, o de tratarse de querella, la multa se dividirá en iguales partes entre la administración de justicia y el acusador. La parte de multa que corresponda a la administración de justicia será invertida por la Corte Superior en su caso, o por la respectiva Corte Superior que hubiere impuesto la multa, en gastos generales de la administración de justicia.

Ahora bien, hay que señalar desde cuando se hace el conteo sobre el tiempo de prescripción, entonces si no se ha iniciado aun ningún tipo de proceso de juzgamiento o

investigación sobre un delito, este tiempo se contará a partir del cometimiento de la infracción, pero si se inicio ya un proceso este se contará a partir de la última actividad realizada. Es importante indicar que la prescripción de la acción penal puede ser aplicada para cualquier persona.

Art. 102.- Si dictada por el superior la sentencia que cause ejecutoria no es enviado el proceso al juez encargado de ejecutarla en un tiempo igual o mayor del necesario para la prescripción de la pena, los empleados o funcionarios responsables del retardo incurrirán en la sanción establecida en el artículo precedente.

Se había dicho que la prescripción, es peculiar porque puede extinguir la responsabilidad penal y la pena de manera simultánea o separada y es así que para la segunda el tiempo se cuenta a partir de la puesta en vigencia la sentencia ejecutoriada.

En conclusión el modo de extinción de responsabilidad penal denominado prescripción es la forma más completa y viable para cumplir con el propósito de extinguir de responsabilidad a un presunto infractor, ya que únicamente con el paso del tiempo y con la espera de cumplir la condición de una cantidad de tiempo determinada de acuerdo al tipo de delito que se haya cometido, se puede liberar de la responsabilidad de responder ante la sociedad y un sistema jurídico por un hecho cometido.

3.3. TEORIA DEL CASO

Esta teoría “se constituye en ese ejercicio intelectual de abstracción que busca con esfuerzo y máximo provecho, la concatenación entre la fundamentación fáctica, probatoria y jurídica en la búsqueda constante de esa reconstrucción histórica adscrita a un proceso penal.”⁷⁶ Estos elementos serán analizados más adelante como piezas fundamentales de la teoría del caso a tratarse.

El Defensor del Público de la República de Colombia afirma que la “Teoría del caso es la idea básica y subyacente a toda nuestra presentación en juicio, que no solo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino vincula tanto la evidencia cómo es posible dentro de un todo coherente y creíble. Sea que se trate de una idea simple y sin adornos, o de una compleja y sofisticada historia, la teoría de un caso es un producto del trabajo del abogado. Es el concepto básico alrededor del cual gira todo lo demás”⁷⁷.

Enfocando desde el punto de vista de cotidianidad a la teoría del caso, y de acuerdo a lo establecido en párrafos anteriores, esta consiste en ser todo lo que se dice en un proceso penal no es más que una historia pero qué, a diferencia de otras, esta tiene que estar bien elaborada, por lo tanto resulta bastante convincente ya que cumple con características como el relato de hechos relevantes, soportados sobre la base de una actividad probatoria oportuna, pertinente y legalmente diligenciada y que al sistematizar todo esto adquiere una verdad histórica, jurídica y procesal.

⁷⁶ TEORIA DEL CASO, Instituto de la Defensa pública Penal, Lic. Blanca Aida Stalling Dávila Directora General IDPP, 2003.

⁷⁷ TEORIA DEL CASO, Instituto de la Defensa pública Penal, Lic. Blanca Aida Stalling Dávila Directora General IDPP, 2003.

Y si de simplificar a la teoría del caso se trata, se tendrá únicamente que decir que es “la estrategia que el profesional del derecho, desarrolla y aplica para cada caso, teniendo características propias, que no se repetirán en ningún otro por la originalidad de cada uno, basándose en la investigación y reconstrucción del delito”.

La teoría del caso no se limita únicamente al ámbito de estrategia escrita en un proceso, ya que el ámbito oral será determinante al momento de convencer o persuadir al juez, al fiscal y tribunal, debido a que en el debate público, se pone a prueba la estrategia creada por el profesional del derecho, en cuanto a la sistematización de la información del proceso, los hechos que motivaron al inicio del proceso y desarrollo del mismo.

3.3.1. ELEMENTOS DE LA TEORIA DEL CASO

- **JURIDICO.-** Este consiste en “*el análisis de los elementos de derecho de lo que se busca establecer*”.⁷⁸ *Queriendo decir con esto, que el objetivo del elemento jurídico es buscar adaptar a ya sea el delito o los hechos cometidos en un marco jurídico que provenga tanto desde la legislación sustantiva como la procedimental, para que este sea el punto de partida de la estrategia a usarse y de motivación o sustanciación para el proceso.*

Además a través de este elemento se puede enmarcar no solo lo sucedido, sino también los ámbitos de responsabilidad que puede llegar a tener cada persona, y es así que se determinará si fue autor, cómplice o encubridor.

⁷⁸ SALAS B., Cristian, (2004), EL PROCES PENAL ORAL ACUSATORIO, Lima – Perú

- **FACTICO.-** es el elemento en el cual se pone en evidencia los hechos más relevantes, con el fin de que estas afirmación fácticas o de hechos, *establecidos* desde un punto de vista jurídico sea convincente para el juzgador. Este elemento se empieza constituyendo a partir del conocimiento del presunto infractor que a su vez dará su testimonio para su defensa, desde el cual se el defensor analiza y procesa la argumentación, claro está que el elemento factico tendrá necesariamente que ir ligado al elemento probatorio que será determinante a la hora de la persuasión del juzgador, en fin a partir del elemento factico, se inicia la elaboración de las estrategias de defensa.

En este elemento, no solamente se destaca los hechos ocurridos, sino también “*el lugar, el tiempo, las personas que intervinieron, sus sentimientos, el modo de ocurrencia, los instrumentos utilizados y el resultado de la acción o acciones realizadas*”⁷⁹.

- **PROBATORIO.-** “*La teoría probatoria es el modo de comprobar ante el juez los planteamientos formulados*”⁸⁰. Una vez conocidos los hechos relevantes, se debe hacer una análisis sobre la determinación y las pruebas que se tienen y que deberán ser clasificadas de acuerdo a su importancia y legitimidad, de ahí que radica que se vigile cuidadosamente la cadena de custodia cuando la hubiese, de estar siempre ante el amparo de la Ley, para presentar alguna prueba, etc. El fin de este elemento es conocer *que* tan involucrado esta el presunto infractor y probar lo establecido en el elemento factico, el mismo que está dentro del ámbito jurídico.

⁷⁹ SALAS B., Cristian, (2004), EL PROCES PENAL ORAL ACUSATORIO, Lima – Perú.

⁸⁰ SALAS B., Cristian, (2004), EL PROCES PENAL ORAL ACUSATORIO, Lima – Perú

Como se ha podido apreciar, estos tres elementos se encuentran unidos, con el único objetivo de probar y dar a conocer lo sucedido, pero con elementos de juicio importantes y valederos, hay que mencionar a demás que todos tienen una coexistencia natural e indispensable, ya que se faltaría uno de ellos, no serían más que hechos aislados sin importancia o veracidad y en consecuencia serían inconsistentes no solo ante los ojos del juzgador de la infracción, sino también ante la sociedad.

Una vez conocidos los elementos de la teoría del caso, se puede poner el siguiente ejemplo: en un asesinato, en el cual no se conoce al responsable pero existen presuntos sujetos activos, se tendrá que necesariamente hacer una reconstrucción de los hechos y concluir con el cometimiento del ilícito, y es, en este tiempo intermedio de ejecución es donde radica la importancia de esta teoría porque se conoce o se aprecia que pasó, cómo y sobre todo quienes son los autores, cómplices o encubridores, más allá de conocer cuál fue la intención inicial, que en este caso sería el haber acabado con la vida de la víctima o sujeto pasivo.

Esta teoría va de la mano de la teoría del delito⁸¹, pero en un sentido más amplio en su marco lógico porque necesariamente tienen que estar ligadas la una con la otra, para determinar desde la teoría del delito, el motivo, el bien jurídico protegido que se vulnera, los sujetos que intervinieron, y demás elementos que configuran un delito y partir de esto poder empezar con la creación de la estrategia, con la cual se defenderá al sindicado de un delito, al fusionarse estas dos teorías existen puntos importantes en los cuales se hace más notable la unión de ellas, entre estos están:

⁸¹ **Teoría del delito.**- es un sistema de categorización por niveles, conformado por el estudio de los presupuestos jurídico-penales de carácter general que deben concurrir para establecer la existencia de un delito, es decir, permite resolver cuando un hecho es calificable de delito.

- Al organizar un pensamiento y unir al interrogatorio y a los argumentos.
- Planificar y desarrollar declaraciones y los interrogatorios directos.
- Visualizar y ejecutar los contrainterrogatorios.
- Estructurar y dar forma coherente a la discusión final.

Para la formulación de la teoría del caso en un proceso, es indispensable el conocer el hecho para determinar la investigación y la dirección que se va a tomar en relación a la formulación de la acusación y defensa, ocurriendo lo mismo cuando se presentan casos de mala práctica médica.

Adicionalmente, esta teoría se vincula con la teoría de la argumentación⁸² con esta teoría se fusiona en el momento de la expresión oral, apoyando desde un punto de vista técnico a la parte jurídica, para emplear los mejores mecanismos de interpretación oral y exposición de un caso, factor importante para poder llegar hasta el juez.

Pero para que exista la mezcla de estas tres teorías en una misma, resumiéndose en la denominación de teoría del caso, se tendrá necesariamente que investigar, y obtener resultados propios y no confiar únicamente en los que la fiscalía pueda proporcionar como unidad de investigación designada.

En fin, la real importancia de la teoría del caso radica en dirigir la investigación sobre la base de hechos, queriendo decir con esto que, el marco de desarrollo de toda construcción teórico – histórica sobre la que descansa una defensa penal planificada y estricta, está bajo un método de

⁸² **Teoría de la Argumentación.**- es considerada una disciplina que estudia las diferentes técnicas discursivas que permiten acrecentar o disuadir a una, o muchas personas sobre la tesis que propone un orador o escritor.

organización de toda la información del proceso y la delimitación de la información técnica, permitiendo al defensor concretar:

- El análisis de la información frente a la diversidad para reducir sus diferencias;
- Elaborar una teoría de defensa (construcción de una estrategia)
- Plantear una hipótesis
- Concluir en un proceso de verificación (inferencia).

Sin lugar a dudas la fundamentación de los hechos se constituye en un elemento indispensable para el defensor ya que en sus registros plasma la idea de lo que cree que sucedió, como sucedió, cuando sucedió y porque sucedió, y es entonces cuando se puede reconstruir un delito y esclarecerlo, por medio de una estrategia, dejando en claro la función de intervención de la teoría del delito⁸³.

Además esta teoría planifica, desarrolla, ordena y evalúa la actividad probatoria en la fase preparatoria para la sustentación fáctica del caso, en esta etapa se definen los medios de investigación y probatorios que se utilizaran, estos pueden ser testimoniales, documentales, entre otros, estos serán válidos siempre y cuando sean controlados y en consecuencia veraces y podrán aportar al proceso en su etapa de prueba.

La importancia de esta teoría radica en cumplir con los siguientes ítems, los mismos que permitirán esclarecer el caso que este siendo juzgado o analizado de una manera más objetiva:

- Dirigir la investigación sobre la base de los hechos;

⁸³ **Teoría del Delito.-** ES, pues, la conducta humana el punto de partida de toda reacción jurídico – penal y el objeto al que se agregan determinados predicados (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), que convierten en esa conducta humana en delito”.... MUÑOS, FRANCISCO “DERECHO PENAL, PARTE GENERAL” CAPITULO XII, TEORIA DE LA ACCIÓN.

- Planificar, desarrollar, ordenar y evaluar la actividad probatoria para la sustentación fáctica del caso;
- Focalizar los argumentos jurídicos del caso en la audiencia para el análisis de la acusación en la audiencia de ofrecimiento de prueba o en el debate oral y público;
- Examinar de manera general la legalidad de las actuaciones;
- Exponer sucintamente los hechos de la causa;
- Determinar la necesidad de interponer incidentes en la fase inicial del juicio;
- Planear de conformidad con la estrategia en el debate, los interrogatorios y los conainterrogatorios;
- Analizar y valorar las constancias probatorias;
- La determinación de ofrecer nuevos medios de prueba y como incorporarlos;
- La lógica de las conclusiones y las replicas que implica;
 - a) Argumentar conclusiones claras sobre lo probado y no probado con relación a los hechos de la causa;
 - b) La inclusión de los hechos a la fundamentación jurídica;
 - c) La articulación de los hechos con relación a las leyes aplicables;
 - d) Conclusiones finales sobre los hechos con relación al derecho.

Como adicional y en relación a la teoría del delito, con la teoría del caso se revelan de una manera más específica los siguientes puntos:

- Análisis de la conducción o acción;
- Consideración de la tipicidad de la conducta;
- La antijuricidad (ausencia o presencia de posibles causas de justificación);

- Cuestiones relativas a la impunidad o aspectos subjetivos;
- Culpabilidad;
- Unidad o pluralidad de la atribución delictiva;
- Las cuestiones de autoría y participación.

Esta teoría se resume, en ser la estrategia compuesta, por una serie de pasos previamente diseñados que tienen como propósito futuro cumplir con la planificación elaborada con anticipación, para maximizar los resultados durante y después del proceso penal para obtener así el mayor beneficio a favor del procesado.

Entonces si todo esto se fusiona y se consolida como una estrategia legal, para la defensa o acusación por un presunto delito, y aplicando a la mala práctica médica quiere decir que de acuerdo al tipo de obligación a la cual tenga que responder el profesional de la medicina, ya sean obligaciones de medio o de resultado, se tendrá necesariamente que probar cada etapa del proceso, con mayor énfasis al cómo se llegó al cometimiento del delito ya sea que tenga consecuencia de muerte o lesiones.

CAPITULO V

5. ANALISIS JURIDICO DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA

Una vez que se ha estudiado la doctrina de la mala práctica médica, hay que enmarcarla, desde un punto de vista jurídico, por lo cual se analizará a la misma desde el derecho penal, civil y derecho comparado, para conocer como se regula tanto localmente como de manera internacional esta actividad, además se estudiarán los grados de responsabilidad existentes de acuerdo al nivel de participación y educación que ostenten los profesionales de la salud quienes estén involucrados de manera directa, y sobre todo la responsabilidad que el Estado tiene en relación a este tema, además se citará un caso real como es: Albán Cornejo vs. Estado Ecuatoriano el mismo que han sido ventilado en las cortes internacionales, y se revisaran sus resultados.

Hay que decir que el análisis jurídico de la mala práctica médica, no es reciente, y que desde el apareamiento de las regulaciones sociales, se ha venido debatiendo sin llegar a conclusiones que equiparen los requerimientos sociales y las soluciones dadas por parte de los Estados, pero dejando la filosofía y la doctrina a un lado; en este capítulo se busca dar una visión desde el punto de vista legal a esta acción u omisión, de acuerdo sea el caso, por la complejidad del tema, hay que analizarlo desde tres materias del derecho, por las siguientes razones:

- Esta práctica, requiere sanciones cuando vulnera un bien jurídico protegido por el Estado.
- La compensación que se efectuó a las víctimas debe ser real y proporcional al daño ocasionado.

- Se deben determinar los estados de responsabilidad en los cuales incurren de acuerdo a la participación, tanto enfermeros, doctores, cirujanos, residentes, etc.
- Las vías para el juzgamiento de esta acción deben tener un camino cierto y objetivo.
- Determinar los atenuantes y de ser el caso los eximentes responsabilidad a los profesionales de la salud.

Estas son solo pocas de las razones por las cuales el Estado tiene que intervenir en la práctica de la medicina.

Teniendo en claro el objetivo de este trabajo que es “definir a la mala práctica médica como una figura civil o penal” y este capítulo como parte medular del mismo, en el cual se busca el demostrar la importancia de la responsabilidad que se genera a partir de la mala práctica médica, necesariamente se tendrá una amplia explicación en los ámbitos civil y penal debido a: que la responsabilidad penal busca sancionar; y la responsabilidad civil, busca la reparación del daño ocasionado. Dándose de esta forma un tratamiento global cuando ocurren casos de mala práctica médica.

4.1. DERECHO PENAL

En el derecho penal se busca dar una sanción a una acción u omisión que se haya cometido por tal motivo, en pro de mantener el orden social, la mala práctica médica tiene que ser sancionada en el Ecuador, esto servirá para disminuir los índices de mala praxis médica ocasionada tanto en niños como en adultos y adultos mayores, mejorando de esta manera la calidad en el servicio médico, en la atención al paciente, en el respeto de los derechos tanto de los

pacientes como de los profesionales de la salud, y regular de alguna manera la relación que se genera entre el sujeto activo y pasivo (relación médico – paciente).

Pero no se puede hablar de derecho penal, si no se cumple con los requerimientos mínimos de este, que son: el cometer una infracción, la cual debe ser realizada con voluntad y conciencia, además de vulnerar un bien jurídico protegido por el Estado, pero en el caso de la mala práctica médica existe dos bienes jurídicos protegidos como son la vida y la salud, no hay legislación penal que regule esta práctica sí como tampoco se lo hace por medio del nuevo Código de la Salud, por lo tanto la gran mayoría de los casos que se han derivado de un hecho como estos han quedado en la impunidad, claro ejemplo de esto, es el caso de los 21 contagiados de VIH en la ciudad de Guayaquil entre otros, ya aquella lista es larga, pero que muchas veces no llegan a conocerse.

De ahí que se requiere la elaboración de una Ley acerca de este tema importante en la sociedad actual, en el Ecuador por lo menos, a pesar que se ha tratado muchas veces este tema, no se le ha dado la importancia debida, por lo tanto siempre se lo ha relegado a segundo plano y se ha tratado de justificar y hasta cierto punto tapar los errores y malas prácticas que han sido cometidos por parte de profesionales de la salud, y más si estos casos han ocurrido en el sector publico.

Aun así no se puede señalar un solo sector, por lo tanto por medio del derecho penal y este trabajo, se ambiciona el poder regular a la mala praxis médica, dándole un enfoque propio, para que no queden cabos sueltos con los cuales se pueda causar confusión, y así determinar que la mala práctica médica no tiene orígenes dolosos y se arreglen los daños únicamente con

compensaciones económicas las cuales no son suficientes o son mínimas en comparación al daño causado, por la poca objetividad y certeza con que se manejan estos temas en el país.

4.1.1. ATIPICIDAD

Siendo la atipicidad la antítesis de la tipicidad, se entenderá de manera simple que es la falta de tipificación en un ordenamiento jurídico de una acción u omisión y sin la existencia de esta, el hecho producido no puede ser juzgado y tampoco sancionado.

En consecuencia la ausencia de de la falta de tipificación de un hecho ilícito puede dar lugar a dos estados de atipicidad que son los siguientes:

- **Atipicidad Relativa.-** Consiste en la ausencia de uno de los elementos contenidos en la figura jurídica.
- **Atipicidad Absoluta.-** es la falta total de incriminación a una conducta,

De presentarse cualquiera de estas dos atipicidades, la conducta quedara fuera del ámbito penal, por lo tanto no se podrá llegar a una sanción adecuada, por y es así el caso que dentro de la atipicidad relativa, se entiende que si hay una figura jurídica establecida, pero que uno de los elementos no está dentro de este establecimiento del acto ilícito, por lo tanto no puede ser considerado como elemento agravante, o constitutivo de delito.

A diferencia de la atipicidad relativa en la absoluta se deja por fuera a toda la acción ilícita en conjunto, queriendo decir con esto, que a pesar de que una acción se cometa una y otra vez, con las mismas características, esta al no ser parte de la legislación de un Estado, siempre

quedara en medio de un limbo jurídico y social a la espera del reconocimiento ante un cuerpo legal penal que debe ir al mismo ritmo que los conflictos sociales que pueden alterar el orden público.

Con estas premisas, se ha dado ya una idea de la importancia de la tipicidad de ciertas conductas que por la reiteración y constancia que se presentan en la sociedad deben estar incluidas en la legislación positiva de un Estado.

Dentro de este intento de regular a la mala práctica médica, se creó una Ley denominada Ley Orgánica de Responsabilidad y Mala Practica Medica, sin embargo por su contenido hasta cierto punto incompleto e inexacto, no se ha podido ir más allá de la sociabilización de dicha Ley, dentro de las nuevas reformas legislativas y creación de nuevos cuerpos de Ley, se quiere tipificarla, y determinar una sanción de 11 años de prisión, suspensión de la licencia profesional de 6 meses a 1 año, pretendiendo con esto terminar con la atipicidad de esta actividad tan cotidiana en el Ecuador y que ha cobrado muchas vidas y en otras tantas ocasiones ha dejado incapacidades o heridas psicológicas irreparables.

4.1.1.1. PROYECTO DE LEY ORGANICA DE LA RESPONSABILIDAD Y MALA PRÁCTICA MÉDICA

De acuerdo al desarrollo que ha tenido este Proyecto de Ley, denominado Ley Orgánica de la Responsabilidad y Mala Práctica Médica, se han tratado temas como el ámbito de aplicación, el objeto que esta tiene, las infracciones, los sujetos que intervienen, Penas, el

ejercicio de las acciones y de la extinción y prescripción, jurisdicción, competencia y el procedimiento.

Profundizando más en este proyecto de Ley, se puede decir que es una Ley que trata de regular la actividad médica tanto en el sector privado como en el público, y cuya aplicación tiene un alcance tanto a personas jurídicas como naturales, que estén relacionadas al mundo de la medicina.

Si bien es cierto, una Ley como este proyecto debe encargarse acerca de todas aquellas personas que puedan resultar ser sujetos activos, siendo estas personas certificadas para ejercer una actividad médica.

En cuanto al Objeto de este proyecto de Ley, en el Art. 5 señala lo siguiente:

“Art. 5.- Esta ley tiene por objeto regular la actividad de los profesionales médicos o no, mencionados en el Artículo anterior, así como la protección de los ciudadanos que acuden ante ellos en busca de precaver y curar sus afecciones, y/o su estética.

Para hablar de mala práctica médica, necesariamente se tendrá que estar realizando una acción para tratar de recurar la salud o a su vez una acción de mejoramiento estético, en tal sentido la otra característica constitutiva lógica y evidente sería que únicamente estas acciones sean realizadas por profesionales de la medicina, y estén en funciones activas de su carrera, ya que si no cumplieren con esta característica los sujetos activos de la infracción se estaría recayendo en otro tipo de delitos, como por ejemplo homicidio, suministro de sustancias, entre otros.

Por lo tanto este artículo no está bien redactado y en consecuencia se perdería la objetividad y certeza de las personas que pudiesen ser sujetos activos de la infracción de la mala práctica médica.

De la misma forma que se había hecho referencia al Art. 5 del presente proyecto de Ley, en el siguiente artículo existen inconsistencias:

“Art. 6.- Los profesionales médicos o no, mencionados en el Artículo 4 de esta Ley, serán responsables por dolo o culpa en la práctica de su actividad. El acto doloso será reprimido conforme lo dispuesto en el Código Penal y calificado como infracción dolosa, El acto culposo será reprimido con penas de reclusión menor, prisión, pecuniarias y prohibición temporal o definitiva del ejercicio de la profesión”.

Primero porque en el Código Penal, no existe dicha tipificación, por lo tanto previo a la aprobación de esta Ley, se tendría que hacer una reforma a dicho Código o a su vez eliminar este párrafo del presente artículo, y tipificar este delito en una ley aparte.

Si bien es cierto se determina lo que significa la mala práctica médica y se le da el carácter netamente culposo, y que tiene que ser cometido por las personas cualesquiera que estas fueran y que estén consideradas en el Art. 4 del mismo proyecto de Ley, no es menos cierto que se debe describir de mejor manera lo que la negligencia, impericia inobservancia, o imprudencia representa y que trae como consecuencia la mala práctica médica.

Este proyecto de Ley, trata también acerca de “mala práctica médica dolosa” diciendo que se configura por el actuar con voluntad y consciencia, pero si esta acción fuese dolosa, querría decir que ya no es mala práctica sino otro delito que es homicidio y/o asesinato de acuerdo a las características constitutivas que se desprendan del delito.

En fin, es un proyecto de Ley, inconsistente porque la poca claridad que posee en lugar de ayudar a definir los patrones de la mala práctica medica, así como las personas que intervienen, lo que ocasiona es mayor confusión, y por ende la eficacia de este proyecto de ley, disminuye convirtiéndole en casi nula.

Con todo lo expuesto se puede concluir diciendo que este proyecto de Ley, no es mas que el resultado del poco estudio realizado, para la creación y elaboración de este proyecto de Ley, el mismo que es necesario para regular esta actividad que se ha vuelto un conflicto social y cuya impunidad prima en las salas de juzgados y centros asistenciales de salud.

4.1.2. TIPICIDAD SUBJETIVA

Está integrada ya sea por el dolo o la culpa con la cual se actuó, teniendo en cuenta definiciones básicas citadas ya en el Capítulo II de este trabajo de investigación, en el cual se dice que Dolo, es la intención positiva de causar daño a un tercero, ya sea de manera tangible pudiendo hacerlo en los bienes o en la persona o a su vez en la honra del individuo.

Y al hablar de culpa, se plantea que es el actuar de una manera negligente o con falta de cuidado, faltando a los procedimientos denominados seguros y aprobados por la lex artis.

Entonces al configurar una contravención desde el punto de vista de tipicidad subjetiva, debido a la falta de tipicidad legislativa, y de acuerdo a la frecuencia con la cual se actué, se

puede convertir en tipicidad objetiva⁸⁴ porque cumple con todos los elementos que esta tiene, de acuerdo a la teoría del delito, y que ya fueron citados en su momento.

Es decir que la mala práctica médica por estar todavía en el limbo jurídico de no saber si esta dentro del campo penal, o netamente civil en cuanto a resarcir los daños causados a modo de sanción, se tiene que tipificar de acuerdo al grado de culpa o dolo con el cual se haya actuado, sin embargo no deja de lado elementos básicos e indispensable de la tipicidad objetiva que es propia del derecho penal, entre los que están, sujeto activo, pasivo, bien jurídico protegido, etc., que son elementos que se toparan desde el punto de vista netamente de la mala práctica médica.

4.1.2. IMPUTACION OBJETIVA

La imputación objetiva es directamente una relación personal del sujeto activo -medico, ya que solo él puede crear o aumentar los riesgos mas allá de los límites permitidos.

Pero en realidad la imputación objetiva se hace más evidente en el dolo eventual, ya que en este se conoce a ciencia cierta las consecuencias posibles que se pueden presentar, sin embargo se potencia el riesgo aceptando dichas consecuencias y esperando que no sucedan, en ocasiones yéndose hasta en contra del consentimiento otorgado previamente por el paciente o sus familiares que son responsables en el momento, violentando así las obligaciones contraídas en un inicio, y si bien es cierto que el sobre pasar por este consentimiento puede justificarse cuando se

⁸⁴ Es el conjunto de normas que regulan la potestad punitiva del estado, asociando a hechos, estrictamente determinados por la ley ,como presupuesto, una pena o medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica

ha logrado una acción que ha tenido resultados positivos, no es igual cuando el resultado es contrario a lo anhelado.

En resumidas cuentas, existe imputación objetiva cuando la conducta realizada por el sujeto crea un riesgo no permitido o aumenta uno ya existente, más allá de los límites permitidos y como consecuencia ocasiona un resultado que está dentro del ámbito de protección de la norma, con este proceder no se quiere decir que exista dolo, pero si se realiza una acción fuera de lo permitido o una acción que pudiese causar una consecuencia inesperada y con mayores daños que los iniciales.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, aparecen los tan necesarios sujetos tanto pasivos como activos en el derecho penal como son: sujeto activo, pasivo, con cada una de sus definiciones y clasificaciones de acuerdo al grado de participación.

Pero la imputación objetiva se basa en el principio de confianza *“el cual supone que no crea un riesgo jurídicamente desaprobado quien realizando una actividad de manera conjunta, y no ostentando la posición de garante respecto del bien jurídico, confía en que los demás llevarán a cabo su tarea de conformidad con el rol de cada uno”*.⁸⁵

4.1.2.1. SUJETOS

En el derecho penal, la existencia de los sujetos es el inicio de la infracción, que va ser cometida y sin la presencia de estos no habría quien ejecute la acción u omisión y tampoco sobre quien recaiga el mal causado.

⁸⁵ FRANCISCO BERNATE OCHOA, Prolegómenos - Derechos y Valores, Volumen XI - N° 21 - Enero - Junio 2008 - ISSN 0121-182X.

4.1.2.1.1. SUJETO ACTIVO

Tal como lo define el doctor Remigio Sacoto, e su obra “Delito Culposo, Imputación Objetiva y Sistema Acusatorio” el sujeto activo puede ser “cualquier persona, independiente del grado de parentesco, puesto que no se modifica de forma alguna el hecho dañoso, el quien lo haya realizado o cometido”⁸⁶.

En otras palabras el sujeto activo y aplicando esta definición al tema de la mala práctica médica, es cualquier particular que cuente con licencia para ejercer la profesión médica, en cualquiera de sus niveles de preparación o desempeño, que esté en capacidad realizar una actividad de riesgo y en consecuencia causar daño.

4.1.2.1.1.1. CLASIFICACION DE GRADOS DE RESPONSABILIDAD DEL SUJETO ACTIVO

Por otro lado el derecho penal, tiene la obligación de determinar por medio de la investigación que se acopla más al procedimiento de esta área del derecho, el grado de responsabilidad que cada individuo tiene en la mala práctica médica, ya que al ser un equipo el que interviene sobre un paciente, el cual se convierte en sujeto activo, el mismo tendrá que responder en virtud del grado de participación que haya tenido al aplicar el procedimiento, por lo

⁸⁶ SACOTO, Remigio, “DELITO CULPOSO, IMPUTACION OBJETIVA Y SISTEMA ACUSATORIO”, (2005), Editorial Escuela Politécnica del Ejercito, Ecuador.

tanto y de acuerdo a la legislación ecuatoriana el código penal, en su artículo 41⁸⁷, designa las denominaciones de :

- Autor
- Coautor
- Cómplices
- Encubridores

De acuerdo al Código Penal ecuatoriano en el artículo 42, se define al autor como:

“Art. 42.- Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin”⁸⁸.

⁸⁷ Art. 41.- Son responsables de las infracciones los autores, los cómplices y los encubridores.

⁸⁸ -CODIGO PENAL, Art. 49

Entendiéndose de esta forma que autor es tanto quien ejecuta la infracción como quien la planifica y realiza la proposición, y lleva a cabo la consumación, por lo tanto al autor o sujeto activo se lo puede denominar como autor intelectual y/o autor material, necesariamente no tiene que ser uno solo, ya que al haber proposición necesariamente se actúa en compañía de uno o más individuos que de acuerdo a su participación se los denominaría, coautor, cómplice o encubridor.

- **Autor Intelectual.-** aquel que piensa o planea el delito.
- **Autor Material.-** aquel individuo que ejecuta o realiza la conducta delictiva.
- **Coautor.-** participa como autor intelectual y/o material sin poder determinar el grado de responsabilidad.
- **Cómplice.-** auxilia o presta medios para la realización del delito.

Bajo la definición planteada de coautor, se quiere decir que cuando se comete un ilícito en grupo, y no se identifica de manera clara y veraz al autor material del delito, todos quienes intervinieron en este, serán juzgados bajo los cargos de coautoría.

Ahora bien el cómplice de acuerdo la ley penal ecuatoriana está definido en el artículo 43 como:

“Art. 43.- Son cómplices los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores, o simultáneos.

Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad

no quiso cooperar sino en un acto menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del acto que pretendió ejecutar”⁸⁹.

Valiéndose de la intencionalidad inicial, además el cómplice en relación a la pena que se determina para él, es la mitad de la cual recibe el autor. Si bien es cierto que el cómplice no siempre participa de la acción misma que produzca la vulneración del bien jurídico protegido, esté sí está enterado del cometimiento del mismo, y al no evitarlo, se convierte también en sujeto activo, no con el mismo grado de responsabilidad y de intervención o de ejecución, pero si mantiene relación con el ilícito.

- **Encubridor.-** es aquel que calla la verdad del delito

Ahora bien un sujeto se convierte en sujeto activo de delito, en calidad de encubridor, una vez que al consumarse un ilícito o este en cualquiera de las etapas del inter criminis, este ayude a los autores, coautores, y cómplices, esta ayuda puede ser al esconder ya sean las armas, el cuerpo del delito o a su vez a los sujetos activos, etc. Para regular la calidad de encubridor en la legislación penal ecuatoriana el artículo 44 de este cuerpo legal cita que:

“ Art. 44.- Son encubridores los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite, o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las

⁸⁹CODIGO PENAL, Art. 43

señales o huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente”⁹⁰.

Al hablar de encubridores, y sabiendo que al ocultar información también se adquiere esta calidad, y conociendo que tanto los galenos de forma separada, así como en el cuerpo colegiado que mantienen se “tapan” absolutamente todo, atribuyendo a que todo lo referente a la práctica médica y con mayor razón si esta no fue la adecuada se clasifica como información reservada y lo que es peor, los médicos legistas que son nombrados peritos de un determinado caso, y ostentan este cargo de funcionarios públicos a favor de la investigación que busca la justicia, hacen lo posible para que el médico siempre salga librado de culpa.

4.1.2.1.1.2. ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD: VOLUNTAD Y CONCIENCIA EN LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN EL SUJETO ACTIVO

La mala práctica médica, como se ha venido citando desde el capítulo II de este trabajo de investigación, responde al manejo inadecuado de los procesos preestablecidos por Organizaciones Internacionales de Salud como la OMS⁹¹ o OPS⁹², y hablando de instituciones locales como el Ministerio de Salud Pública, sin embargo para que esta práctica inadecuada, sea considerada como delito tendrá que poseer dos características mínimas como son voluntad y conciencia por parte del sujeto activo, las cuales se ampliarán a continuación.

⁹⁰CODIGO PENAL, ART. 51

⁹¹ OMS =Organización Mundial de la Salud

⁹² OPS = Organización Panamericana de la Salud.

4.1.2.1.1.2.1. VOLUNTAD

Para definir a la voluntad de una manera simple se puede decir que es el QUERER, hacer una actividad, pero sí de darle una concepción filosófica se trata a la voluntad se la puede definir como la facultad del espíritu humano, en tanto que la libertad es uno de los atributos de la voluntad, ya que todo ser humano tiene la capacidad para decidir de acuerdo a su fuero interno y a la moral establecida por la sociedad, el límite de lo que esté bien y sea aceptado socialmente, como de lo que será rechazado, hay que decir que la forma de juzgar de la sociedad es mucho más dura que la del sistema judicial de un Estado, porque la sociedad vive en carne propia los acontecimientos y en su memoria se guardan todos aquellos hechos que han afectado al pueblo de una u otra manera.

“Por otro lado, la voluntad es la capacidad que tiene el individuo para dirigir su conducta personal mediante la elección de dos o más posibilidades; o lo que es lo mismo, la capacidad que tiene para equilibrar un estímulo o impulso con otro, a efecto de elegir el adecuado, desde el punto de vista que tiene sobre el interés principal”⁹³.

En vista de las definiciones plasmadas en los párrafos anteriores, lo que faltaría añadir, es que la voluntad es el actuar con ánimo, así como se había mencionado en el Capítulo II, en el Dolo eventual, que si bien es cierto no se quiere provocar un daño a la otra persona, el simple hecho de conocer las posibles consecuencias y aceptar que estas puedan ocurrir es actuar con voluntad, ya que ese está eligiendo entre dos opciones.

⁹³ http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=3280&Itemid

En base a esta premisa, se debe determinar que no existe una acción si la voluntad está ausente, ya que si no se quiere hacer algo o no existe el ánimo de hacer algo, y se produjo la acción no será responsable por dicha acción quien lo cometiese.

Pero para saber si se quiere o no cometer una determinada acción hay que estar en conocimiento de esta, de la forma en cómo realizarla y sobre todo la intención que se busca alcanzar con esta, además de conocer el bien tutelado que al cual se estaría lesionando, para esto se requiere que además de actuar con voluntad se actué con conciencia, la cual será definida y ampliada su información continuación.

4.1.2.1.1.2.2. CONCIENCIA

Si bien es cierto que al actuar con voluntad se está haciendo lo que se quiera, hay que decir que no siempre, se actúa en conciencia de lo que se hace, en otras palabras la conciencia no es otra cosa que el ENTENDER, es una función psíquica que permite al individuo darse cuenta por si mismo del mundo que lo rodea y de las acciones que realiza. Es decir que permite al individuo discriminar los estímulos del medio ambiente, tener noción de la realidad material externa e interna, por medio de lo cual se adquieren conocimientos que pueden tornarse en acciones reprochables.

Al hablar que la conciencia es una función psíquica hay que mencionar los estados de conciencia, pero para focalizarnos en el estado de conciencia que todo medico debe poseer para estar en funciones de su profesión será un estado de conciencia normal, esto quiere decir que no debe estar alterado, así tiene la capacidad completa de uso de su conciencia, procesamiento de sus conocimientos y correcta aplicación de procedimientos y destrezas.

Es por esto que un profesional de la medicina tendrá que tener un descanso adecuado, no estar sometido a cargas de horas suplementarias excesivas, tener el conocimiento adecuado, la destreza y la experiencia necesaria para su correcto desempeño laboral.

4.1.2.1.1.3. RESPONSABILIDAD EN DERECHO PENAL DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD

Guillermo Cabanellas, define en su obra Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, a la responsabilidad penal como *“La que se concreta en la aplicación de una pena, por la acción u omisión – dolosa o culposa - del autor de una u otra. Es estrictamente personal, de interpretación restringida, de irretroactividad vedada, de voluntariedad presunta (una vez demostrada la relación de causalidad entre el ejecutor o inductor y el resultado) y de orden público”*⁹⁴.

Tomando las palabras y entendiendo desde un punto de vista propio a quienes se les consideraría los padres del positivo en derecho penal, que son VON LISZT y BELING⁹⁵, se define a la responsabilidad penal como la consecuencia jurídica de la violación de la Ley, realizada por quien siendo imputable o inimputable, lleva a término actos previstos como ilícitos, lesionando o poniendo en peligro un bien material o la integridad física de las personas.

⁹⁴ CABANELLAS, Guillermo (1979), DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, Editorial Heliasta S.R. L., Buenos Aires - Argentina.

⁹⁵ <http://www.monografias.com/trabajos35/el-delito/el-delito.shtml>

Pero aun con estas definiciones, el tema de la responsabilidad penal sigue siendo obscuro, por esta razón se dice que la responsabilidad penal es, en derecho la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto por el Derecho penal al deber de afrontar las consecuencias que impone la ley. Dichas consecuencias se imponen a la persona cuando se le encuentra culpable de haber cometido un delito o haber sido cómplice de éste, la responsabilidad penal la impone el Estado y consiste en una pena que busca castigar al delincuente e intenta su reinserción para evitar que vuelva a delinquir.

Además la responsabilidad penal, se basa en el principio “*Delicta Suos Tenean auctores*”, (respondan de los delitos sus autores) este principio se fundamenta en que los considerados “autores” son todos aquellos que están implicados en el cometimiento del ilícito bajo el grado de responsabilidad , cualquiera que este sea, pudiendo haber integrado el grupo delictivo como cómplice, o encubridor.

Lo citado en párrafos anteriores es la definición de la responsabilidad penal de manera general, la cual será aplicada en todos los casos, pero a continuación se detallará el tipo de responsabilidad penal que tienen los profesionales de la medicina de acuerdo al grado de preparación y de desempeño de labores.

Pero antes de determinar la responsabilidad a la cual responde el médico, el cirujano, el cirujano plástico y el cuerpo auxiliar hay que establecer lo que representa la responsabilidad en el área médica y es por esto que citando las palabras de Royo Villanova⁹⁶, dice que, “*la*

⁹⁶ PORTERO LAZCANO, Guillermo, Responsabilidad penal del médico: Fundamentos para el establecimiento de negligencia o impericia.

responsabilidad legal está constituida por la necesidad jurídica y social de que todo médico responda ante las autoridades humanas competentes y legalmente constituidas, de los perjuicios causados por los daños cometidos con sus actos u omisiones voluntarios o involuntarios en el ejercicio de su arte, ciencia, oficio y profesión, contra las reglas legalmente establecidas. Esta responsabilidad, puede ser de tipo penal, civil, administrativo, etc.”, sin embargo, por el motivo de estudio de este trabajo el cual esta remitido únicamente a la responsabilidad civil y penal, dentro de esta última, a la que responde a la figura de la culpa. Ya que ningún médico busca el causar daño a su paciente.

La responsabilidad penal puede ser dolosa o culposa. Para la primera es necesaria una intencionalidad del autor de conseguir un determinado fin. A diferencia de la acción dolosa, donde exige conciencia, conocimiento y voluntad de obtener un resultado, conforme lo expresa el Código penal ecuatoriano en su art. 14, que versa de la siguiente manera:

“Art. 14.- *La infracción es dolosa o culposa.*

La infracción dolosa, que es aquella en que hay el designio de causar daño, es:

Intencional, cuando el acontecimiento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción o de la omisión de que la ley hace depender la existencia de la infracción, fue previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión; y,

Preterintencional, cuando de la acción u omisión se deriva un acontecimiento dañoso o peligroso más grave que aquél que quiso el agente.

La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de ley, reglamentos u órdenes.”⁹⁷

De la misma forma como se define a una acción dolosa, también se conceptualiza a la acción culposa y por el contrario de la dolosa en esta se excluye esa intencionalidad de ocasionar un daño, y se materializa a través de la impericia o la negligencia.

En resumen la responsabilidad penal no busca resarcir o compensar a la víctima del delito sino sancionar al autor del mismo, ya que si por medio de la responsabilidad penal se buscaría esto, se confundiría con la responsabilidad civil.

4.1.2.1.1.3.1. RESPONSABILIDAD DEL MEDICO

La responsabilidad de todo profesional de la medicina, comienza al realizar el juramento hipocrático que viene siendo, los parámetros éticos y morales que el médico tiene, una vez realizado este acto protocolario y al obtener la licencia profesional, el médico puede ejercer la medicina, iniciándose de esta manera la relación médico - paciente.

En vista de los compromisos adquiridos por el Juramento Hipocrático reconocido a nivel mundial y ante todas las legislaciones desde las épocas de Hipócrates, el médico responde ante el Estado donde desempeñe sus funciones, de acuerdo a la legislación específica que regule la

⁹⁷ CODIGO PENAL ECUATORIAN, Art. 14

actividad medica en cualquiera de sus especialidades es por esto que todo medico queda sometido al imperio de la Ley, ya que de no hacerlo se estaría incumpliendo al principio de no discriminación o igualdad⁹⁸ consagrado en la Constitución vigente.

Pero si se trata de delimitar las funciones o las obligaciones que el médico tiene, las cuales al no cumplirlas tendrán una sanción, dichas obligaciones se generan al configurarse la relación médico – paciente como una relación jurídica entre los sujetos determinados llamados acreedor y deudor respectivamente, por virtud de la cual esté último debe cumplir con prestación con el objeto de satisfacer un interés serio y legítimo del acreedor⁹⁹.

El profesional de la salud, en virtud del acto médico que practica en relación al paciente, intenta promover la salud, curar, y prevenir la enfermedad y rehabilitar de ser el caso, a quien sufre una alteración en su salud, para lo cual este se compromete a velar por los intereses de su paciente, poniendo su mayor conocimiento; diligencia y precaución, uniendo de esta manera esfuerzos para diagnosticar y efectuar los procedimientos necesarios, siempre en pro de encontrar el alivio de sus pacientes, a medida que esté sea posible, de la misma forma que el médico busca el alivio de los males del paciente, tanto el enfermo como sus familiares también lo hacen, y es por esto que el médico tiene la obligación de informar de los posibles males que en ocasiones se puede presentar, para así eximirse de responsabilidades posteriores en el caso de la existencia de consecuencias, estas deberán ser únicamente las que se deriven de manera inmediata por la praxis realizada.

⁹⁸ El principio de no discriminación tiene por objeto garantizar la igualdad de trato entre los individuos cualquiera que sea su nacionalidad, sexo, raza u origen étnico, su religión o sus creencias, discapacidad, edad u orientación sexual.

⁹⁹ La relación jurídica, en el campo del Derecho privado, se puede configurar, justamente, como una relación que el derecho objetivo establece entre persona y persona, al atribuir a una un poder e imponer a la otra un vinculo correlativo". BETTI, Emilio, Teoría General del Negocio Jurídico, Tercera Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983. Pg. 9.

Que exista un consentimiento informado por parte del paciente o de los familiares o de quien lo represente no quiere decir que el médico pueda disminuir, su destreza o su conocimiento al momento de atender a un paciente, ya que en todo momento el médico tendrá que cumplir con los principios que la *lex artis* *ah doc*, ha establecido, las cuales necesariamente están reguladas o aprobadas por la legislación interna de cada país.

El médico por tener una relación directa con el paciente, puede realizar procedimientos preventivos, de diagnóstico, terapéutico y de rehabilitación, entendiéndose cada uno de estos de la siguiente manera.

- **Preventivos:** Los preventivos hacen referencia a la recomendación de medidas para evitar la aparición de procesos patológicos en un futuro.
- **Diagnósticos:** El diagnóstico es la opinión del médico obtenida de la observación directa o de laboratorio del paciente.
- **Terapéuticos:** La terapéutica se refiere a las diversas formas de tratamiento para la enfermedad.
- **Rehabilitación:** es el conjunto de medidas encaminadas a completar la terapéutica para reincorporar al individuo a su entorno personal y social.

Estos son elementos de la relación directa que todo médico tiene con su paciente, y que a la hora de empezar un tratamiento serán determinantes. Cabe decir que el médico para poseer toda la información no solamente, tendrá que realizar una entrevista al paciente para conocer sus afecciones, sino también ayudarse con material documental, como son los exámenes de laboratorios, radiografías, etc. Los cuales tendrán que ser exactos para que el criterio y juicio de

valor realizado por el médico sea acertado en cuanto al paciente, produciéndose así una adecuada intervención y recuperación.

Entonces al incumplir con cualquiera de los procedimientos de los aprobados por la *lex artis* o a su vez por no ser lo suficientemente diligente, preventivo y asertivo, el paciente puede sufrir de la mala práctica médica, es por esto que es importante que todo profesional de la salud, tenga la cualidad humana de saber reconocer sus limitaciones en cuanto a conocimiento o destreza.

En fin, la responsabilidad del médico responde en cuanto a las consecuencias que se puedan producir, en cualquiera de las etapas que como profesional interviene ya sea por prevenir, diagnosticar, o en el proceso de recuperación. Debido a que el médico por el ejercicio de su profesión tiene que recetar a su paciente o seguir procedimientos que pudieran comprometer la salud o vida del mismo, en vista de esto el médico tiene responsabilidad total sobre la vida y salud del paciente cuando esta bajo su atención y cuidado.

En este sentido, se toman las palabras de una cita realizada por Andrés Ycaza Palacios en una publicación, en la página web www.derechoecuador.com, sobre la responsabilidad médica en el Ecuador, que, “la responsabilidad médica es la obligación para los médicos de sufrir las consecuencias de ciertas faltas por ellos cometidas que pueden comportar una doble acción, civil y penal”¹⁰⁰.

Manifestando de forma seguida que “debe entenderse bajo este concepto la responsabilidad que afecta al médico por sus actos u omisiones que puedan considerarse culpables, ya sea por imprudencia, descuido, ligereza o por error en la administración de

¹⁰⁰ www.derechoecuador.com/index.php?...

medicamentos o en la ejecución de operaciones o en la emisión de juicios científicos, en las actuaciones periciales o, en fin, en cualquier acto en que intervenga en calidad de facultativo".¹⁰¹

4.1.2.1.1.3.2. RESPONSABILIDAD DEL CIRUJANO

Inicialmente hay que definir al cirujano, como la persona que ejerce su actividad en el área quirúrgica como profesión e involucra un conjunto sistemático de conocimientos que deben ser aplicados diligentemente, y para ostentar esta clase de profesión dentro de la medicina, se tiene que tener además del título de médico registrado, preparación adicional en el campo de cirugía.

La cirugía es una especialidad de una gran complejidad y especialización, por lo cual se exige a los especialistas en cirugía general y respectivas subespecialidades una mayor responsabilidad y pericia. Como antecedente cabe destacar que hace aproximadamente unos veinticinco a treinta años atrás, quienes desarrollaban actividades quirúrgicas muchas veces no eran cirujanos, También era frecuente que un cirujano general realizase procedimientos de cirugía pediátrica, traumatología, neurocirugía, otorrinolaringología, urología, etc; sin embargo, con el desarrollo de las especialidades quirúrgicas universitarias la situación ha cambiado y en la actualidad los aspirantes cursan estudios universitarios en diferentes especialidades quirúrgicas, siendo importante destacar que con el auge de la subespecialidades se ha reducido cada vez más la posibilidad de la improvisación y el asumir riesgos que anteriormente quizás eran tolerados por los pacientes, debido a la falta de especialistas.

¹⁰¹ www.derechoecuador.com/index.php?...

Una vez que se conoce lo que representa el cirujano, hay que determinar que la relación médico – paciente es exactamente igual a como se la había definido en el capítulo II, con la diferencia que al tratar a un paciente en una cirugía este se vuelve aún más vulnerable, por lo tanto se requiere de mayor atención.

Una falla en la preparación de un paciente, en la técnica quirúrgica o en la realización de un procedimiento, puede significar un elevado riesgo para el paciente, siendo importante la honestidad al momento de asumir los errores y la responsabilidad de corregirlos con la finalidad de evitar daños mayores¹⁰², entendiéndose que al ser “autor confeso” de una mala práctica se considerara como atenuante al momento de responder a las acciones interpuestas o a su vez para prevenir posibles daños futuros.

Por otro lado se encuentran situaciones diversas que pueden tornarse en conflictivas y que pueden ocasionar una mala práctica, entre ellas están:

1. La apatía y la distracción del equipo quirúrgico
2. Situaciones de estrés y problemas personales
3. Uso de celulares en el quirófano
4. Utilización de prendas no aptas en quirófano (anillos, cadenas, pulseras)
5. Guardias de disponibilidad (turnos médicos)

¹⁰² Guzmán Toro F. Ética médica y responsabilidad profesional. Revista de la Sociedad Médica del SAHUM 2002; 1(2): 165 – 170.

Aunque suene ilógico, al igual que en los cuasidelitos civiles, en los cuales el padre de familia responde por los daños causados por el hijo menor, en el ámbito médico, el cirujano principal, responderá por la práctica y posibles daños que puedan provocar su cuerpo médico auxiliar, por ejemplo: si a una enfermera/o se le llegase a caer un arete en la cavidad operatoria, el cirujano principal responderá por este incidente, ya que no fue lo suficientemente precavido para revisar y controlar a sus auxiliares, en cuanto a su vestimenta.

Por situaciones como la citada en el párrafo anterior es necesario que el cirujano tome en cuenta los riesgos previsibles del procedimiento quirúrgico a realizar, que incluye:

- una completa preparación preoperatoria
- cuidados preoperatorios rigurosos
- una adecuada evaluación postoperatoria.

La evaluación preoperatoria es importante ya que en esta etapa se indaga los antecedentes previos del paciente y consiste en obtener resultados acerca de: existencia de alergias, enfermedades cardiovasculares y pulmonares; además se realizan los exámenes de laboratorio necesarios, entre los que están evaluación cardiovascular y espirometría¹⁰³ para el estudio de la función pulmonar, el realizar todos los exámenes necesarios previo a un intervención quirúrgica facilitara conocer las posibles complicaciones posteriores o eliminar las mismas.

Entre las complicaciones previsibles que pueden presentarse en cirugía están: fiebre, sangramiento en las primeras 48 horas del postoperatorio, náuseas, vómitos, infecciones, estas

¹⁰³ **Espirometría.**- Método para estudiar la capacidad respiratoria del individuo.

complicaciones han sido reportadas en la literatura científica como previsibles, siendo responsabilidad del cirujano informar al paciente y sus familiares de las posibles complicaciones que pudiesen presentarse y estar atento, asumiendo la conducta terapéutica necesaria en caso de que estas ocurrieran, ya que en caso contrario el cirujano estaría incumpliendo con uno de los deberes morales y profesionales que tiene para con el paciente, por estas razones el cirujano siempre y en todo momento debe estar atento a las quejas del paciente, aunque puedan ser mínimas.

En cuanto al consentimiento informado en un procedimiento quirúrgico se inicia desde el preoperatorio, es decir que al paciente se le manifiestan los posibles riesgos, complicaciones y consecuencias que se pueden presentar a futuro, los cuales tendrán que ser únicamente derivados del proceso quirúrgico que se lleve a cabo, al existir este consentimiento informado por parte del paciente, al médico se lo exonera de toda responsabilidad civil o penal de la que pudiese ser objeto de reclamos posteriores y en caso de hacerlo, el paciente tendrá que probar la impericia o negligencia con la cual se actuó.

Se había mencionado en las circunstancias que puede ser causantes de mala práctica médica al interior de un quirófano a la disponibilidad de turnos realizados, todo médico y por ende todo cirujano también, es regido por el Código Laboral que de acuerdo al Art. 47 se dictamina que el número de horas laborables es de 8 horas diarias, con un máximo de 10, y que en suma de la semana no excedan de 40, pero la realidad ecuatoriana es otra y a nivel mundial, y aunque en la ley de la Federación médica Ecuatoriana diga en su Art. 33, esto no es acatado, por lo tanto algunos profesionales de la salud laboran más de 12 horas diarias, no solo como médicos, sino también como académicos, llegando a un límite de cansancio extremo, el cual

sumado al poco descanso ya que en algunos caso trabajan turnos adicionales en otras instituciones ya sean públicas o privadas, el stress, los estudios especializados, problemas personales entre otros, distraen al profesional médico ocasionado que los conocimientos adquiridos no sean suficientes o mejor dicho no sean aplicados a cabalidad trayendo como consecuencia la mala práctica médica.

4.1.2.1.1.3.2.1. PRESPONSABILIDAD DEL CIRUJANO CON OTROS PROFESIONALES DE LA MEDICINA

En el campo medico dentro de un quirófano se han establecido dos tipos de responsabilidades que son:

- **Responsabilidad Vertical o Individual.-** este tipo de responsabilidad se presenta entre el cirujano principal y sus ayudantes o auxiliares, es decir que el cirujano al ser quien dirige el procedimiento es quien está a la cabeza y sobre todos los demás integrantes del equipo de trabajo y los niveles en que se encuentre cada uno será de acuerdo al grado de preparación académica que posean.

De presentarse una situación de la mala práctica médica, bajo esta jerarquización de profesionales de la medicina, el médico principal absorberá la responsabilidad y la sanción será mayor.

- **Responsabilidad Horizontal o Compartida.-** En este tipo de responsabilidad se maneja una responsabilidad solidaria profesional, ya que no existen grados jerárquicos, por lo tanto todos están al mismo nivel, esto de acuerdo al grado de preparación, el ejemplo más claro que existe es entre el cirujano principal y un cirujano invitado, el cual por su especialización en una determinada área médica dirige o realiza la función de primer auxiliar, sin olvidar su grado de cirujano y las responsabilidades a las cuales tiene que responder.

Por otro lado se tiene de acuerdo a la costumbre que se maneja en el ámbito médico, que el cirujano principal al igual que el cirujano invitado no pueden salir de la sala de operaciones, ya que si lo hacen estos serán responsables de todo lo que ocurra en el interior del quirófano, generalmente, el cirujano principal, una vez que ha concluido el proceso operatorio deja a sus pupilos (médicos residentes en preparación de cirugía) que cierran las cavidades y aunque parecería ya que todo concluyó y que es una actividad de rutina, es aquí cuando se pueden presentar arritmias cardiacas y otras complicaciones que pueden ocasionar en algunos casos la muerte, es por esto la importancia de la supervisión constante hasta la conclusión del procedimiento y el monitoreo en el postoperatorio, en caso de producirse algún tipo de consecuencia la responsabilidad y por ende la sanción será compartida con todos quienes participaron de la intervención y consten en la ficha médica del paciente.

El cirujano principal tiene la obligación de revisar las cavidades que hayan sido abiertas en el paciente, con la ayuda y presencia de la enfermera instrumentista, por lo tanto una vez que se ha contado todos los utensilios y compresas se procede a cerrar las cavidades abiertas dejando constancia en los registros médicos esta información.

4.1.2.1.1.3.2.2. RESPONSABILIDAD DEL CIRUJANO PLASTICO

Dentro de la cirugía hay una rama especial que es la cirugía plástica que más allá de ser un procedimiento ordinario, este no busca salvar una vida desde el punto de vista de falta de salud por lo tanto, se ha convertido en el negocio más lucrativo en el campo de la medicina, y es en esta rama que se ve de una manera evidente el arte de la misma, ya que los cirujanos plásticos están considerados como verdaderos artistas, en vista que sus pacientes se convierten en esculturas humanas donde se plasma el buen gusto, la sutileza y experticia del cirujano.

La cirugía plástica no siempre inició por fines estéticos, esta tenía más bien fines reconstructivos, en casos de accidentes, de tumoraciones, mal formaciones, etc. Y a pesar que nace hace aproximadamente 300 años A.C., no es hasta la primera guerra mundial que comienza a cobrar fuerza su investigación y desarrollo, iniciándose de esta manera su especialización como tal, y a partir de la segunda guerra mundial se identifica a esta área de la medicina con los patrones de obligaciones, responsabilidades, compromisos que el cirujano debe tener con sus pacientes, los cuales se han mantenido hasta los actuales momentos, sin dejar de lado que la cirugía plástica actual al igual que muchas áreas de la medicina tiene un gran avance tecnológico que ha permitido que su especialización sea más fácil y los resultados en los pacientes hayan mejorado notablemente.

Sin embargo, a pesar del rápido desarrollo que esta práctica iba teniendo, esta área de la cirugía no era tomada en serio, por lo tanto los profesionales que la practicaban no eran respetados

como tal y se los consideraba hasta cierto punto charlatanes de la cirugía, pero con la evolución de las sociedades y aquella cualidad llamada belleza como sinónimo de aceptación la idea acerca de la cirugía plástica se ha transformado, y hora es aceptada en todos los niveles sociales, económicos y culturales, dejando de lado el estereotipo que únicamente las personas relacionadas al espectáculo accedían a esta.

En vista que la cirugía en esta rama de la medicina más bien es impulsada por la vanidad y la búsqueda constante de la perfección física de acuerdo a los estereotipos impuestos por la sociedad, al incumplir con un determinado resultado, el cual fue prometido por el cirujano plástico, el paciente puede demandar hasta por fraude al profesional médico en quien deposito su confianza, por el hecho que no se obtuvieron los resultados deseados, los cuales no estuvieron previstos en el consentimiento informado, en consecuencia y en virtud del juramento hipocrático, el profesional de la medicina tiene la obligación de resarcir los daños que se generen por su negligencia, este tipo de casos no llegan hasta instancias judiciales, por diversas razones entre ellas el sentimiento de vergüenza de dar a conocer que por vanidad se sometieron a un quirófano.

Pero en este tipo de actividad por ser una obligación adquirida por parte del profesional de la medicina al practicarla a su paciente, se deben mantener todos los cuidados posibles: previos, al momento del proceso y post operatorios, para que lo prometido o indicado, sea cumplido a cabalidad, sin exponer al paciente a riesgos innecesarios y no previsibles o que no se puedan calcular las consecuencias, cabe decir que para este tipo de cirugías, también se firma un consentimiento informado¹⁰⁴ por parte del paciente, o sus representantes, en donde se detallan las posibles consecuencias o las razones por las cuales no se puede llegar a conseguir lo deseado, y

¹⁰⁴ Ley Orgánica de la Salud, Art. 7, Lit. h.

hay una razón especial, y es que toda persona reacciona de manera diferente a este tipo de cirugías, aunque se realice el mismo procedimiento.

En la cirugía plástica interviene, de una manera más evidente la pericia del profesional, ya que si este no es diestro en el arte que realiza, las consecuencias pueden ser fatídicas, cabe recalcar que si uno de los fines de la cirugía plástica es obtener belleza y este fin no es cumplido, el daño será mayor al pre existente, lo cual puede derivar en problemas psicológicos que pueden alcanzar mayor gravedad que los físicos, es por esta razón que el cirujano plástico tiene que tener la sutileza suficiente para llegar al punto medular de la motivación del paciente para recurrir a una cirugía plástica, sin embargo por falta de legislación y costumbre en su gran mayoría en el Ecuador, no se realiza este procedimiento, a diferencia de países con mayor desarrollo en el ámbito de derechos del consumidor y legislación medica, donde es de cumplimiento obligatorio la asistencia conjunta entre el psicólogo y el cirujano plástico.

Por lo tanto la responsabilidad penal que el médico cirujano tenga será en respuesta a la pericia con la cual haya actuado y si este ha sido lo suficientemente precavido en su proceder al momento de realizar una cirugía y al presentar todas las posibles opciones que el paciente pudiese tener para realizarse o no una cirugía, de la misma forma tendrá que informar los posibles riesgos y los efectos que pudiesen resultar de la operación, y no ofertar mas allá de lo que la capacidad y destreza humana, pueda entender en cuanto a resultados.

4.1.2.1.1.3.2.3. RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL DE ENFERMERIA

El profesional que se dedica a la enfermería, es aquella persona que se encarga del cuidado y la atención de los heridos y los enfermos bajo criterios clínicos emitidos por los médicos,¹⁰⁵ y si se ha de hablar acerca de los y las enfermeras, ha de decirse que es el profesional que está más en contacto con el paciente y con sus familiares, ya que está en constante monitoreo del paciente y el proceso evolutivo después de una intervención quirúrgica o en el proceso de recuperación de cualquier patología.

Pero en cuanto a la responsabilidad penal a la cual responde el equipo de enfermería en un proceso, será de acuerdo al grado de participación y en virtud de del nivel jerárquico que ostente, es decir de acuerdo a la dirección establecida de organización dentro de un quirófano, y como se había mencionado en la responsabilidad del cirujano con otros profesionales de la medicina, estos pueden ser horizontales, respondiendo a un mismo grado todos, en donde la participación viene a ser en grados iguales o verticales donde se establecen grados jerárquicos, determinando el nivel más alto al cirujano principal, disminuyendo de esta manera el grado de responsabilidad del cuerpo de enfermería, a menos que se pruebe que por la imprudencia, negligencia o impericia se haya cometido algún tipo de infracción que produzca consecuencias en el paciente. Como por ejemplo: no contar las compresas que han sido usadas en una intervención y permitir que el cirujano cierre la cavidad sin antes constatar que todas, estén completas y afuera del paciente.

¹⁰⁵ <http://definicion.de/enfermeria/>

Bajo este sentido se puede individualizar la responsabilidad que el cuerpo de enfermería tiene, por dos parámetros como son:

- La división del trabajo y a la confianza en que cada miembro del equipo cumpla con sus misiones, bajo este sentido el personal de enfermería responderá en solitario las responsabilidades que se deriven de las acciones u omisión relativas a sus quehacer propios, descritos en el artículo 7 de la Ley de Ejercicio Profesional de enfermeras las cuales son:

“Art. 7.- Son competencias y deberes de las enfermeras y enfermeros:

- a) Ejercer funciones asistenciales, administrativas, de investigación y docencia en las áreas de especialización y aquellas conexas a su campo profesional;*
- b) Participar en la formulación e implementación de las políticas de salud y enfermería;*
- c) Dirigir los departamentos y servicios de enfermería a nivel nacional, regional, provincial y local;*
- d) Dirigir las facultades y escuelas de enfermería y ejercer la docencia en las mismas, conforme a la ley y el respectivo reglamento, a fin de formar los recursos humanos necesarios;*
- e) Dar atención dentro de su competencia profesional a toda la población sin discrimen alguno;*
- f) Realizar o participar en investigaciones que propendan al desarrollo profesional o que coadyuven en la solución de problemas prioritarios de salud; y,*

g) Dar educación para la salud al paciente, la familia y la comunidad”

En este ámbito conviene destacar que la delegación indebida de funciones en enfermeros, por parte de médicos o cirujanos que deberían asumir tales funciones delegadas por serles propias, no eximen a estos de posibles responsabilidades.

- Por otro lado están las fuentes de peligro que debieran ser conocidas y neutralizadas por los médicos o cirujanos, que relativizan en el principio general de la división vertical el trabajo e inclusive de la horizontal. Se trata de supuestos en los que la falta de cualificación del inferior, los fallos de comunicación en sentido ascendente descendente u horizontal o en fin de coordinación, podrían reprocharse por imprudencia a acciones u omisiones de los superiores a los enfermeros, supuestos en los que dichos superiores no resultarían exentos de responsabilidad penal, por el hecho de ser misión del inferior el deber infringido. Se trata de responsabilidad por actos ajenos.

Con base de lo establecido en párrafos anteriores, el personal de enfermería responde de acuerdo al nexo causal que exista entre la práctica y los resultados, de acuerdo al grado de participación que tenga y el grado jerárquico que ostente al interior de un quirófano. Sin embargo, al estar fuera de este, el cuerpo de enfermería tiene que responder en virtud de faltar a los deberes establecidos en la legislación previamente mencionada.

4.1.2.1.1.3.2.4. RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD EN URGENCIA

Previo a establecer la responsabilidad tanto que todo profesional médico o relacionado con la salud posee en el área de urgencia, entendiéndose este término, no solo como un establecimiento designado de una casa asistencial, sino como una circunstancia o momento.

En el Ecuador se considera emergencia y urgencia exactamente lo mismo, sin embargo esto no es así para la Organización Mundial de la Salud, (OMS) que ha manifestado los siguientes conceptos “Urgencia es la aparición fortuita en cualquier lugar o actividad de un problema de causa diversa y gravedad variable que genera la conciencia de una necesidad inminente de atención, por parte del sujeto que lo sufre o de su familia”¹⁰⁶. Y “La Emergencia es aquella situación urgente que pone en peligro inmediato la vida del paciente o la función de algún órgano”¹⁰⁷.

Al centralizar a este circunstancia de emergencia en el entorno y realidad ecuatoriana, se garantiza la atención en este estado, desde la Constitución como se había mencionado en el capítulo primero del presente trabajo, por tanto existe la misma responsabilidad profesional, para con cada paciente que será ingresado por esta área o a su vez por un paciente que se encuentre en

¹⁰⁶ <http://www.semescyl.org>

¹⁰⁷ <http://www.semescyl.org>

estado de emergencia fuera de un centro asistencial de salud. Sin embargo, sin tratar de justificar este estado, dadas las circunstancias en las cuales se atienden una emergencia, se considerará mala práctica médica siempre que no se haya seguido el procedimiento adecuado, y en consecuencia se haya faltado a la *lex artis*, ya que no siempre se cuenta con todas las comodidades, tiempo, asistencia operaria, estados de salubridad adecuada, utensilios, etc.

En este estado a un paciente se le aplicará exactamente el mismo procedimiento formal basado en los principios deontológicos que acreditan a un profesional de la salud como tal, siendo así, tendrá que ser respetado el consentimiento informado, con la única excepción que sea una intervención vital y que el paciente no pueda o no este en capacidad de dar su consentimiento y no existiera nadie que lo haga por él, y jamás podrá ser rechazado por falta de dinero, de presentarse esta actitud por parte del centro de salud, estaría incurriendo en una falta muy grave. Sin embargo en el Ecuador, los considerados pobres de la patria no solo han sido relegados socialmente, sino que también se los ha negado el acceso a la salud a pesar de ser un servicio consagrado por la Constitución y prioritario en la vida de todo ser humano y todo por no poder respaldar su enfermedad con una tarjeta de crédito o dinero en efectivo.

4.1.2.1.1.3.2.5. RESPONSABILIDAD DEL ANESTECIOLOGO

Si bien es cierto que esta área importantísima de la medicina no siempre fue considerada como una especialidad, debido a que este trabajo lo realizaban los estudiantes o enfermeros bajo la supervisión del médico cirujano, con el avance tecnológico y científico, esta área de la medicina ha cobrado una importancia indiscutible, debido a que gracias a la anestesia se elimina

la capacidad de sentir de un ser humano, facilitando cualquier procedimiento ya sea este estético o de salud.

Pero no se puede hablar acerca de la anestesiología o de la responsabilidad que tienen los profesionales de esta rama de la medicina, sin antes definir de una manera más científica lo que ella representa, por lo tanto la anestesiología es “una especialidad médica que engloba un conjunto de conocimientos científicos y de técnica propias, en virtud de las cuales está plenamente capacitada para que sean de su competencia varios quehaceres y cometidos, tales como emplear y aplicar métodos y técnicas necesarios para hacer el paciente insensible al dolor y para protegerlo frente a la agresión psíquica o somática. Antes durante y después de las intervenciones quirúrgicas, exploraciones diagnósticas, partos eutócicos y diagnósticos, evaluaciones transportes y/u otros”¹⁰⁸.

Entonces si la anestesiología hace que una persona pierda momentáneamente sus sensibilidad de manera localizada o a su vez de manera general, el profesional que hace esta acción, está cumpliendo una acción específica al interior del quirófano, y por ende no tendrá que preocuparse más allá de las responsabilidades que se puedan derivar de su acción, pero esto no quiere decir que no responda al principio de confianza con el resto del equipo de quirófano, ya que al interior de un quirófano así se mantengan funciones específicas necesariamente se trabaja en equipo.

¹⁰⁸ GONZALES MORAN, I. Evolución de la responsabilidad civil anestesista, LA LEY 1989 – 2, p. 1.179.

Pero la responsabilidad del anestesista – reanimador, está sujeta al pre-operatorio, operatorio y post operatorio, ya que las reacciones pueden ser inmediatas o a su vez demorar en presentar síntomas que se deriven del uso de la anestesia.

4.1.6.2. SUJETO PASIVO

Es cualquier particular que sea víctima del sujeto activo, es decir, que es el sujeto que recibe el daño y por ende la acción realizada, sufriendo así las consecuencias de lo realizado, quien quedará con secuelas de la mala práctica médica cometida o a su vez quien pueda morir en reacción a lo realizado.

Pero en la mala práctica médica existen dos tipos de sujetos pasivos, quienes reciben de manera directa el daño y los familiares de los mismos quienes sufren un daño psicológico por pasar por la incómoda e inesperada situación de lidiar con un nuevo estado del paciente.

Como ejemplo de sujeto pasivo se tiene a los padres de Laura Susana Albán Cornejo, quienes a través de la muerte de su hija conocieron la penosa figura de sujetos pasivos o víctimas, no solo por el cometimiento de una mala práctica médica que terminó con la vida de su hija, sino también por la impunidad e impavidez de un sistema de justicia lento, que no ayudó más que a retrasar el proceso abierto, por medio del cual buscaban encontrar a los verdaderos culpables de la muerte de su joven hija.

Es decir que el sujeto pasivo no es únicamente, quien recibe el daño de manera directa, sino que son todas aquellas personas que rodean a la víctima inicial, de ahí la importancia de identificar de manera cierta al sujeto pasivo.

4.1.2.2. ACCION TIPICA

A su vez a la acción típica se la puede definir como el comportamiento humano que se dirige a lograr una determinada finalidad, y que por la frecuencia con la cual se efectúa, se convierte en una acción cotidiana la cual por medio de la costumbre se transforma en una realidad dentro de la sociedad.

Un ejemplo de esto es la automedicación con antigripales, es una costumbre en medio de la sociedad que al sentir síntomas de una posible gripe se adquiere de manera libre de prescripción médica los fármacos que aliviaran estas molestias, pero con el apareamiento de la gripe H1N1, y las regulaciones que se han hecho, se ha podido tener un mayor control de su distribución, comercialización y consumo de este tipo de fármacos y por ende se tiene mayor control en la atención y cuidado de las víctimas de contagio de gripe.

El cometimiento y la repetición de una acción hacen que esta se vuelva típica, y se busque la manera de plasmar esta acción en legislación para poder regularla.

Pero la acción típica no solamente es causada por acción voluntaria, sino también por omisión, pero para poder sancionarla debemos conocer la relación de causalidad entre la acción u omisión cometidas y las consecuencias que se puedan derivar de la misma, en este sentido se tendrá que regular las características que llevan a una actividad a convertirse en una acción típica.

4.1.2.2.1. RELACION DE CAUSALIDAD

Este tipo de relación se genera, no entre los sujetos que intervienen en la acción, sino entre la causa efecto que existe, en otras palabras la relación de causalidad en un delito se vuelve evidente en un delito ya consumado, porque se puede ver de manera clara la acción y el resultado, que no es otra cosa que el acto típico, pero la mejor forma de entender lo que significa la relación de causalidad es con un ejemplo, entonces, si en un quirófano se realizaron todos los procedimientos pertinentes, pero al terminar la cirugía, y el cuerpo de auxiliares médicos actuando con descuido no esteriliza bien el lugar para una siguiente intervención y por falta de esta esterilización se produce daños o lesiones a un paciente, ellos responderán por lo realizado.

Entonces, la importancia de establecer la relación de causalidad de una manera clara, es porque permite conocer qué es exactamente lo que pasó dentro de un quirófano, o cuáles son los efectos que tiene un determinado procedimiento en cuando al tratamiento establecido, a la forma y al cuidado que se ha tenido y si estos han sido seguidos de acuerdo a la *lex artis*.

4.1.2.3. BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Se ha hablado a lo largo de este trabajo mucho acerca del bien jurídico protegido por el Estado, pero aun así no se ha ampliado la definición de este bien, entonces de acuerdo a la doctrina el *“bien jurídico es el interés jurídicamente protegido, es decir es objeto de protección*

*del Derecho Penal*¹⁰⁹, y es por esto que si no existe un bien protegido entonces tampoco es ámbito de derecho penal cualquier acción u omisión que ocurra y afecte a un algo o a alguien, ya que el bien puede ser tangible o intangible como en este caso la vida y la salud.

El bien jurídico protegido y el objeto de la acción¹¹⁰ no son lo mismo porque, el bien jurídico es aquel elemento o el conjunto de elementos al cual se le brinda protección como la salud; a diferencia del objeto de la acción que es sobre la cosa que recae la acción u omisión, como por ejemplo, un órgano vital del cuerpo humano como el hígado, sin embargo se puede confundir, ya que en algunos caso, por ejemplo: en el asesinato se vulnera el bien jurídico protegido que es la vida y se atenta contra ella por ser el objeto de la acción, sin embargo en la mala práctica médica, se vulnera la vida y salud, pero el objeto de la acción es el cuerpo humano, que si bien es cierto no es un bien que el Estado proteja, esta de manera implícita en la vida del ser humano, por ser parte de ella.

En fin el bien jurídico, hace que se clasifiquen los diferentes tipos de delitos y sobre todo que se dé la importancia necesaria a una conducta típica, para que en base a esto se pueda generar legislación que ayude a mantener el orden social y se pueda penalizar a esta. Si bien es cierto, el código penal ecuatoriano no define lo que es el bien jurídico protegido, si clasifica los delitos de acuerdo al bien que puede ser vulnerado, de ahí que nacen los delitos contra la vida, contra el Estado, de Seguridad Nacional, entre otros.

¹⁰⁹ <http://dcastillovigil1com/>

¹¹⁰ **Objeto de acción.**- Es el objeto al cual se produce daño, para vulnerar el bien jurídico

4.1.2.3.1. LA VIDA COMO BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Una vez que se ha establecido que el bien jurídico protegido es uno de los elementos por el cual nace el derecho penal, hay que determinar a la vida como bien jurídico, ya que es uno de los bienes que se vulneran en la mala práctica médica.

Entonces la vida, es un bien defendido desde el inicio de los tiempos, pero no es hasta 1948, en la Declaración de los Derechos Humanos, en San José de Costa Rica, que se lo consagra, en el artículo 3, el cual dice:

“Art. 3.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”¹¹¹.

Por lo cual las legislaciones a nivel mundial adoptan este Pacto y vinculan a sus legislaciones como derecho y garantía en el sentido que el Estado tiene la obligación de salvaguardarlo y velar por su cumplimiento, en el Ecuador por ejemplo está amparada por el Artículo 66, numerales 1, 2 y 3 de la Constitución vigente, el cual señala:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

- 1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte.*
- 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.*

¹¹¹-DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Art. 3

3. *El derecho a la integridad personal, que incluye:*

a) *La integridad física, psíquica, moral y sexual.*

b) *Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual”¹¹².*

Es por esto que la vida y la libertad son bienes preciados para los seres humanos, la libertad de escoger donde y con quien atenderse, de poder acceder a una atención digna en cualquier recinto hospitalario, sin el temor de ser víctima de una mala práctica médica, pero esto solo se conseguiría de existir una regulación en los niveles de atención y calidad en el servicio médico ecuatoriano, tanto en el ámbito público como en el privado, por tal motivo, se ve la necesidad imperante de la puesta en vigencia de legislación especializada en el tema, y cumplimiento de la misma, para que respete aquellos derechos que todo paciente posee y están consagrados en la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del Paciente, de 1981, la cual fue enmendada en Indonesia, en Septiembre 1995, y que de acuerdo a sus artículos 2, 3 y 10, en los cuales dicen lo siguiente:

¹¹²CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR , Art. 68

“Art. 2.- Derecho a la libertad de elección

a.- El paciente tiene derecho a elegir o cambiar libremente su médico y hospital o institución de servicio de salud, sin considerar si forman parte del sector público o privado.

b.- El paciente tiene derecho a solicitar la opinión de otro médico en cualquier momento”.

“Art. 3.- Derecho a la autodeterminación

a.- El paciente tiene derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente en relación a su persona. El médico informará al paciente las consecuencias de su decisión.

b.- El paciente adulto mentalmente competente tiene derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia. El paciente tiene derecho a la información necesaria para tomar sus decisiones. El paciente debe entender claramente cuál es el propósito de todo examen o tratamiento y cuáles son las consecuencias de no dar su consentimiento.

c.- El paciente tiene derecho a negarse a participar en la investigación o enseñanza de la medicina”.

“Art. 10.- Derecho a la dignidad

a.- La dignidad del paciente y el derecho a su vida privada deben ser respetadas en todo momento durante la atención médica y la enseñanza de la medicina, al igual que su cultura y sus valores.

b.- El paciente tiene derecho a aliviar su sufrimiento, según los conocimientos actuales.

c.- El paciente tiene derecho a una atención terminal humana y a recibir toda la ayuda disponible para que muera lo más digna y aliviadamente posible”.

Teniendo plena concordancia cada uno de estos artículos en relación con el artículo constitucional No. 66 citado anteriormente en la cual el Estado ampara una vida digna, hasta el último día de cada ciudadano, teniendo como prioridad a la salud y aun trato digno en momentos de atención medica.

Pero este bien jurídico tiene un inicio y un fin, si bien es cierto que de acuerdo al credo o filosofía que se practique, la vida comienza para algunos en el momento que se nace, y para otros comienza en el mismo momento de la concepción y en el caso del Ecuador quien protege inclusive al ser no nacido, ya que el derecho a la vida responde al derecho natural, y aunque el ser no nacido no tenga los mismos derechos y garantías, si goza del cuidado del derecho a la vida, es por esto que su garantía radica desde el momento de la concepción hasta la muerte del individuo, y se garantizaran en el transcurso de la vida del individuo todos los derechos que se deriven de este como por ejemplo: derecho a la integridad, a un nombre, vivienda, salud, vida digna, educación, alimentación, etc.

4.1.2.3.2. LA SALUD COMO BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Como derecho derivado de la vida, esta la salud, el cual también está consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica, nombre con el cual también se conoce a la Declaración de Derechos Humanos de 1948, en el Artículo 25, numeral 1, en el cual dice:

“Art. 25.-

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”¹¹³.

De la misma manera en la legislación nacional en la Constitución del 2008, en el artículo 32 dice:

“Art. 32.- *La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.*

¹¹³DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Art. 26

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional”¹¹⁴.

Actualmente, si bien es cierto que se garantiza y se vela por la conservación de la salud, y todo lo concerniente de manera complementaria a la misma, en muy pocos sectores se puede encontrar que exista una real concordancia entre lo consagrado en la Constitución y legislación internacional con la realidad diaria, ya que al menos en el Ecuador, los niveles de acceso a educación, vivienda, servicios sociales y demás factores determinantes para una buena salud y por ende vida, son escasos en todos los grupos sociales.

A su vez este derecho se amplía o generaliza ha grupos vulnerables como es el caso de los adultos mayores de quienes se habla en el artículo 37 ibídem, donde se menciona lo siguiente:

“Art. 37.- El Estado garantizará a las personas adultas mayores los siguientes derechos:

1. La atención gratuita y especializada de salud, así como el acceso gratuito a medicinas”.

Por otro lado se encuentra la Ley Orgánica de Salud, que en el capítulo sobre los derechos y deberes de las personas y del Estado en relación con la salud, establece en el art. 7 lo siguiente:

¹¹⁴ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Art. 34

“Art. 7.- Los derechos de las personas sobre la salud:

a. Acceso universal, equitativo, permanente, oportuno y de calidad a todas las acciones y servicios de salud;

b. Acceso gratuito a los programas y acciones de salud pública, dando atención preferente en los servicios de salud públicos y privados, a los grupos vulnerables determinados en la Constitución Política de la República;

c. Vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación;

d. Respeto a su dignidad, autonomía, privacidad e intimidad; a su cultura, sus prácticas y usos culturales; así como a sus derechos sexuales y reproductivos;

e. Ser oportunamente informada sobre las alternativas de tratamiento, productos y servicios en los procesos relacionados con su salud, así como en usos, efectos, costos y calidad; a recibir consejería y asesoría de personal capacitado antes y después de los procedimientos establecidos en los protocolos médicos. Los integrantes de los pueblos indígenas, de ser el caso, serán informados en su lengua materna;

f. Tener una historia clínica única redactada en términos precisos, comprensibles y completos; así como la confidencialidad respecto de la información en ella contenida y a que se le entregue su epicrisis;

g. Recibir, por parte del profesional de la salud responsable de su atención y facultado para prescribir, una receta que contenga obligatoriamente, en primer lugar, el nombre genérico del medicamento prescrito;

h. Ejercer la autonomía de su voluntad a través del consentimiento por escrito y tomar decisiones respecto a su estado de salud y procedimientos de diagnóstico y tratamiento, salvo en los casos de urgencia, emergencia o riesgo para la vida de la personas y para la salud pública;

i. Utilizar con oportunidad y eficacia, en las instancias competentes, las acciones para tramitar quejas y reclamos administrativos o judiciales que garanticen el cumplimiento de sus derechos; así como la reparación e indemnización oportuna por los daños y perjuicios causados, en aquellos casos que lo ameriten;

j. Ser atendida inmediatamente con servicios profesionales de emergencia, suministro de medicamentos e insumos necesarios en los casos de riesgo inminente para la vida, en cualquier establecimiento de salud público o privado, sin requerir compromiso económico ni trámite administrativo previos;

k. Participar de manera individual o colectiva en las actividades de salud y vigilar el cumplimiento de las acciones en salud y la calidad de los servicios, mediante la conformación de veedurías ciudadanas u otros mecanismos de participación social; y, ser informado sobre las medidas de prevención y mitigación de las amenazas y situaciones de vulnerabilidad que pongan en riesgo su vida; y,

l. No ser objeto de pruebas, ensayos clínicos, de laboratorio o investigaciones, sin su conocimiento y consentimiento previo por escrito; ni ser sometida a pruebas o exámenes diagnósticos, excepto cuando la ley expresamente lo determine o en caso de emergencia o urgencia en que peligre su vida”.

De acuerdo a los artículos citados, el bien jurídico protegido de la salud es importante, porque al tener este derecho garantizado y en pleno uso, los niveles de rendimiento social y económico subirían; claro que el derecho de la salud al igual que el de la vida, van acompañados de muchos otros como educación, alimentación, salubridad, etc.

El acceso a la atención médica, es pieza importante en la salud, ya que el control médico señalara los niveles de salud de una población, además como una de las garantías que el Estado tiene en relación a sus gobernados es la accesibilidad gratuita y confiable a la atención médica y con mayor razón si esta es indispensable y tiene que ser suplida de manera urgente, como en las salas de emergencia.

Pero si bien es cierto que la Constitución es propia de cada país, no se puede dejar de lado que está basada en legislación internacional, y que todos aquellos tratados o convenios que versan

sobre Derechos Humanos serán adoptados y de estricto cumplimiento en el interior de cada Estado, es por esto que en concordancia con la libertad de elección y un trato adecuado al paciente así como en el acceso a una atención de calidad en el ámbito de la salud, estas garantías no son nada nuevas en el país, y a su vez están presentes desde la declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del Paciente, de 1981, en la cual se promulga entre los varios derechos que un paciente pueda tener los siguientes:

“Art. 1.- Derecho a la atención médica de buena calidad

a.- Toda persona tiene derecho, sin discriminación, a una atención médica apropiada.

b.- Todo paciente tiene derecho a ser atendido por un médico que él sepa que tiene libertad para dar una opinión clínica y ética, sin ninguna interferencia exterior.

c.- El paciente siempre debe ser tratado respetando sus mejores intereses. El tratamiento aplicado debe ser conforme a los principios médicos generalmente aprobados.

d.- La seguridad de la calidad siempre debe ser parte de la atención médica y los médicos, en especial, deben aceptar la responsabilidad de ser los guardianes de la calidad de los servicios médicos.

e.- En circunstancias cuando se debe elegir entre pacientes potenciales para un tratamiento particular, el que es limitado, todos esos pacientes tienen derecho a una selección justa para ese tratamiento. Dicha elección debe estar basada en criterios médicos y debe hacerse sin discriminación.

f.- El paciente tiene derecho a una atención médica continua. El médico tiene la obligación de cooperar en la coordinación de la atención médicamente indicada, con otro personal de salud que trata al paciente. El médico puede no discontinuar el tratamiento de un paciente mientras se necesite más tratamiento indicado médicamente, sin proporcionar al paciente ayuda razonable y oportunidad suficiente para hacer los arreglos alternativos para la atención”.

“Art. 2.- Derecho a la libertad de elección

a.- El paciente tiene derecho a elegir o cambiar libremente su médico y hospital o institución de servicio de salud, sin considerar si forman parte del sector público o privado.

b.- El paciente tiene derecho a solicitar la opinión de otro médico en cualquier momento”.

Estos artículos no son más que la base de la legislación interna del Ecuador como muestra del cumplimiento e integración de la legislación internacional.

De la misma forma como se citó a la Declaración de Derechos del Paciente, en el Ecuador existe una ley especial que es la Ley del Anciano, que por ser un grupo vulnerable se le garantiza al adulto mayor el derecho a un nivel de vida que asegure su salud y asistencia médica tal como lo mencionan los artículos 2 y 7 de la mencionada ley, los cuales se transcribirán a continuación:

“Art. 2.- El objetivo fundamental de esta Ley es garantizar el derecho a un nivel de vida que asegure la salud corporal y psicológica, la alimentación, el vestido, la vivienda, la

asistencia médica, la atención geriátrica y gerontológica integral y los servicios sociales necesarios para una existencia útil y decorosa”.

Si bien cierto el Estado ha cumplido con su papel de regular y legislar ante este grupo vulnerable de la sociedad, por medio de la creación de la Ley del Anciano la cual no siempre se la cumple, quedando en letra muerta, de pronto por el desconocimiento de la misma, por parte de la sociedad en general o simplemente por el conformismo social actual, sin embargo se protege a este sector, velando por el bien jurídico protegido de la salud, el mismo que en edades avanzadas es aun más frágil.

En fin, si de hablar de bienes jurídicos protegidos se trata, con la vida como punto de partida de todos los derechos que un ser humano posee, los cuales están interrelacionados entre ellos y no se los puede concebir de manera separada, se tendrá necesariamente que regular.

Sin embargo, la regulación no es suficiente, ya que al momento de poner en práctica estos derechos, son vulnerados e irrespetados por la falta de seguimiento en cuanto a su protección y al irrespeto de los preceptos constitucionales, no solo a nivel de Estado como gobernante, sino también como población, ya que todos en la sociedad son partícipes, jueces y parte del correcto desenvolvimiento y cumplimiento de la ley.

4.1.1.3. CLASIFICACION DE DELITOS POR EL BIEN JURIDICO

VULNERADO

De acuerdo a la acción¹¹⁵ que recae sobre el bien jurídico los delitos pueden ser:

- **DELITOS DE LESIÓN.**- Destruyen o menoscaban un bien jurídico protegido.
- **DELITOS DE PELIGRO:** La conducta del sujeto pone en peligro el bien jurídico protegido. Y pueden ser:
 - **PELIGRO CONCRETO.**- Debe darse realmente la posibilidad de la lesión.
 - **PELIGRO ABSTRACTO.**- Basta que se realice la conducta descrita por el tipo penal.

En función al número de bienes jurídicos¹¹⁶ protegidos por el tipo los delitos pueden ser:

- **DELITOS SIMPLES.**- Sólo vulneran un bien jurídico.
- **DELITOS COMPLEJOS.**- Vulneran varios bienes jurídicos.

En base a esta clasificación, la mala práctica médica se adapta a cada uno de estos tipos de delitos, ya que en un mismo paciente puede vulnerar dos bienes jurídicos como la salud y vida, así como presentar riesgos que pudiesen desembocar en delitos de lesión o peligro en dependencia de los resultados, etc.

¹¹⁵ <http://www.monografias.com/trabajos35/el-delito/el-delito.shtml#clasif>

¹¹⁶ http://www.enj.org/portal/biblioteca/penal/teoria_delito/08.p, Ermo Quisbert*, Jorge Machicado**, Margot Mariaca Clasificación del delito,

4.1.4.1. CONSENTIMIENTO INFORMADO

El consentimiento informado es una obligación por parte del médico que tiene para con el paciente, y a diferencia de muchas opiniones no es una simple formalidad, sino un derecho garantizado en la Constitución en el artículo 362 el cual versa de la siguiente forma:

*“Art. 362.- La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el **consentimiento informado**, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes.*

Los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios”.

De la misma forma el Código Deontológico del Médico, en su artículo 11, numeral 1, se obliga al médico a informar de todo al paciente, y en sentido literal este artículo se transcribe de la siguiente forma:

*“Art. 11. Núm.1.- Los Pacientes tienen derecho a recibir información sobre el diagnóstico, pronóstico y posibilidades terapéuticas de su enfermedad y el médico deber esforzarse en facilitársela con las palabras más adecuadas”.*¹¹⁷

Dentro de la legislación nacional vinculante para todo profesional de la medicina se regula el consentimiento informado por medio de la Ley Orgánica de la Salud, en los artículos 7 lit. e; y el Código de Ética Médica Ecuatoriano en sus artículos 15 y 16, respectivamente que dicen:

“Art. 7.- Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos:

e) Ser oportunamente informada sobre las alternativas de tratamiento, productos y servicios en los procesos relacionados con su salud, así como en usos, efectos, costos y calidad; a recibir consejería y asesoría de personal capacitado antes y después de los procedimientos establecidos en los protocolos médicos. Los integrantes de los pueblos indígenas, de ser el caso, serán informados en su lengua materna;”

Dejando de esta manera en claro los procedimientos a realizarse y la libertad del paciente a elegir sobre su salud y vida, sin hacer diferencia por pertenecer a otra etnia o lengua.

“Art. 15.- El Médico no hará ninguna intervención quirúrgica sin previa autorización del enfermo, y si éste no pudiera darla recurrirá a su representante o a un miembro de la

¹¹⁷ http://www.negligenciasmedicas.com/Index/codigo_etica_y_deontologia_medica

familia, salvo que éste de por medio la vida del paciente a corto plazo. En todos los casos de autorización incluirá el tipo de intervención, los riesgos y las posibles complicaciones”¹¹⁸.

“Art. 16.- Igualmente, los casos que sean sometidos a procedimientos de diagnóstico o de terapéutica que signifiquen riesgo, a juicio del médico tratante, deben tener la autorización del paciente, de su representante o de sus familiares. También lo hará en caso de usar técnicas o drogas nuevas a falta de otros recursos debidamente probados como medios terapéuticos y salvaguardando la vida e integridad del paciente”¹¹⁹.

Una vez que se ha informado al paciente de su estado, de los riesgos, y posibles complicaciones, el médico tendrá que obtener el consentimiento por parte del paciente, sobre todo cuando el riesgo del tratamiento o de la enfermedad es agudo ya que como se había mencionado anteriormente el paciente tiene por derecho el poder elegir al galeno de su confianza y con quien se sienta seguro, esta obligación esta dentro de los deberes que tiene el médico especificados en Código Deontológico en el Artículo 11, numeral 2:

“Art. 11.2.- Cuando las medidas propuestas supongan un riesgo importante para el paciente el médico proporcionará información suficiente y ponderada, a fin de obtener el consentimiento imprescindible para practicarlas”¹²⁰.

El consentimiento informado es un documento escrito, el cual tiene por objetivo el dar una aceptación en respuesta a estar conforme con el procedimiento que va a ser practicado, este

¹¹⁸ CODIGO DE ETICA MEDICA Art. 15

¹¹⁹ CODIGO DE ETICA MEDICA, Art. 16

¹²⁰ http://www.negligenciasmedicas.com/Index/codigo_etica_y_deontologia_medica

consentimiento puede ser dado tanto por la persona quien va ser intervenida (paciente) o por su familia si fuese necesario, pero previo a este asentimiento, el doctor deberá informar de manera detallada y sociabilizar la forma como se realizan los procesos quirúrgicos, o simplemente la asistencia médica, para que así se puedan ir despejando dudas que son propias de la ignorancia de los pacientes en temas tan complejos como la medicina.

Por otro lado se debe tener en cuenta que el paciente no siempre es mayor de edad o está en pleno uso de sus funciones psicológicas o físicas, por lo tanto tendrá que estar representado por otra persona, quien será la persona encargada de dar el consentimiento de practicar un procedimiento sobre el paciente, pero para que esto ocurra el médico tendrá que incluir a la familia o al menos a la persona más íntima o allegada al paciente en la explicación del estado del mismo y todo lo relacionado con la patología y tratamientos, y en concordancia con este planteamiento y obligación por parte del medico el código Deontológico en el Artículo 11, numeral 4, dice:

“Art. 11.4. En principio, el médico comunicará al paciente el diagnóstico de su enfermedad y le informará con delicadeza, circunspección y sentido de la responsabilidad, del pronóstico más probable. Lo hará también al familiar o allegado más íntimo o otra persona que el paciente haya designado para tal fin.

Pero para que el consentimiento informado sea del todo valedero se tendrá que cumplir con algunos parámetros recomendados por la Organización Mundial de la Salud (OMS), los

cuales constan en el principio 11¹²¹ del Manual de Recursos de la OMS sobre salud mental, derechos humanos y legislación. Estas recomendaciones se detallaran a continuación:

- **Forma**

Para la elaboración de formularios escritos de consentimiento informado, se siguen las siguientes consideraciones:

1. Hacer un borrador del documento.
2. Organizar el contenido por epígrafes para facilitar su lectura.
3. Escribir, en lo posible, frases cortas.
4. Utilizar palabras sencillas, evitando tecnicismos.
5. Realizar una maquetación atractiva, diferentes tipos de letras, negrita.
6. Brevedad, no exceder más de un folio por las dos caras, ya que al ser más extenso cansa al paciente y puede abandonar su lectura.
7. Tamaño de letra legible.
8. Valorar la legibilidad del texto.
9. Consentimientos Informados consensuados entre el médico y el paciente.
10. Valoración por el Comité de Ética del Hospital

En vista de todo lo mencionado acerca del consentimiento informado, se entiende que el objetivo que se busca alcanzar a través de éste, es que el paciente pueda tener la elección de elegir en todo momento, y que tenga la confianza en el profesional quien lo va intervenir, que sepa de manera detallada los procedimientos a practicarse, las causas, consecuencias, posibles

¹²¹ Manual de Recursos de la OMS sobre salud mental, derechos humanos y legislación, Organización Mundial de la Salud, 2006

complicaciones que pueden presentarse a futuro al realizar la práctica y de igual forma si es que no se practicaría el procedimiento, es decir que en base a los conocimientos adquiridos se puede tomar la decisión de otorgar o no el consentimiento informado.

- **Contenido**

Para la elaboración de documento de Consentimiento Informado en relación al contenido se tendrá en cuenta lo siguiente:

1. Explicación de la patología de forma básica.
2. Descripción sucinta y con lenguaje claro del procedimiento quirúrgico. Propósito de la cirugía.
3. Alternativas al tratamiento, incluyendo las no quirúrgicas.
4. Descripción de los posibles riesgos y complicaciones, dejando constancia de la no existencia de garantías absolutas en cuanto al resultado quirúrgico.
5. Posibilidad de retratamiento, sin que ello sea considerado complicación
6. Descripción de riesgos derivados de la anestesia.
7. Comentarios de necesidad de medicación tópica o sistémica después de la cirugía.
8. Autorización a cambiar el procedimiento según el criterio del médico en situaciones imprevistas.
9. Solicitar el consentimiento para realizar fotografías y/o filmaciones de vídeo.
10. Fecha, firma del médico y paciente.

Pero lo escrito anteriormente es aplicado en casos donde un procedimiento es programado con anticipación, y el paciente es mayor de edad o está debidamente representado,

además se puede prevenir el grado de riesgo, y las consecuencias que se puedan presentar, pero que hacer entonces cuando el debatirse entre la vida y la muerte, el ser menor de edad o las circunstancias que se presentan no dan tiempo para solicitar el consentimiento informado y poder entregarlo?, bajo estos casos el código Deontológico nos menciona en su artículo 11, numera 3, en el cual dice:

“Art. 11.3.- Si el enfermo no estuviere en condiciones de prestar su consentimiento a la actuación médica, por ser menos de edad, estar incapacitado o por la urgencia de la situación, y resultare imposible obtener el consentimiento de su familia o representante legal, el médico podrá y deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional”¹²².

Entonces bajo estos preceptos, el médico debe tener un criterio objetivo y humano en cuanto a practicar la medicina, ya que si no existe esto, los pacientes se verían abandonados a su destino, así tengan acceso a la asistencia de salud. Este consentimiento será entregado por escrito, el mismo que será firmado y estará adjunto a la historia clínica del paciente, cumpliendo con estos requisitos este consentimiento informado tendrá plena validez, hay que decir que este consentimiento inicia desde el primer momento en que se general la relación medico paciente por lo cual la entrevista entre estos dos sujetos es sumamente importante.

¹²² http://www.negligenciasmedicas.com/Index/codigo_etica_y_deontologia_medica

CAPITULO V

5. DERECHO PENAL

5.1. ÁMBITOS DE RESPONSABILIDAD

El derecho penal, tiene como elemento constitutivo una acción típica u omisión, ya que si no existe esta, no se puede sancionar, pero si bien es cierto la mala práctica médica es cometida ya sea por acción u omisión casi todos los días en algún lugar del Ecuador; además es reconocida como una conducta típica por la sociedad mas no es, reconocida por la legislación ecuatoriana, es por esto que no se ha dado un marco legal a esta actividad ilícita.

Sin embargo para establecer ámbitos de responsabilidad nuevos o específicos, se debe revisar los ya establecidos por el Código Penal y así determinar la razón, por la cual no se ajustan a estos tipos ilícitos ya señalados sean o no de gravedad, pero que si causan alteraciones a nivel social.

En varias ocasiones, en el Ecuador se han intentado interponer denuncias y demandas por mala práctica médica sin llegar a ningún resultado, ya que no se tiene una figura legal clara que represente a esta actividad, y la confusión e ignorancia ha hecho que la impunidad reine en estos casos, esto no quiere decir que nunca se lo haya sentenciado, ya que gracias a estrategias muy bien planteadas y mucha paciencia y dinero en casos muy puntuales como es el caso Albán Cornejo, si se obtuvieron resultados, por ejemplo en este caso el Estado ecuatoriano termino pagando una indemnización de \$20.000.00 dólares americanos, en compensación por el daño causado a los padres de la Srta. Albán Cornejo que murió en un hospital de la ciudad de Quito.

Entre las varias figuras por la cual la mala práctica médica ha tratado de ser juzgada ha sido como Homicidio, Lesiones y Daño, pero al no presentarse estas figuras de manera apropiada se ha generado que se elimine o disminuya responsabilidad a los profesionales de la medicina que la practican y se reste importancia a lo ocasionado a la víctima.

5.1.1. HOMICIDIO y ASESINATO

En la doctrina Francisco Carrara señala que el Homicidio es la destrucción del hombre, injustamente cometida por otro hombre¹²³. Pero de acuerdo a la definición de homicidio obtenida del Código penal ecuatoriano, este tipo penal es considerado de acuerdo al artículo 449, el cual versa de la siguiente manera:

“Art. 449.- El homicidio cometido con intención de dar la muerte, pero sin ninguna de las circunstancias detalladas en el artículo siguiente es homicidio simple y será reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años”.

El artículo siguiente a este trata directamente acerca del asesinato,

“Art. 450.- Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticuatro años, el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes:

1. *Con alevosía;*
2. *Por precio o promesa remuneratoria;*
3. *Por medio de inundación, veneno, incendio o descarrilamiento;*

¹²³ <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/04/homicidio.html>

4. *Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido;*
5. *Cuando se ha imposibilitado a la victima para defenderse.*
6. *Por un medio cualquiera capaz de causar grandes estragos;*
7. *Buscando de propósito la noche o el despoblado para cometer el homicidio;*
8. *Con el fin de que no se descubra, o no se detenga al delincuente, excepto cuando el homicida sea ascendiente o descendiente, cónyuge o hermano del delincuente al que se haya pretendido favorecer, y*
9. *Como medio de preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados o impunidad; o por no haber obtenido los resultados que se propuso al intentar el otro hecho punible.*

En el caso de la mala práctica médica no existe asesinato ya que el homicidio no tiene ninguna de las características constitutivas que se describen en el artículo previamente citado.

Pero aun así, se vulnera el bien jurídico protegido que es la vida y la salud, entonces no podemos hablar de un homicidio común y corriente sino de un homicidio culposo ya que no existe la intención positiva de causar daño, o también conocida como dolo, es por esto que de acuerdo al Artículo 459 del Código Penal,

“Art. 459.- Es reo de homicidio inintencional el que ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra otro”.

A pesar de que este artículo de la legislación penal ecuatoriana pudiese resultar muy específico, tiene una falencia y es que no detalla que la falta de previsión o cuidado, lo cual

desemboca en un acto culposo sea producido dentro de la práctica profesional o a su vez consecuencia de la misma, bajo este sentido, el profesional de la salud puede salvar su actuación.

Entonces el homicidio culposo en relación a la mala práctica médica se lo puede definir como el hecho de dar muerte a una persona o dejar lesionado o incapacitado (paciente) por la actuación del profesional de la salud (medico) producida por torpeza, imprudencia, falta de atención, negligencia o inobservancia de los reglamentos, siempre que se encuentre en ejercicio de sus funciones de médico.

5.1.2. LESIONES Y DAÑOS

Desde un punto de vista universal y de acuerdo al catedrático Jacobo Trébol las lesiones representan *“todo daño o detrimento somático o psíquico causado violentamente, consecutivo a la acción de causas externas (mecánicas, físicas, químicas como la administración de sustancias tóxicas o nocivas, biológicas o psicológicas) o internas (esfuerzo)”*.¹²⁴

Así, en medicina legal el concepto de lesión tiene un sentido mucho más amplio, por lo tanto se pueden clasificar las lesiones de una manera más detallada, de acuerdo a las consecuencias que pueda tener, denominando a esta clasificación como médico – legal, entre estas están:

1. Lesiones Mortales: homicidio (asesinato: con voluntad o ensañamiento).

¹²⁴ TREBOL, JACOBO, LESIONES : CONCEPTO JURÍDICO, apuntes de medicina legal 5, 2005

2. Lesiones no mortales o lesiones propiamente dichas: llegan a la curación o estabilización con restituo ad integrum anatómica y/o funcional o dejando secuelas:

- Alteración estructural orgánica (amputación)
- Alteración de la salud (transitoria o permanente)
- Disminución de la capacidad funcional para realizar una actividad (transitoria o permanente)

De la misma forma que la doctrina a clasificado a las lesiones, el Código Penal ecuatoriano ha determinado un capítulo dentro de su texto, por la importancia que poseen y en vista que por medio de ellas, se puede vulnerar un bien jurídico, por esto; aplicando las lesiones a la mala práctica médica y según el artículo 472, que dice:

“Art. 472.- Es reo de heridas o lesiones inintencionales el que las ha causado por falta de previsión o de precaución, y será reprimido con prisión de ocho días a tres meses y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norte América, si el acto no estuviere más severamente castigado como delito especial”¹²⁵.

De acuerdo al artículo citado, las lesiones que un profesional de la medicina pueda causar, tienen que ser sancionadas, pero al igual que en el homicidio inintencional, el médico o profesional de la salud, puede salvar su actuación, debido a que no indica que la previsión o precaución deba ser tomada de manera específica en el actuar profesional. De ahí que nace la importancia de regular a las lesiones que provienen de la mala práctica médica, ya que como se

¹²⁵CODIGO PENAL, Art_774. De las Lesiones, Artículo reformado por Art. 136 de Ley No. 75, publicada en Registro Oficial 635 de 7 de Agosto del 2002

mencionó en la clasificación de lesiones de acuerdo a la doctrina, estas pueden ser temporales o permanentes y mediante el principio de restitutio ad integrum¹²⁶, puede resarcirse el daño causado, cabe decir que uno de los principios del juramento deontológico como ya se había citado antes, es el reparar los males causados al paciente.

En la actualidad, se ha empezado a dar mayor importancia en el ámbito de las lesiones, a la parte psicológica del ser humano, es por esta razón que también se debe introducir en la legislación, un correctivo a este tipo de lesiones, entendiéndose que pueden ser causadas a consecuencia de una mala práctica, que tenga lesiones físicas permanentes o transitorias, las cuales a pesar de ser reparadas, por el impacto inicial perjudicaron al normal desenvolvimiento del individuo o sujeto pasivo.

En fin, las lesiones son consecuencia de la conjunción de varias circunstancias o debilidades del profesional médico que sin importar el momento en que estas se evidencien, es decir que las lesiones tanto físicas como psicológicas pueden presentarse de manera inmediata o después de un tiempo de la práctica médica inicial, tienen que ser sancionadas.

5.2. ATENUANTES DE RESPONSABILIDAD

Los eximentes de responsabilidad son considerados como aquellas acciones que disminuyen la pena del delito y que por su naturaleza han permitido que la acción inicial no tenga

¹²⁶ Este principio, responde al reintegrar o reparar un daño causado, en cualquier área, a modo de compensación.

consecuencias peores que las obtenidas, definiéndoles así, sin perjuicio de deslegitimizar al delito cometido.

Pero al hablar de eximentes de responsabilidad, necesariamente se tendrá que referir a ellas de acuerdo al Código Penal, en su artículo 29, literales 2, 5, 6, y 7, los cuales se ajustan a la mala práctica médica, y dicen lo siguiente:

“Art. 29.- Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes:

2o.- Ser el culpable mayor de sesenta años de edad;

5o.- Presentarse voluntariamente a la justicia, pudiendo haber eludido su acción con la fuga o el ocultamiento;

6o.- Ejemplar conducta observada por el culpado con posterioridad a la infracción;

7o.- Conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso;”

En si, en la mala práctica médica, no se actúa con dolo por ende no es un delincuente y mucho menos un delincuente peligroso, pero sí se vulneró la vida del paciente, o la salud del mismo tendrá necesariamente que responder por su actuación, y tendrá la oportunidad de apelar a los atenuantes anteriormente expuestos, ya que no hay mayor especificidad en los mismos, para casos de mala práctica médica, por lo cual podrá acogerse a ellos el galeno que haya cometido una práctica indebida.

5.3. SANCIONES

El tratar de determinar sanciones en la mala práctica médica en realidad es aun más complicado que fijar el grado de responsabilidad con el cual se interviene en este ilícito, debido a la ausencia de tipicidad de la mala práctica médica.

Bajo esta premisa, las sanciones que se apliquen a la mala práctica médica tendrán que ser necesariamente en relación al ámbito en el que se juzgue, como ya se había mencionado antes, la mala práctica médica puede ser resuelta en el área administrativa, penal y civil.

Pero cuando se juzga en el ámbito penal, lo más lógico sería que se pague una multa que beneficie al servicio de salud del Ecuador, por medio del Estado, como ente regulador y de protección a este derecho y garantía para los ciudadanos, como adicional en este caso, en lugar de pagar su deuda con la sociedad desde una cárcel o centro de rehabilitación, el médico que realizó este tipo de mala práctica debería tener sanciones con las cuales se aporte a su mejoramiento profesional y sobre todo que no se contamine ni se degrade el motivo por el cual se lo privaría de

su libertad. Aun así el hecho que una mala práctica médica sea juzgada por vía civil no quiere decir que queda saldado el error que se cometió, siendo así se pueden pedir indemnizaciones por vía civil, ya que esta acción es un delito civil también.

5.4. DERECHO CIVIL

En el derecho civil, la mala práctica médica se ve desde otro punto de vista, no solo en cuanto a la sanción que se debe implementar, sino desde el punto de vista meramente contractual en vista de las obligaciones adquiridas e incumplidas al momento de ocurrir la mala práctica médica, es por esto que dentro del derecho civil se resuelve el resarcimiento de daños, que fueron causados en consecuencia de un procedimiento o tratamiento inapropiado, teniendo estos tres elementos como bases para su juzgamiento.

5.4.1. CONTRATO

El inicio formal si así se lo quiere ver de la relación médico - paciente, es con la firma del contrato en el cual el profesional de la salud acuerda dar un servicio, validando su actuación en todos los principios del juramento deontológico, además de principios éticos y morales, siempre buscando el bien para su paciente, quien a su vez se comprometerá a cumplir con todas las disposiciones medicas, indicaciones en cuanto a medicamentos, exámenes, etc.

El contrato en la práctica médica es el consentimiento informado, ya que previo a su firma, tiene el médico la obligación de informar de absolutamente todo el procedimiento, las consecuencias, los beneficios y las posibles complicaciones que se pueden derivar de cada tratamiento, en este contrato se indicarán los detalles de la intervención médica, los medicamentos a proporcionar, las dosis, etc., y a medida que vaya evolucionando y avanzando el procedimiento se irá completando, hasta el momento en que el paciente este completamente sano o se estabilice y se lo dé de alta, este consentimiento informado, formará parte de la historia clínica que cada paciente posee, para mantener un registro de la mejoría y conocer todo acerca de cada proceso medico realizado, tal como se había explicado a lo largo de este trabajo de investigación.

Sin embargo el código civil ecuatoriano no hace ninguna referencia a la forma de los contratos en el campo medico y es obligación de los Asambleístas, al revisar las legislaciones de otros países como Argentina, España; en vista que la legislación ecuatoriana es una clara y evidente copia de legislaciones de países hermanos como Chile, Argentina Colombia, solo que en este caso sería prudente que se adapte a la realidad social vigente, actualizando de esta forma la legislación medica ecuatoriana, la cual debe quedar claramente establecida a fin de que los pacientes sientan la seguridad en la atención medica y que también los médicos trabajen en un ambiente de confianza, dando cumplimiento a todas las garantías, derechos y obligaciones que tienen tanto para el paciente como para el profesional de la medicina, evitando de esta manera la práctica de la medicina defensiva como sucede en otros países, un claro ejemplo es Estados Unidos, donde el excesivo número de demandas a los profesionales médicos, por supuestas malas prácticas ha llevado al retiro de prestigiosos profesionales y no por haber recibido sanciones sino, por precautelar la salud propia del galeno.

Y aunque no estén regulados los contratos como se había mencionado en el párrafo anterior, no se puede faltar a las formalidades propias del mismo para su validez en cuanto a los contratos médicos existentes en la actualidad, por lo tanto en el Ecuador, el contrato medico es igual a cualquier otro, por esta razón se iniciará con el análisis de los elementos del contrato desde las partes que intervienen en el mismo, por un lado está el o la profesional de la salud o medico quien acepta la obligación de prestar un servicio de salud en pro de aliviar un malestar, y por otra parte está el paciente quien es la persona que adolece de una anomalía a su estado normal y que por ende le impide tener un desenvolvimiento normal.

A continuación se define el objeto del contrato, ya que como se había mencionado, existe el campo estético y el terapéutico en cuanto a proporcionar un tratamiento médico y en esta parte del contrato es donde se adquieren las obligaciones ya sean de resultado o de medio de acuerdo sea el tratamiento a seguirse, y en base a estas el médico tendrá que responder, así como se explico en la teoría de las obligaciones en el segundo capítulo del presente trabajo.

Aún así se hará una breve síntesis de lo que estos dos tipos de obligaciones representan: el médico fuese cual fuese su especialidad, este tendrá que responder a las obligaciones de medio, en cuanto al procedimiento empleado, medicamentos, dosis, terapias, es decir todo aquello que le lleve a la cura del paciente, sabiendo que no tiene la obligación de llegar a este fin, sin embargo a diferencia de este, cuando una intervención médica es con fines estéticos, como se había mencionado antes, en la cirugía plástica se puede visualizar un posible resultado, pero este no es necesariamente el resultado que se va a tener, debido a que cada organismo reacciona de manera diferente, y al hablar de “esculpir” el cuerpo humano, el resultado es incierto, aunque con un margen bastante amplio y certero, por lo tanto los cirujanos plásticos responden a obligaciones de

resultados, bajo esta premisa y uniendo a la responsabilidad penal que el cirujano plástico responde a los efectos en cada paciente.

Por otro lado, la no existencia de un contrato físico no exime del cumplimiento de las obligaciones contraídas a ninguna de las partes ya que se aplica la definición de contrato desde el punto de vista de convención que es perfectamente aceptado por la doctrina y el Código Civil en el Art. 1454¹²⁷, es decir como un acuerdo de voluntades que se realiza por medio del consentimiento informado, otorgado por el paciente al médico.

5.4.2. RESPONSABILIDAD CIVIL

Etimológicamente la palabra responsabilidad se remonta al termino latino "responderé" que es una forma latina del término responder, por eso se dice que la responsabilidad es la habilidad de "responder" El Diccionario de la Lengua Española lo define como una deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal, pero sí de dar una definición que se ajuste a la realidad doctrinaria jurídica se trata, Díez – Picazo define la responsabilidad como “la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido”¹²⁸.

La responsabilidad civil se genera cuando se ha incumplido una de las obligaciones pactadas y por ende contraídas, ya sea en un contrato o en una convención, sin embargo por el tema de investigación y estudio del presente trabajo, dicha responsabilidad responderá a la

¹²⁷ **Art. 1454.-** Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.

¹²⁸ www.lacavernadeplaton.com/.../responsabilidad00.htm

obligación de carácter civil de reparar el daño pecuniario causado directamente, ya sea por hechos propios del obligado a la reparación o por hechos ajenos de personas que dependen de él, responsabilidad que se conoce como responsabilidad por hechos ajenos, o por el funcionamiento de cosas cuya vigilancia está encomendada al deudor de la reparación¹²⁹.

El Profesor Martínez Alfaro¹³⁰ agrega que en cuanto a los hechos causantes del daño la regla general es que solo hay la responsabilidad por hechos propios y excepcionalmente por hechos ajenos ya que estos tienen en común una dependencia entre el responsable y el que causa el daño y que esa dependencia puede derivarse por la incapacidad determinada por un menor de edad, por falta de salud mental y por último de una subordinación laboral, como vendría ser en el caso de la práctica médica.

Queriendo decir con esto que la responsabilidad civil, responde tanto a las fallas cometidas como a las consecuencias que se generen a partir de ellas, pero el pago de este tipo de reparación, el cual es únicamente pecuniario, no exime que se generen otro tipo de sanciones y “reparaciones” como puede ser la cárcel en caso que la sanción sea de carácter penal o suspensión de licencia profesional en caso de sanción administrativa, la cual no es motivo de la investigación del presente trabajo. Entendiéndose que este tipo de sanciones se producen a partir de la concepción de que la mala práctica médica sea un cuasidelito y en concordancia con el Código Civil en el Art. 2214, que claramente especifica que la indemnización será una de las sanciones y que esta no dejara por fuera a cualquier otro tipo de sanción.

¹²⁹ <http://html.monografias.com/obligaciones-y-responsabilidad-contractual.html>

¹³⁰ “TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES”, Martínez Alfaro, Joaquín; Editorial Porrúa, Novena Edición, 417 hojas.

“Art. 2214.-El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”¹³¹

Aun así, la responsabilidad civil puede ser generada de manera contractual como extracontractual, las cuales estarán ampliadas a continuación:

5.4.2.1. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

Este tipo de responsabilidad civil nace a partir de un contrato, por medio del cual tanto deudor y acreedor se vinculan y se obligan a una determinada acción u obligación ya sea de dar, hacer o no hacer.

Como existe un contrato, el cual prueba la relación entre deudor y acreedor, los modos de incumplimiento puede estar definidos así como también, se puede conocer el alcance del daño o al menos estimarlo, ya que se desprenden de los términos establecidos en el contrato existente.

En decir que la responsabilidad civil es la obligación de reparar el daño **pecuniario** que se produce por el incumplimiento de una obligación previamente contraída; se traduce en el deber de pagar la indemnización moratoria¹³² o la indemnización compensatoria¹³³, por violarse un derecho, el mismo que es seguido de una obligación que puede ser de dar, hacer, o de no hacer cuyo deudor esta individualmente determinada.

¹³¹ CODIGO CIVIL, ART. 2214

¹³² **Indemnización moratoria.**- el acreedor demanda el cumplimiento de la obligación, más el pago de daños y perjuicios moratorios, o sea de los daños y perjuicios que se le han causado por el retardo del pago.

¹³³ **Indemnización compensatoria.**- el acreedor reclama el pago de los daños y perjuicios causados por el definitivo incumplimiento de la obligación, es decir, solo los daños que le causaron por no recibir el pago.

Lo que se busca con este tipo de responsabilidad, es la compensación de un daño causado, desde un punto de vista monetario, con la única condición que las obligaciones nazcan de un contrato.

En este caso, habría que definir el tipo de relación que tiene el galeno con el centro de salud, ya que al trabajar en relación de dependencia, la clínica u hospital tendrá que ser necesariamente agente de responsabilidad solidaria, para actuar en calidad de garante y velar por el cumplimiento de la obligación indemnizatoria a la víctima que resultaren de un mal proceder medico, que tuviese consecuencias legales y condenatorias.

5.4.2.2 RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Es la que no se deriva del incumplimiento de una obligación previamente contraída, sino de la realización de un hecho que causa un daño pecuniario y que genera la obligación de repararlo, por violarse un derecho absoluto, derecho que es correlativo de un deber de abstención que consiste en no dañar¹³⁴.

Es decir que la responsabilidad civil extracontractual nace cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro.

Cabe decir que para probar este tipo de responsabilidad civil, se tendrían que presentar y conjugar los mismos elementos que en el ámbito penal, como son: la antijuricidad, el daño causado, el nexo causal y los factores de atribución.

¹³⁴ http://www.e-grial.net/broker/PRODUCTOS/prod_rc.htm

Al tener que probar todos estos elementos, se entiende que existe la responsabilidad extracontractual tanto delictual o penal, siempre que el daño causado fue debido a una acción tipificada como delito; y cuasi delictual o no dolosa, si el perjuicio se origino en una falta involuntaria.

La responsabilidad extracontractual es de dos especies **SUBJETIVA Y OBJETIVA**.

- **Responsabilidad civil extracontractual subjetiva**

Su fundamento es la culpa, la cual por ser un elemento psicológico es de naturaleza subjetiva, pues consiste en la intención de dañar o en el obrar con negligencia o descuido, por lo tanto para la teoría subjetiva de la responsabilidad la culpa es esencial y sin ella no hay responsabilidad.

Es por esto que dentro de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva se debe “mediar un vínculo causal entre la conducta -antijurídica y culpable- y el daño. De manera que, frente a la verificación de un comportamiento ilícito -doloso o culposo- atribuible a un sujeto (responsabilidad subjetiva), causante del daño, por la cual surge la obligación de reparación.

Conviene también señalar que la imputación de tal conducta al sujeto activo puede ser por un comportamiento enteramente suyo, es decir, por hecho propio; o bien, por una conducta de otro, sea, por hecho ajeno, cuyo autor no ha tenido relación jurídica previa con el ofendido”¹³⁵.

En otras palabras, si existe culpa, y esta puede ser justificada dentro de una conducta antijurídica o que atente un bien jurídico protegido y demostrar su causalidad, se tendrá necesariamente que responder a esta acción u omisión ya sea por hechos propios o ajenos.

¹³⁵ CASTELLANOS Biela, RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL, Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo IV, Parte SCJN, Tesis: 354,

- **Responsabilidad civil extracontractual objetiva**

Es la obligación de reparar el daño pecuniario causado por emplear cosas peligrosas aún cuando se haya actuando lícitamente y sin culpa, esta responsabilidad no toma en cuenta la culpa sino únicamente el elemento objetivo consistente en la comisión del daño al emplear cosas peligrosas.

Es decir que en este tipo de responsabilidad, el principal factor que interviene es la conciencia humana, así como también el conocer el límite de lo que puede ser peligroso o no, por tal motivo si se conoce de antemano las consecuencias que pueden causar una acción u omisión, responderá por el peligro que causo.

Una vez establecidas estas condiciones de lo que representa la responsabilidad civil, se debe mencionar como se aplica a la mala práctica médica este tipo de responsabilidades, que traducidas a un ámbito practico, no es más que la compensación pecuniaria por haber actuado por descuido, con negligencia o culpa.

Por cualquiera de los motivos con que se haya producido un daño, se tendrá necesariamente que probar el modo de actuación del profesional de la medicina, para establecer el tipo de responsabilidad al cual tiene que responder, ya se esté contractual o extracontractual de ser esta, si es objetiva o subjetiva.

5.4.3. INDEMNIZACION

En el ámbito civil, se ha dicho que todo error se paga, y se lo cuantifica con el objetivo de resarcir el daño causado, transformándose así, el error en una suma de dinero, la que será

entregada a la persona afectada o a su familia, sin embargo no se ha establecido un parámetro específico y determinado, el cual pueda servir como base para el cálculo y pago de dicha indemnización, que provenga de un error profesional.

Pero toda indemnización se solicita a partir de dos figuras específicas del derecho civil, que son: lucro cesante y daño emergente y como adicional los gastos en los cuales se incurrieron para costear un determinado proceso médico y el legal.

La indemnización en el caso de la mala práctica médica, lo que busca es la reparación de un daño que en ocasiones puede llegar a ser fatal, y convertirse en muerte, y en otros dejar secuelas permanentes o temporales que afectan de manera directa o indirecta al normal desempeño de las funciones del paciente, y por ende perjudica a sus ingresos regulares. En virtud de esto el profesional que cometió la lesión o daño o muerte del paciente se verá en la obligación de pagar una cantidad de dinero que “compense” lo ocasionado por su negligencia.

De acuerdo al Código Civil ecuatoriano la indemnización se la define en el artículo 1572, el cual dice:

“Art. 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.”¹³⁶

En base a esto, se puede decir que al presentarse un caso de mala práctica médica, la indemnización será calculada en base al incumplimiento de la obligación que puede ser total o parcial, por ejemplo: sería total en caso de muerte por lo que se convierte en un ilícito y aparte de pagar una indemnización puede llegar a tener otras sanciones; , o parcial de presentarse una

¹³⁶ CODIGO CIVIL, Art. 1572

lesión como insuficiencia renal, que haya sido producida por un exceso de medicamentos, dicha indemnización se la determinara por medio de un juez tal como lo dice el Código de Procedimiento Civil en su artículo Art. 279, que refiere lo siguiente:

“Art. 279.- Si se condenare a una de las partes al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, en la misma sentencia se determinará la cantidad que se ha de pagar, y si esto no fuere posible, se fijarán las bases para la liquidación y el modo de verificarla.”

Esta indemnización no purga la condena que pueda existir por el cometimiento de un ilícito, tal como lo menciona el Código Penal ecuatoriano, en su artículo 67, el cual versa lo siguiente:

“Art. 67.- La condena a las penas establecidas por este Código es independiente de la indemnización de daños y perjuicios de acuerdo con las normas de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil. Determinado el monto de la indemnización se lo recaudará por apremio real.

Podrá el damnificado o quien ejerza su representación legal reclamar ante el fuero penal la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el delito, mediante la correspondiente acusación particular que con tal objeto se intente. La liquidación de las indemnizaciones declaradas en sentencia firme se llevará a cabo en juicio verbal sumario, conforme prescribe el Código de Procedimiento Penal.

La recaudación se realizará por apremio real en contra del deudor o del civilmente responsable.

En caso de insolvencia comprobada, por las costas procesales no habrá apremio alguno.”

Como bien dice el artículo citado en el párrafo anterior, en su segundo inciso, *”Podrá el damnificado o quien ejerza su representación legal reclamar ante el fuero penal la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el delito”, pero en el caso de la mala práctica médica, no se puede hacer esto, porque no consta bajo tipificación alguna de delito y por ende este no existe, aunque la sociedad lo haya condenado como tal, entonces nos queda la solicitud de daños y perjuicios por vía civil, valiéndonos de la responsabilidad contractual o extracontractual existente, que se genere del incumplimiento de una obligación. Acoplando de esta manera las competencias de acuerdo a las necesidades sociales o a los recursos existentes, es por esto que el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 31, nos amplía la información en cuanto a competencias a las cuales recurrir para juicios de indemnización.*

“Art. 31.- Competencia en los juicios de indemnización.- Para determinar la competencia en los juicios de indemnización, se seguirán las reglas siguientes:

1. De los daños y perjuicios ocasionados por la infracción:

a) Si la infracción fue de acción pública y en sentencia ejecutoriada se declaró procedente la acusación particular que se hubiera propuesto siempre que no hubiera sido posible determinarse los perjuicios en la misma sentencia o si la determinación hubiese sido parcial, será competente el Presidente del Tribunal de garantías penales que dictó la sentencia condenatoria;

b) Si quien reclama la indemnización no propuso acusación particular, será competente para conocer de la acción por los daños y perjuicios derivados del delito, el juez de lo civil al que le corresponda según las reglas generales;

c) Si la infracción fue de acción privada, la competencia le corresponde al juez de garantías penales que dictó la sentencia. Si en esta igualmente no fue posible determinar los perjuicios, o si la determinación fue solo parcial; y,

d) En los casos de fuero, será competente el Presidente de la Corte respectiva.

2. De los daños y perjuicios ocasionados por la malicia o la temeridad de la denuncia o de la acusación particular:

a) Si fueron reclamados en un juicio de acción pública será competente un juez de garantías penales diferente de aquel que dictó el auto de sobreseimiento firme; y,

b) Si la acusación fue presentada en un juicio de acción privada, será competente un juez de garantías penales distinto de aquel que dictó la sentencia absolutoria.¹³⁷”

Por otro lado la indemnización, para su cálculo tiene que basarse en el daño emergente y lucro cesante, que compensarán al paciente por haber sido víctima de mala práctica médica, los cuales para un mejor entendimiento se los detallara a continuación.

¹³⁷ Artículo reformado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de Marzo del 2009.

5.4.3.1. LUCRO CESANTE

Para Juan Carlos Robles Díaz, el concepto de lucro cesante se refiere a “*una lesión patrimonial consistente en la pérdida de un incremento patrimonial neto que se haya dejado de obtener como consecuencia de un incumplimiento, ilícito o perjuicio ocasionado o imputado a un tercero*”.¹³⁸

Es decir que cualquier tipo de ganancia que se pudo haber percibido por parte del trabajo o cualquier otra actividad que solvente el modo de vida del paciente y de su familia si este fuera jefe de ella, tendrá que ser compensando, en la misma proporción que este venía percibiendo.

Pero si de hablar del tiempo del lucro cesante se trata, puede ser tanto actual como futuro, ya que como se había mencionado, al causar un daño físico, psicológico o moral, quien lo produce tendrá que responder en base a los daños inmediatos y futuros.

Entendiéndose que el lucro cesante actual o inmediato consiste en los gastos en los cuales incurre el afectado de manera imprevista y las ganancias que dejó de percibir por la incapacidad de producir; y el lucro cesante futuro son las ganancias propias de su actividad que dejará de percibir por el daño del que ha sido víctima, después de su convalecencia.

Esta doctrina transformándola a la práctica y sobre todo a la realidad de la mala práctica médica, se entiende de la siguiente manera con un ejemplo:

¹³⁸ <http://www.icamalaga.es/portalMalaga/archivos/ficheros/1239101135762.pdf>

- **Lucro cesante actual**, los perjuicios derivados de la imposibilidad de la víctima para trabajar mientras duró la convalecencia, en el caso de lesiones transitorias.
- **Lucro cesante futuro**, las ganancias que se dejaron de percibir como consecuencia de la incapacidad permanente, como pérdida de un miembro, daños a un órgano e inclusive muerte.

Si bien es cierto probar el lucro cesante no es fácil, debido a que la base es una presunción, se tendrá que validar esta prueba de manera indirecta, a través de indicios, ya que no pueden existir medios de prueba directos de algo que no ha llegado a existir, dentro de los tipos de pruebas que se pueda utilizar y se der aceptadas por el juez estarán todas y cada una de las establecidas en el Art. 121¹³⁹ del Código de Procedimiento Civil,

Ejemplificando las bases de prueba del lucro cesante, se puede decir que: en el caso de ser comerciante y de tener que cerrar su comercio por causa de una lesión permanente que le impida seguir en el ejercicio de su actividad, se podrá probar el daño a través de los estados financieros de años anteriores del comercio o su vez con roles de pago.

¹³⁹ **Art. 121.-** (Reformado por la Disposición Reformativa segunda, núm. 3 de la Ley s/n, R.O. 544-S, 9-III-2009).- Las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes. Se admitirá también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. La parte que los presente deberá suministrar al juzgado en el día y hora señalados por la jueza o el juez los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o figuras. Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos. Se considerarán como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema.

5.4.3.2. DAÑO EMERGERGENTE

El concepto de daño emergente en realidad es bastante simple en relación a lo que simboliza, y es por esto que la doctrina y legislación no la ha tratado de manera amplia pero si ha determinado un concepto claro, que dice: “es el daño o pérdida sufrida por el acreedor, en su patrimonio”.

Pero al aplicar esta definición a la práctica médica, esto no es tan concordante, porque un órgano o un miembro no son bienes, que se puedan comercializar o cuantificar y mucho menos reemplazar, entonces es cuando se presenta una nueva forma de calcular al cuerpo humano y las consecuencias que se puedan presentar de manera inmediata o futura causadas por la mala práctica médica, las cuales están catalogadas como: lesiones, secuelas, perjuicios, e incapacidades.

Ahora bien, al hablar de daño emergente se debe determinar los gastos en los que se han tenido que incurrir al ser lesionado, al tratamiento, asistencia, transporte y muchos otros factores que no estaban dentro del presupuesto inicial en el caso de practicarse un procedimiento medico.

Y si bien se sabe que al causarse un daño se tiene necesariamente que resarcir a la víctima, se tendrá que basar en un respaldo profesional y es aquí cuando aparece la valoración del daño corporal, que será explicado de una manera más amplia a continuación.

5.4.3.2.1. VALORACION DEL DAÑO CORPORAL

Al hacer referencia esta nueva forma de cálculo de la valoración del daño corporal, se debe entender que es una actividad médica que tiene por objetivo evaluar e informar de las consecuencias futuras que pueda tener una persona, a causa de un procedimiento médico, esto a partir de una metodología de evaluación médica exhaustiva, que será una forma de prueba al iniciar un proceso judicial.

Recapitulando en la historia de la humanidad, esta teoría por medio de la cual se da una compensación justa a quien ha sido víctima de una pérdida corporal o de una lesión permanente que pudiese causar incapacidad se remonta hasta épocas del código de Hammurabi, siguiendo con la Ley del Talión, posteriormente la época donde la comercialización de los esclavos estaba en auge, esta práctica era más evidente, ya que si a un esclavo le faltaba un dedo o una extremidad su precio bajaba notablemente ya que disminuía su capacidad de trabajar, y aunque suene algo fuera de lo común esta forma de compensación también existía en el tiempo de los piratas, ya que si uno de ellos perdía una extremidad en batalla, se llevaba una parte adicional del botín y es así como se fue institucionalizando esta práctica de cuantificar a las partes del cuerpo, pero no es hasta los años 1012 a 1035 que en Inglaterra se determina un valor real a cada parte del cuerpo.

Una vez que esta práctica de valoración corporal fue institucionalizada en la doctrina del derecho, se fue adaptando en las diferentes sociedades como la europea o americana, y se incluyó a esta en sus respectivos sistemas judiciales; los mismos que para determinan los daños

causados, los que pueden llegar a ser de dos tipos como el actual o el pronosticable y a partir de ellos cuantificar y transformarlos a un valor monetario se debe obtener primero los resultados del examen médico legal, practicado a cada víctima, los tipos de daños mencionados se una manera más amplia se los explica a continuación:

- a) **Un daño actual:** Que se refiere a la lesión o las lesiones iniciales derivadas en forma directa del evento o siniestro, en este caso a partir de la mala práctica médica.

Ejemplo: si el anestesista no realizo bien los cálculos para suministrar la anestesia al paciente, lo primero que puede provocar es la parálisis de extremidades inferiores.

- b) **Un daño Pronosticable:** Es el que se concreta con el paso del tiempo. Aquí tenemos a su vez dos tipos de daño:

- a. El denominado “Daño Futuro” que es el que se debe a consecuencias directas, el pronóstico es cierto y motivado e implica derecho a resarcimiento.

Ejemplo: volviendo al caso del anestesista, un exceso en la aplicación de la anestesia puede provocar que un tipo de nervio muera y afecte a órganos del cuerpo humano, dejándolos sin su desempeño adecuado, en este caso se conocería el origen de la lesión, y se tendría que resarcir el daño causado.

- b. El otro daño es el denominado “Daño eventual” y es el que se debe a una consecuencia indirecta del hecho. Situaciones o complicaciones que pueden darse o no y no implican derecho a resarcimiento.

Ejemplo: Mientras se realiza una intervención, ocurre un corte en el suministro de energía eléctrica y no existe generador de energía adicional. Tornándose en acontecimientos eventuales, que se van de las manos del profesional médico que realiza la intervención.

En base a lo expuesto todos los daños son resarcibles, quedando así a la discrecionalidad de la autoridad competente, ya sea penal, civil o administrativa para el pago de una indemnización o pena, basando su criterio en las pruebas que este tenga, ya sea para el cálculo del lucro cesante y del daño emergente, así como también los gastos en los cuales hayan incurrido adicionales a los previstos.

5.4.3.3. DAÑOS Y PERJUICIOS

En vista de lo señalado en los últimos tres numerales, se debe también ampliar sobre el tema de los daños y perjuicios que se ocasionan a partir del mal actuar del profesional de la salud, en el cumplimiento de sus funciones, por lo tanto es la respuesta pecuniaria a un hecho ilícito como es la mala práctica médica, que tiene como fin el restablecer las cosas a su estado natural obligación que será de cumplimiento para quien cometiere el hecho positivo y de no poder hacerlo tendrá que cancelarse un monto de dinero que de alguna forma mitigue este daño.

Al tratar temas de daños y perjuicios no se enfoca únicamente a elementos materiales, sino a aquellos elementos psicológicos, y morales que son aun mas difíciles de resarcir, y estos últimos en ocasiones tienen mayor alcance que el daño corporal o físico ya que no solo afecta a la víctima principal sino que se expande hasta aquellas víctimas indirectas del acto. Claro está que el hecho de estar de manera cercana a la víctima no quiere decir que todos quienes se encuentren en un estado de cercanía van a ser indemnizados, para el cumplimiento de esta obligación moral y jurídica se apreciaran algunos factores entre ellos la cercanía, grado de parentesco, etc.

En fin los daños y perjuicios son el pago compensatorio de manera global de los daños causados en todos aquellos ámbitos que el ser humano se desenvuelve, como lo físico, psicológico y moral.

5.4.4. SEGURO DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

Este tipo de seguro cubre el posible riesgo a los que están expuestos los profesionales en el desarrollo de sus actividades dentro de la circunscripción territorial, dejando en claro que este tipo de seguro aplica a todas y cada una de las profesiones que prestan servicios o consultorías.

De una manera más específica el seguro de responsabilidad profesional, consiste en que todo profesional de la salud, tenga una póliza que sustente su ejercicio profesional a modo de garantía y previsión en el caso que tenga que responder ante una indemnización a un paciente, protegiendo de esta manera el patrimonio personal del profesional.

Si bien es cierto que las compañías aseguradoras buscan que en cada uno de los profesionales a los cuales respalda con sus pólizas sean personas de los más altos estándares en cuanto a rendimiento, educación, habilidad, esto es muy subjetivo de determinar, ya que un título no es un indicativo fehaciente que sea un profesional apto para el ejercicio de su actividad, ya que la habilidad y destreza es cuestión de práctica, entonces bajo este sentido se puede decir que las empresas aseguradoras no podrán relegarse a ningún profesional de la medicina a prestar sus servicios. Sin embargo, queda a potestad del cliente o en este caso el profesional de la medicina elegir a la aseguradora que más le convenga en cuanto a cobertura, tiempo, deducible, prima etc.

Pero en cuestión de cobertura para personas relacionadas al mundo de la medicina, este tipo de seguro cubre la responsabilidad profesional del asegurado derivada del ejercicio de su profesión, y la de sus empleados que ejerzan una profesión médica, médica auxiliar, farmacéutica o laboratorista, y que por su culpa, ya sea por negligencia o impericia, causen daños corporales o inclusive la muerte a sus pacientes.

Este tipo de seguro cubre de manera específica la responsabilidad civil al asegurado o medico, en situaciones que se produzcan a partir de la mala práctica médica que sea causada, por negligencia, culpa o cualquier otra circunstancia que no sea dolo, siempre y cuando este dentro de los parámetros de la legislación en relación al ámbito de seguros.

Además de la responsabilidad en cuanto a lesiones o muerte que se pudieran producir, este tipo de seguro también responde en relación a los gastos y costas procesales por reclamaciones en materia civil, en las que el profesional demandado tiene que incurrir, tanto propias como de quien reclama una mala práctica médica.

Y si bien es cierto que las ventajas son muchas, también hay que poner en descubierto las áreas que no cubre esta póliza de seguro, entre ellas están:

- Arreglos extracontractuales, notificaciones de inicio de procesos judiciales anteriores a la fecha de inicio de la póliza.
- No protege de consecuencias que se deriven de la transfusión de sangre o por la actividad de bancos de sangre.
- Se excluye cualquier tipo de daño causado por servicios profesionales proporcionado bajo la influencia de narcóticos, medicamentos o sustancias que de cualquier manera afecten el buen funcionamiento del sistema nervioso.
- Se excluye también las consecuencias derivadas de daños y/o perjuicios que sean consecuencia directa de tratamientos dolosamente innecesarios o por la violación del secreto profesional.
- Por daños sufridos por cualquier persona que ejerza actividades profesionales, científicas o derivadas de la medicina en el consultorio o lugar de trabajo del asegurado y que por el ejercicio de esta actividad sufra daños.
- Se excluye también de la protección del seguro personal los anestesiólogos, a menos que el titular de la póliza sea el anestesiólogo.
- En caso de ser profesionales de la medicina pero relacionado a la odontología u ortodoncia, los daños causados por la aplicación de anestesia general o mientras el paciente se encuentra bajo anestesia general, si esta anestesia no fue llevada a cabo en un hospital acreditado para dicho fin.

- En caso de cirugía plástica, no se ampara los resultados en la configuración y aspecto físico estético de la operación o tratamiento, así como la insatisfacción del paciente por las mismas causas.
- Consecuencias derivadas de un diagnóstico, tratamiento y/o procedimiento quirúrgico que no le corresponda al Asegurado de acuerdo a su especialidad.
- Derivada de los daños ocasionados por los medicamentos recetados por el asegurado.
- Derivados de los daños causados por medicamentos y/o aparatos en fase experimental o que no se encuentren registrados ante la autoridad competente, en caso de ser necesario su registro conforme a la legislación de la materia.

Si bien es cierto que estos no son todos los puntos que se tratan en una póliza de responsabilidad profesional, si son los puntos más notables, ya que cada aseguradora ofrece diferentes esquemas de protección.

Sin embargo, como se había mencionado en párrafos anteriores, la principal importancia de la existencia de este tipo de pólizas entre los profesionales de la medicina es que puedan respaldar su práctica cuando se presentan demandas de reparación y pago de daños y perjuicios, sin perjudicar el patrimonio propio, esto no quiere decir que al mantener una póliza abierta se puede disminuir la calidad de atención o de emplear los conocimientos en un paciente para cumplir con todos los principios del código deontológico y los procedimientos aprobados por la *lex artis*.

CAPITULO VI

6. DERECHO COMPARADO

El derecho ecuatoriano acepta la comparación con otras legislaciones para poder enriquecer de esta manera la legislación interna, siendo así y en vista que en el país sus legisladores han desarrollado un único proyecto de Ley acerca de la practica medica, se realizará la comparación entre sistemas jurídicos similares como son Ecuador con Chile y Ecuador con Estados Unidos de Norte América, país que mantiene un sistema jurídico diferente al ecuatoriano por basarse en el Comon Law.

Esta comparación se iniciará desde el ámbito constitucional, con el fin de conocer los derechos y garantías que cada Estado tiene para con sus gobernados, de la misma forma se hará con legislación penal y civil relacionada al tema de la mala práctica profesional medica, siempre que aplique, en dependencia del sistema de derecho que se estudie.

Al tratar sobre derecho constitucional y otras leyes, necesariamente se tendrá que hacer referencia al capítulo I del presente trabajo, en el cual se analiza la legislación ecuatoriana de manera amplia, la misma que posiblemente se puede aplicar a temas relacionados con mala práctica médica al momento de su juzgamiento y que podría tener similitudes con legislaciones extranjeras, recalando que no siempre es la Ley adecuada para procesar a las consecuencias provocadas por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia a la lex artis, la misma que se traduce como mala práctica médica.

6.1.1. LEGISLACION COMPARADA ENTRE ECUADOR Y CHILE

Ecuador y Chile han tenido una larga historia, que los ha unido como pueblos hermanos, y dentro de esta, se ha desarrollado un sistema jurídico con características semejantes, como por ejemplo: ambos países tienen una Corte Suprema, Institución que actúa como última instancia, aunque en el Ecuador haya cambiado su denominación a Corte Nacional, ambas tienen la misma función; manejan el sistema de oralidad en los procesos para agilizar los mismos; entre otras, y de la misma forma sus legisladores han creado cuerpos legales similares, ya que poseen los mismos principios como eficiencia, eficacia, equidad, etc., para el desarrollo de los mismos.

Hay que destacar que la historia entre estos dos países en el ámbito jurídico se da, a partir de la adopción del código de Andrés Bello, que tiene la influencia del derecho francés, y se basa en el Civile Law o Derecho Romano, el mismo que se representa por medio del Corpus Iuris Civiles o Derecho Justiniano, modelo de derecho que hasta la fecha es usado en muchos países entre ellos, Ecuador, Chile, Colombia, etc.

Entendiéndose que el Corpus Iuris Civiles, es el cuerpo de ley que regula a una sociedad y que por tanto es derecho positivo por tener todas y cada una de sus leyes por escrito.

6.1.1.1. DERECHO CONSTITUCIONAL

Como se había citado ya en el capítulo primero de este trabajo, en el Ecuador se garantiza tanto la salud como la vida, a todos y cada uno de los ciudadanos y extranjeros que se encuentren en territorio ecuatoriano, en este sentido estos derechos y garantías pasan a ser bienes jurídicos

protegidos por el Estado ecuatoriano, pero al investigar en la legislación chilena se obtuvieron los siguientes resultados que se citarán a continuación.

La Constitución de Chile en el Capítulo III de los Derechos y Deberes Constitucionales, en su artículo 19, garantiza la vida, en su transcripción literal dice lo siguiente:

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

1º El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.

La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.”¹⁴⁰

Este artículo de la Constitución chilena es muy claro, y al igual que en el Ecuador se garantiza la VIDA de toda aquella persona que haya nacido o este por hacerlo, también se garantiza que la vida de sus gobernados mantengan total integridad tanto física, como psíquica, reprochando cualquier actividad que pueda vulnerar la misma.

De la misma forma como se consagra el Derecho a la vida, como inicio de cualquier otro derecho, en el Artículo 9 ibídem, se protege a la SALUD, como derecho complementario al inicial, este se lo consagra de la siguiente forma:

“9º El derecho a la protección de la salud.

¹⁴⁰ Constitución Política de Chile, Art. 19.

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado;”

En virtud de lo establecido en el Artículo citado, se puede apreciar que las garantías que se brinda para la conservación, y recuperación de la salud para los ciudadanos chilenos así como los ecuatorianos en sus respectivas Constituciones, será LIBRE e IGUALITARIO, queriendo decir con esto que no habrá ningún tipo de discriminación a nadie y por ende la atención no estará condicionada a niveles económicos, sociales, tendencias sexuales, religiosas, creencias políticas o mucho menos por pertenecer a grupos sociales minoritarios como etnias, etc.

De la misma forma como ocurre en el Ecuador, también el Estado chileno tiene dentro de sus funciones el control tanto de entidades de salud públicas como privadas y de velar por el correcto funcionamiento de las políticas estatales desarrolladas y aplicadas en el ámbito de salud y de todos los temas relacionados a este derecho, como por ejemplo: nutrición, educación, etc., en virtud que sus gobernados tienen la libertad de elegir el tipo de institución a la cual acudir en caso de requerir su asistencia, por tal motivo deben exigirse niveles de calidad altos tanto en un sistema privado como público.

Una vez establecidas las garantías y derechos para los gobernados por parte del Estado chileno, necesariamente se tendrá que hacer referencia a Leyes supletorias a la Constitución de Chile, como el Código Sanitario, del cual nacen las políticas estatales complementarias para el servicio de salud.

En el Código Sanitario Chileno, se estipula que:

“Artículo 1. El Código Sanitario rige todas las cuestiones relacionadas con el fomento, protección y recuperación de la salud de los habitantes de la República, salvo aquellas sometidas a otras leyes”.

En virtud de este artículo, se considera que el Estado por medio del Código Sanitario, define las funciones más básicas, como establecer el alcance que este Código tiene, sobre quienes ejerce jurisdicción el mismo, etc., pero sobre todo señala el punto de partida de donde nacerán en un futuro las políticas estatales que se implementaran en el servicio de salud.

Pero al tratar de legislación comparada, el Código Sanitario Chileno es el equivalente a la Ley Orgánica de Salud ecuatoriana, la misma que en su contenido contempla similitudes casi exactas acerca de los temas que trata de una manera general, ya que la legislación supletoria lo va ampliando, como por ejemplo: las personas que son reconocidas como funcionarios al servicios de la salud, ya sea en el campo público o privado, define las responsabilidades que la Autoridad Sanitaria, para con el servicio de salud tal como se señala en el Art. 4 ibídem, entre otros.

Tanto la Constitución como leyes específicas dentro del tema de la salud, tanto en Ecuador como Chile, que son países que basan su sistema jurídico en la Ley positiva, y tienen que necesariamente tener toda su legislación por escrito para que esta exista de manera física y tangible, para que pueda ser contemplada y conocida por los gobernados, es por esto que todo aquello que no cumpla estas especificaciones, simplemente no existe, esta aclaración es realizada con el fin de pasar a materia tanto civil como penal y evidenciar que sin la tipificación de ciertos hechos como es la mala práctica profesional, esta práctica quedará impune como hasta la fecha viene siendo, y uno de los tantos ejemplos que han sucedido en el Estado chileno es el siguiente: la muerte de Clara Arriagada, en el Hospital Barros Luco¹⁴¹, en el cual se realizó una querrela por el cuasidelito de homicidio, sin obtener mayores resultados y que hasta la actualidad se sigue el proceso.

6.1.1.2. CÓDIGO CIVIL Y PENAL

Al igual que en el Ecuador, el código civil chileno se encarga de regular la relación entre personas y/o bienes, en este sentido y por el contexto del presente trabajo, la presencia del Código Civil será por la relación médico – paciente que se genera al contraer obligaciones ya sean de medio o de resultado de acuerdo al tipo de práctica que se realice, (estética o médica). Y sobre todo por la responsabilidad contractual y extracontractual que se deriva del contrato y las mutuas obligaciones contraídas.

¹⁴¹ <http://www.biobiochile.cl/2010/02/19/interponen-querrela-contra-hospital-barros-luco-por-presunta-negligencia-medica-que-causo-muerte-de-mujer.shtml>

En el mismo sentido, que el Código Civil, se encuentra el Código Penal Chileno que tiene por objetivo el mantener un orden social y de quebrantarse este, se pueda sancionar, y retornar al equilibrio jurídico pre existente.

En este sentido a la “mala práctica médica” también conocida como negligencia médica se la ha considerado como cuasidelito, ya que no se la realiza con dolo, e interviene únicamente la culpa, y es por esta razón que en el Código Civil chileno al cuasidelito y a las personas causantes del mismo, que poseen la obligación de indemnizar se los define de la siguiente forma:

“Art. 2314.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”¹⁴²

“Art. 2315.- Puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño, o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo o de habitación o uso. Puede también pedirla en otros casos el que tiene la cosa con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño.”¹⁴³

Evidentemente la legislación chilena en el campo de cuasidelitos, es exactamente igual, no solo en su contenido, sino en su redacción, por ende la comparación y búsqueda de diferencias

¹⁴² Código Civil Chileno, Título XXXV DE LOS DELITOS Y CUASIDELITOS, Art. 2314

¹⁴³ Código Civil Chileno, Título XXXV DE LOS DELITOS Y CUASIDELITOS, Art. 2315

es innecesaria porque no existen, sin embargo, hay una diferencia crucial y que cambia desde todo punto de vista de la legislación chilena, y que es una muy buena referencia para la ecuatoriana, siendo esta que en el artículo 2314 del Código civil chileno, donde dice:

“Es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”

Indagando más en la legislación chilena, específicamente en el Código Penal que como se había dicho en párrafos anteriores “es el encargado de mantener el orden social por medio de sanciones”, se encontró que los cuasidelitos si son reconocidos como una figura jurídica penal, por vulnerar los bienes jurídicos del Estado, por medio de la culpa, ya sea está consciente o inconsciente, que para efectos de juzgamiento pierde importancia, y se considera únicamente como CULPA, ya que tampoco se tomará en cuenta el grado culpa que intervenga (culpa leve, grave o gravísima que puede traducirse en negligencia, imprudencia o impericia) ya que si se causó un daño este debe ser compensado y reparado en medida de lo posible y es así que el Código Penal chileno hace referencia a este tema de la siguiente forma:

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

1. Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medio, 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.”

En este sentido y al empatar lo que representa un cuasidelito con la “negligencia médica” necesariamente se requiere hacerlo de manera práctica y por eso se ha citado el caso de la Sra. Clara Arriagada, quien murió por una presunta mala práctica médica, en el post operatorio y cuyos familiares iniciaron acciones en contra del Hospital donde falleció, y cuya querrela se fundamenta en “cuasidelito de homicidio”

Este caso pudo llegar hasta instancias judiciales y seguir un camino litigioso del cual se espera conseguir resultados favorables para las víctimas es decir los familiares de la fallecida ya que aún el caso no está resuelto; pero solo se pudo acceder a su denuncia e investigación gracias a que en el Código Penal chileno dentro de los cuasidelitos se constituye una infracción a la negligencia médica, para muestra de ello y transcritos de manera literal están los siguientes artículos:

“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 de artículo anterior.”

“Art. 492 Las penas del artículo 490 se impondrán también respectivamente al que, con infracción de los reglamentos o 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.”

En estos artículos citados definitivamente está tipificado el mal actuar de los profesionales que están al servicio de los bienes jurídicos protegidos por el Estado chileno como son la salud y

vida de los gobernados, quienes pueden tomar el camino correcto al momento de reclamar por sus derechos, accediendo de esta forma a la justicia chilena, más allá del buen proceder del sistema judicial.

Aún así, si los casos de “negligencia médica” no son reportados a las autoridades competentes como el Ministerio Público o Dirección Nacional de Salud y sobre todo querellados estos quedarán en el olvido y es por esto que el Código Penal chileno también se ha ocupado de establecer la condición previa para iniciar un proceso investigativo y de juzgamiento a la mala práctica médica y sus consecuencias, siempre y cuando estas no sean tan graves que puedan comprometer la vida de la víctima o hayan causado lesiones graves, es decir que únicamente se considerará cuasidelitos aquellas lesiones o daños menores que puedan tener solución como por ejemplo: en la cirugía plástica, si se puso un implante de mamas y no fue la talla deseada se puede rehacer la cirugía y aplicar la talla de implante requerida en su inicio, para tener conocimiento jurídico acerca de esto, el siguiente artículo *ibídem* dice lo siguiente:

“Art. 315 inciso 5. Los delitos previstos en los incisos anteriores y los correspondientes cuasidelitos a que se refiere el inciso segundo del artículo 317, sólo podrán perseguirse criminalmente previa denuncia o querrela del Ministerio Público o del Director General del Servicio Nacional de Salud o su delegado, siempre que aquellos no haya causado la muerte o grave daño para la salud de alguna persona. En lo demás, los correspondientes procesos criminales quedarán sometidos a las normas de las causas que se siguen de oficio.”

Una vez establecido el punto de partida sobre el tema, cuando se presenta o se presume de la existencia de una víctima de mala práctica médica, se exige sanciones, pero para este tema, la legislación penal chilena ha señalado el siguiente artículo:

“Art. 317. Si la consecuencia de cualquiera de los delitos señalados en los cuatro artículos precedentes, se produjere la muerte o enfermedad grave de alguna persona, las penas corporales se elevarán en uno o dos grados, según la naturaleza y número de tales consecuencias, la multa podrá elevarse hasta el doble del máximo señalado en cada caso. Si alguno de tales hechos punibles se cometiere por imprudencia temeraria por mera negligencia con infracción de los reglamentos respectivos, las penas serán de presidio menos en su grado mínimo o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales.”

En este sentido, la sanción más allá de enfocarse en la intencionalidad con la cual se actuó, está sujeta a las consecuencias causadas por la acción u omisión con culpa en este caso pueda provocar, por ejemplo: si por efecto de la imprudencia o negligencia de un funcionario de la salud, el paciente pierde un brazo, se tendrá que juzgar por la acción cometida e indemnizar por pérdida del miembro superior y la actividad que le dejaba desempeñar, de esta forma se está cumpliendo tanto con la legislación civil en cuanto a la indemnización y con la legislación penal por la sanción que se imponga al funcionario de la salud.

Con todo lo expuesto acerca de la legislación chilena, se puede decir que si tiene un punto de partida claro y que esta tendría que solventarse de una manera más profunda para poseer mayor fuerza al momento de juzgar un caso de mala práctica médica, en tal caso, el inicio está dado, así como la existencia, reconocimiento y tipificación de esta “negligencia”, sin embargo,

en el Ecuador se han desconocido a los cuasidelitos del orden penal y se los ha relegado únicamente al orden civil dejándolos casi en el olvido jurídico, ocasionando que las víctimas no puedan hacer prácticamente nada más que lamentar las consecuencias.

6.1.2. LEGISLACION COMPARADA ENTRE ECUADOR Y ESTADOS

UNIDOS DE AMERICA

Como antecedente se debe conocer que en los Estados Unidos de Norte América, se maneja un sistema jurídico diferente al ecuatoriano que se guía por la legislación positiva, a diferencia del Common Law americano, donde la costumbre es su mayor herramienta al momento de juzgar un proceso.

Y es así que al tratar derecho comparado no se puede hacerlos igual que con Chile por ejemplo, ya que el Common Law se basa en la costumbre y su constitución lo reconoce como la forma eficaz de juzgamiento y permite la utilización del mismo de acuerdo a la Enmienda VII, en la cual se entrega la potestad a los jueces de actuar bajo las normas que de derecho consuetudinario, esta enmienda se la transcribe a continuación:

“Enmienda VII. (Ratificada el 15 de diciembre de 1791)

El derecho a que se ventilen ante un jurado los juicios de derecho consuetudinario en que el valor que se discuta exceda de veinte dólares, será garantizado, y ningún hecho del que

haya conocido un jurado será objeto de nuevo examen en tribunal alguno de los Estados Unidos, que no sea con apego a las normas del derecho consuetudinario.¹⁴⁴”

De igual manera que se determina el sistema jurídico a utilizarse al interior de los Estados Unidos, de acuerdo a la Enmienda IX, se reconocen los derechos de sus gobernados, y conociendo de antemano que todo Estado tiene la obligación de hacer propios todos aquellos derechos que forman parte de la Declaración de los Derechos Humanos del Pacto de San José de 1968, quiere decir que Estados Unidos de Norte América también garantiza para sus gobernados el derecho a la Salud y Vida, así como los servicios que esta requieran para su óptimo estado.

“Enmienda IX. (Ratificada el 15 de diciembre de 1791)

El hecho de que en la Constitución se enumeren ciertos derechos no deberá interpretarse como una negación o menosprecio hacia otros derechos que son también prerrogativas del pueblo”.

Este reconocimiento de derechos se hace posible ya que la Constitución de Estados Unidos, es amigable con todos los tiempos, por ende puede ser aplicable hasta la actualidad y sus cambios se realizan de acuerdo a las necesidades sociales y los requerimientos legislativos que se presentan, esta se ha ido reformando por medio de Enmiendas, y es así que desde 1776 no ha perdido vigencia.

Enfocando al presente trabajo desde el punto de vista concreto de Common Law, se tendrán que citar casos que han marcado la diferencia en la historia americana por la trascendencia que estos han tenido y que a partir de ellos se han sentado precedentes para el

¹⁴⁴ http://www.cato.org/pubs/constitution/amendments_sp.html

presente y futuro en cuanto a casos de mala práctica médica, causados por la negligencia, imprudencia o impericia de profesionales de la medicina en territorio estadounidense, los cuales tienen un nombre diferente por el idioma inglés y que a pesar de significar lo mismo se los denomina TORS, es decir CUASIDELITO, es decir que a lo largo y ancho al menos del territorio continental americano, esta práctica tiene una misma representación.

Pero más allá de la forma en cómo han sido sentenciados los casos que se den a conocer hay que rescatar la esencia de ellos y ver los principios o criterios que maneja la corte en estos casos o surgieron a partir de los mismos, por ejemplo el primer caso que se maneja de este tipo en los Estados Unidos fue el caso *Schloendorff v. Society of New York Hospital*. Caso en el cual se habla por primera vez del consentimiento informado, y para esto en la Corte de New York de Apelaciones en 1914, el Juez Benjamín Cardozo escribió en la opinión de la Corte

“Todo ser humano de edad adulta y sano juicio tiene derecho a determinar qué se hará con su propio cuerpo, y un cirujano que realiza una operación sin el consentimiento de su paciente comete un asalto de la que es responsable de los daños. Esto es cierto excepto en casos de emergencia cuando el paciente está inconsciente y en los que es necesario operar antes de que el consentimiento se puede obtener.”¹⁴⁵”

Situación similar que pasa en el Ecuador y que el Código Orgánico de la Salud ampara, que sin el consentimiento ya sea propio o de un familiar no se puede intervenir de ninguna forma a un paciente (no está transcrito de manera literal).

¹⁴⁵http://translate.google.com/translate?hl=es&sl=en&u=/Schloendorff_v._Society_of_New_York_Hospital&ei=U9J3TvisG8LW0QHwIHkCw&sa=X&oi=translate&ct=result&resnum

Avanzando con la comparación entre Estados, en el caso *Ewing v. Goldstein*¹⁴⁶ que se citará a continuación, se aprecia la importancia de indagar a profundizar y sobre todo la responsabilidad del paciente así como del entorno más cercano de informar al tratante sobre todos los síntomas para obtener mayor información y poder generar juicios de valor más acertados, evitando consecuencias mayores como por ejemplo muertes innecesarias, como ocurrió en este caso que fue asesinada la novia del paciente, quien estaba en tratamiento al momento del cometimiento del ilícito.

Sin embargo el “deber de proteger y la advertencia de la víctima” aparecen como deberes para el profesional de la salud mental en el caso *Tarasoff v. Regentes de la Universidad de California*, el cual se ventiló en la Corte Suprema de California, en el año de 1976 y a partir de este, se sanciona a los profesionales que no hayan cumplido a cabalidad sus funciones.

A pesar que en el Ecuador este tipo de principios como el proteger y prevenir a posibles víctimas, no sean obligados a cumplir desde la legislación, los profesionales de la salud, de manera propia lo realizan, siempre en cumplimiento de la *lex artis*.

Otro de los principios importantes que se pueden rescatar a partir de la jurisprudencia americana es el consentimiento informado, elemento indispensable tanto en Estados Unidos como en el Ecuador, a este se hace referencia de la siguiente forma en el caso *Gray v. Grunnagle* de 1966, en el cual la Corte utilizó y dio a conocer *el alcance del “consentimiento” para el cual necesariamente se requiere consentimiento informado*¹⁴⁷. Este alcance se realizó a partir del caso en el cual se definió lo que representa el consentimiento informado siendo este el

¹⁴⁶<http://translate.google.com/translate?hl=es&sl=en&uEwingv.Goldstein=U9J3TvisG8LW0QHwSearchBox>

¹⁴⁷ Biblioteca de la Corte Suprema de Pennsylvania, archivo, año 1966.

caso *Explosión v. Charles T. Miller Hospital de 1958*. "cuando un médico o cirujano puede determinar con antelación a una operación, situaciones alternativas y no existe una emergencia, el paciente debe estar informado de las posibles alternativas y da la oportunidad de decidir antes de que continúe con el médico de la operación."

Como se puede apreciar el consentimiento informado otorgado por el paciente, cuando se encuentra en completo uso de sus facultades, tanto físicas como mentales será respetado, y cualquier actividad que vaya más allá de lo aprobado por el paciente y que cause perjuicio para el mismo se considerará como no consentido, tal cual como se practica en el Ecuador.

En fin, los procesos que se han citado, han sido procesos que han sentado precedentes dentro de la historia americana, de ahí los años en que fueron resueltos, y por los resultados obtenidos son tomados en cuenta hasta la actualidad, para resolver y fundamentar los procesos que se consideren como actos de mala práctica médica en Estados Unidos.

Si bien es cierto existen muchos temas por tratar en relación a la mala práctica médica, pero se ha considerado que los casos que se han expuesto son los más importantes sobre todo por los principios básicos que se han obtenido de ellos, para la existencia o no de la mala práctica médica, ya que son principios universales, como por ejemplo: la relación médico – paciente, consentimiento informado, el deber de informar la sintomatología completa, etc.; que tanto en el Ecuador como en Estados Unidos a pesar de poseer ordenamientos jurídicos diferentes, son indispensables al momento de juzgar un proceso de “negligencia médica” o mala práctica médica.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

Una vez realizado el trabajo de investigación y al haber desarrollado cada uno de los temas que se involucran en la práctica médica se ha podido llegar a conclusiones ciertamente importantes como las siguientes:

1. En el Ecuador a esta infracción mal llamada “mala práctica médica” se la contempla dentro de la Legislación penal, de acuerdo a lo establecido en el Art. 14 del Código Penal como una infracción culposa, y tiene concordancia plena con el Art. 459 ibídem que trata sobre el delito de homicidio inintencional, debido a que mas allá de cuál sea el fin que puede ser lesiones o muerte, provocadas por una acción u omisión, esta no tiene por intención el causar daño, por lo tanto la culpa es el punto medular de la infracción, entendiéndose que al actuar con culpa se estaría actuando con imprudencia, impericia, negligencia, o inobservancia de las Leyes o Reglamentos.
Por lo tanto en el Ecuador si está tipificada la infracción de la mala práctica profesional, y por ende la “mala práctica médica”.
2. A partir de la teoría del caso, se puede concluir diciendo, que lo que se busca probar por medio de esta es el nexo causal que provoco ya sea la muerte o lesiones, siempre que estas sean de origen culposo, de lo contrario estaríamos recayendo en otro tipo de delitos como el homicidio calificado o también conocido como asesinato, y el probar el nexo causal se traduce en comprobar que el sujeto activo haya actuado con imprudencia, impericia, negligencia o inobservancia a las Leyes y Reglamentos.

3. Como toda infracción esta debe poseer una sanción o pena, que deberá ser elaborada por medio del principio de proporcionalidad, evitando generalizar la infracción y los estados de responsabilidad que se puedan general a partir de ella.
4. Tanto la negligencia, imprudencia e impericia, son elementos constitutivos de esta infracción, que como ya se había mencionado si está tipificada en el Ecuador, ahora bien, lo que si no existe es la jerarquización o graduación de las acciones cometidas, y en consecuencia se sancionan de manera general, quedando en penas poco convincentes para quienes han sufrido el daño, esto en virtud de la no utilización e implementación del principio de proporcionalidad para sancionar.
5. Cuando se determinan los efectos de la infracción denominada “mala práctica médica” lo que se busca es especificar las sanciones que se pueden generar para cumplir con la característica punible de la infracción, por lo tanto al ser esta infracción juzgada por el derecho penal, y obtener una sanción punitiva, de manera consecuente se puede solicitar el resarcimiento de los daños, a través del daño moral y/o pago daños y perjuicios, que si bien es cierto no restituirán a la victima a su estado natural, al menos mitigaran en algo los efectos de la infracción cometida por el sujeto activo.
6. El pago de una indemnización que se entrega por el cometimiento ya sea producido por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia las Leyes o Reglamentos, se lo realizara mediante el pago de daños y perjuicios, por lo que la victima ha dejado de percibir en virtud de la lesión o muerte producida, esta presunción de réditos

monetarios tendrán que ser probados por la víctima, y de daño moral, el cual será de potestad del juez determinar la cantidad con la cual se deba resarcir el daño.

7. Adicionalmente se puede concluir que las limitaciones que se encuentran para obtención de información sobre este tema de la mala práctica médica son muchas, entre ellas por qué no existe, jurisprudencia, sentencias, o doctrina en el Ecuador que puedan respaldar a este tipo de actividad y condenarla, así como tampoco se puede obtener colaboración por parte del cuerpo colegiado medico, el mismo que al ser solicitado como fuente de información por fines académicos, únicamente tiene como respuesta una negativa al acceso de información, ya que la han catalogado como “confidencial” denominación, que lo único que busca es socapar la negligencia de profesionales que han causado daño a víctimas, que depositaron su confianza en manos de los galenos, en búsqueda de recuperar la salud o cumplir con estereotipos de belleza fabricados en un quirófano.

La “discreción” existente entre los miembros del cuerpo colegiado medico, es casi un pacto de silencio, ya que al momento de las investigaciones, los peritos son los mismos galenos del colegio de médicos, de la provincia donde se cometió el ilícito.

Toda esta carencia de información, negativa y discrecionalidad genera una complicidad tacita entre los galenos, y crea un estado de inseguridad para los pacientes que se han convertido en victimas, así como muchas interrogantes en quienes buscan respuestas y soluciones a esta actividad que se ha vuelto frecuente en

el Ecuador y que poco a poco ha ido ganando la batalla entre la impunidad y la justicia.

RECOMENDACIONES

Una vez establecidas las conclusiones a las cuales se pudieron llegar a partir de la investigación realizada sobre la mala práctica médica en el Ecuador, las recomendaciones y posibles aportes para el futuro, que se pueden hacer a este problema social son las siguientes:

1. Al conocer a ciencia cierta que la infracción proveniente de la “mala práctica médica” sí está, de manera positiva integrada en la legislación penal ecuatoriana y en virtud que las consecuencias producidas, pueden ser lesiones o muerte, para considerar la sanción o pena, se tendrá que remitir al principio de proporcionalidad, para que el sistema judicial realice verdaderos actos de justicia, pero para que esto suceda se tendrá necesariamente que hacer parte de la legislación costumbre y doctrina a este principio. De esta forma si se cometió una infracción y esta tiene agravantes la pena sería mayor, pero de existir elementos eximentes de responsabilidad la sanción disminuirá en el mismo sentido que la acción cometida.
2. Remitiéndonos una vez más al principio de proporcionalidad, y reafirmando que este se debe instituir en la doctrina del derecho utilizada en el Ecuador, las penas obtenidas de los delitos culposos y en este caso de la mala práctica médica, necesariamente tendrán que sujetarse a la discrecionalidad del juez y probarle a la autoridad que tanto el daño moral, como el pago de daños y perjuicios únicamente compensan los bienes tangibles.

3. Al causarse un daño, el mismo que es fruto de la negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia a las Leyes o Reglamentos, se estará evidenciando en las consecuencias o fin último que tuvo el proceder con las características antes mencionadas las mismas que indicarán la forma por la cual se deba sancionar esta infracción y es así que de no presentarse lesiones se puede pedir indemnización motivando esta solicitud en el daño causado por haber sido puesto en riesgo su integridad física y psicológica, sin embargo si se produce lesiones físicas o se da muerte, a partir de haber actuado con culpa, se solicitará el pago de daños y perjuicios para subsanar los daños provocados, sin que se exima la responsabilidad penal y con lo expuesto se da cumplimiento a la responsabilidad civil que se provoca cuando se actúa con culpa. En este sentido, en el nuevo Código Penal Integral se señala en el Art. 1, núm. 2 la reparación a las víctimas por la violación de sus derechos, por lo tanto el saber enmarcar a un delito culposo de la manera adecuada hará que se pueda acceder a este tipo de reparaciones, en un futuro si se llegase a aprobar este nuevo Código Penal Integral.
4. En vista que la forma de tipificación expresada hasta la fecha, no ha aperturado de una manera amplia a los usuarios del servicio de justicia a procesos correctos cuando estos se han sentido ofendidos, se propone reformar el actual código penal, pero no para implementar a la figura de delito de “mala práctica médica” sino con el fin de que el cuasidelito se convierta en una figura jurídica penal, para en una misma acción conseguir la sanción punitiva y el pago de reparación de daños. Aunque esto se contraponga con el Art. 198 del Nuevo Código Penal Integral que busca sancionar, de manera administrativa, punitiva y resarcitoria a esta infracción culposa.

CUADROS CUANTITATIVOS

CUADROS COMPARATIVOS

	DELITOS	CUASIDELITOS
Intención	Se cometen con dolo.	Se interviene con culpa
Origen	Comprometen cualquier aspecto: propiedad, libertad sexual, bienes del Estado, etc.	Comprometen la vida, integridad o patrimonio del afectado
Grado de participación	Se categoriza en autor (material o intelectual), cómplice o encubridor.	Solo existe autor
Grado de desarrollo	<ul style="list-style-type: none"> • Tienen iter criminis. • Pueden quedarse en cualquier parte del mismo (deliberación, propuesta, preparación, desarrollo y consumación). 	<ul style="list-style-type: none"> • Siempre se consuman. • No hay proceso de iter criminis.
Clasificación de penas	Prisión o reclusión mas indemnización pecuniaria.	Únicamente pecuniaria. Excepto en casos que comprometan a la vida que tendrán prisión o reclusión.

CUADRO No. 3 CUADRO COMPARATIVO ENTRE DELITOS Y CUASIDELITOS

SEMEJANSAS ENTRE IMPRUDENCIA - IMPERICIA - NEGLIGENCIA
<ul style="list-style-type: none">• no son excusables• deben ser practicados por profesionales de la medicina• pago de indemnización• existe autoría y máximo se deriva en coautoría• pueden ser voluntarias, arbitrario o irresponsable• infracción a una norma o deber de cuidado• pueden estar sujetos a caso fortuito• todo es previsible a menos que no sea conocido.

CUADRO No. 4 SEMEJANZAS ENTRE LA IMPRUDENCIA- IMPERICIA – NEGLIGENCIA

CUADRO COMPARATIVO ENTRE IMPRUDENCIA - IMPERICIA - NEGLIGENCIA		
IMPRUDENCIA	IMPERICIA	NEGLIGENCIA
<ul style="list-style-type: none"> • Descuido • Falta de previsión de consecuencias • Juicio médico inadecuado • Margen de probabilidad • Intensión de las acciones • Un solo hecho, varias consecuencias 	<ul style="list-style-type: none"> • Carencia de conocimiento técnico y/o científico • carencia de experiencia o destreza en una actividad 	<ul style="list-style-type: none"> • Omisión del cálculo de las consecuencias previsibles y posibles de la propia acción • se deriva de la falta de información • olvido por parte del paciente y del medico • es involuntaria

CUADRO No. 5 DIFERENCIAS ENTRE IMPRUDENCIA – IMPERICIA – NEGLIGENCIA

CUADRO DE SEMEJANZAS ENTRE DELITO EVENTUAL Y CULPA
<ul style="list-style-type: none"> • Métodos fuera de los practicados, tomando riesgos innecesarios • Preexistencia de ciertas enfermedades • Situaciones complicadas como falta de personal, insumos, equipos, etc. • Pago de indemnización por consecuencias

CUADRO No. 6 CUADRO DE SEMEJANZAS ENTRE EL DELITO EVENTUAL Y CULPA

CUADRO DE DIFERENCIAS ENTRE DELITO EVENTUAL Y CULPA	
DELITO EVENTUAL	CULPA
<ul style="list-style-type: none"> • Una vez pasado el riesgo la acción se convierte en un hecho bueno. • Está sujeto a un riesgo permitido • sobrepasa el riesgo permitido 	<ul style="list-style-type: none"> • Error de diagnóstico • Falta de información • Acción u omisión

No. 7 CUADRO COMPARATIVO ENTRE DELITO EVENTUAL Y CULPA

CUADRO CRONÓLOGICO			
1987	1995	2006	2007
Caso Laura Alban Cornejo	21 personas infectados con el virus del VIH en la clínica del Dr. Galo Garcés.	El Dr. Tito Tomalá Pantaleón, fue acusado de causar muerte cerebral a una de sus pacientes y daños severos en una adolescente.	Una fallecida en el Hospital de Chone por falta de atención oportuna

CUADRO N° 8: CRONOLOGÍA DE CASOS DE NOTABLES DE MALA PRACTICA MÉDICA EN EL ECUADOR.

CASOS MÁS COMUNES Y FRECUENTES DE NEGLIGENCIA EN HOSPITALES	
Lesión Perinatal	Errores en la Medicación
Causado por prácticas incorrectas al momento del parto.	La administración del medicamento equivocado o a su vez la prescripción de medicamentos a los cuales el paciente sea alérgico y pueda comprometer no solo la salud sino la vida del mismo.
Diagnostico Incorrecto	Errores Quirúrgicos
El tratar a un paciente por una enfermedad que no tiene o cuando una enfermedad no es tratada de manera acertada.	Cuando no se actúa con la diligencia y precaución necesaria al momento de una cirugía.

CUADRO N° 9: CASOS MÁS COMUNES Y FRECUENTES DE NEGLIGENCIA EN HOSPITALES

INDICE BIBLIOGRAFICO

- MANUEL ANGEL DE LAS HERAS GARCÍA, ESTATUTO ETICO JURIDICO DE LA PROFESION MEDICA , Dyquinson s.l., 2005
- Crónica Médico-Quirúrgica de La Habana. 385. La Habana, Octubre de 1938
- CABANELLAS DE LA TORRE, Guillermo, DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL, pág. 428, 12. Ed. Heliasta – Buenos Aires ,1979
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte general, México, Cárdenas, p.333., 1991.
- VELASQUEZ, Fátima, LA CULPA COMO SENTIMIENTO HUMANO, pág. 20,España, 2001
- GRISANTI, Hernando: "Lecciones de Derecho Penal". Vadell Hermanos Editores. 12º Edición revisada, 2.000
- LINCOLN MAYLLE ANTAURCO, “QUE ES LA MALA PRACTICA MEDICA”, Lima – Perú, pág., 5, 2005.
- Portal universitario, Manual del Derecho Civil - Obligaciones de dar, hacer y no hacer; de medios y resultados, Obligaciones de dar, hacer y no hacer; de medios y resultados, 2006
- TEORIA DEL CASO, Instituto de la Defensa publica Penal, Lic. Blanca Aida Stalling Dávila Directora General IDPP, 2003.
- SALAS B., Cristian, EL PROCES PENAL ORAL ACUSATORIO, Lima – Perú, 2004.
- MUÑOS, FRANCISCO “DERECHO PENAL, PARTE GENERAL” CAPITULO XII, TEORIA DE LA ACCIÓN.
- FRANCISCO BERNATE OCHOA, Prolegómenos - Derechos y Valores, Volumen XI - Nº 21 - Enero - Junio 2008 - ISSN 0121-182X.
- SACOTO, Remigio, “DELITO CULPOSO, IMPUTACION OBJETIVA Y SISTEMA ACUSATORIO”, (2005), Editorial Escuela Politécnica del Ejercito, Ecuador.
- PORTERO LAZCANO, Guillermo, Responsabilidad penal del médico: Fundamentos para el establecimiento de negligencia o impericia.

- BETTI, Emilio, Teoría General del Negocio Jurídico, Tercera Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983. Pg. 9.
- Guzmán Toro F. Ética médica y responsabilidad profesional. Revista de la Sociedad Médica del SAHUM 2002; 1(2): 165 – 170.
- GONZALES MORAN, I. Evolución de la responsabilidad civil anestesista, LA LEY 1989 – 2, p, 1.179
- TREBOL, JACOBO, LESIONES : CONCEPTO JURÍDICO, apuntes de medicina legal 5, 2005
- “TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES”, Martínez Alfaro, Joaquín; Editorial Porrúa, Novena Edición, 417 hojas.
- CASTELLANOS Biela, RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL, Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo IV, Parte SCJN, Tesis: 354