



**UNIVERSIDAD DEL AZUAY**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS**  
**ESCUELA DE DERECHO**

**“La mala práctica médica y el deber objetivo del cuidado”**

**Trabajo de graduación previo a la obtención del Título de Abogado de los  
Tribunales de Justicia de la República**

**AUTOR:** Juan Fernando Valencia Pesantez

**DIRECTOR:** Dr. Jaime Ochoa Andrade

**Cuenca – Ecuador**

**2016**

## **DEDICATORIA**

A mi esposa por creer en mí, a mi mamá por no rendirse y apoyarme de la manera en que lo ha hecho siempre, a mi familia, cada uno son un pilar de inspiración del amor de Dios.

## **AGRADECIMIENTO**

Mi sincero agradecimiento con todos quienes han tenido la perseverancia de enseñarme el camino.

Mi gratitud especial con el Dr. Jaime Ochoa Andrade así como con los profesores de la facultad de Derecho de la Universidad del Azuay, que a más de impartir su cátedra supieron brindar su mano amiga, a ellos brindo este logro.

## INDICE DE CONTENIDOS

<b>RESUMEN</b> .....	<b>5</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>6</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>7</b>
<b>CAPITULO I</b> .....	<b>8</b>
<b>DEL DELITO</b> .....	<b>8</b>
<b>1.- Concepto del Delito:</b> .....	<b>8</b>
<b>2.- Elementos y estructura del concepto del delito:</b> .....	<b>10</b>
2.1.- La Acción:.....	11
2.2.- Tipicidad: .....	12
2.3.- Antijuricidad: .....	12
2.4.- Culpabilidad: .....	14
<b>3.- El delito de la mala práctica profesional:</b> .....	<b>14</b>
3.1.- Nociones generales de la mala práctica profesional:.....	16
3.1.1.- Responsabilidad: .....	18
3.1.2.- Elementos de la responsabilidad: .....	18
<b>4.- El delito culposo:</b> .....	<b>19</b>
4.1.- Elementos de la culpa: .....	21
<b>CAPITULO II</b> .....	<b>22</b>
<b>LA MALA PRÁCTICA MÉDICA Y EL DEBER OBJETIVO DEL CUIDADO</b> .....	<b>22</b>
<b>1. El ejercicio de la medicina:</b> .....	<b>22</b>
1.1.- Presupuestos del ejercicio de la medicina, bien jurídico tutelado: .....	23
1.2.- Obligaciones del médico: .....	25
<b>2. Incumplimiento de las obligaciones del médico:</b> .....	<b>30</b>
2.1.- Culpa profesional: .....	30
2.2.- Praxis y mala praxis médica:.....	32
2.3.- Responsabilidad médica: .....	33
<b>3. El cuidado requerido en el ámbito de la relación:</b> .....	<b>35</b>
3.1.- Teoría de la imputación objetiva:.....	36
3.2.- Estructura de la imputación objetiva: .....	40
3.3.- Criterios básicos de la imputación objetiva en materia penal:.....	41
3.4.- Imputación objetiva y subjetiva: .....	42
<b>4. Nexos entre la imputación objetiva y el deber objetivo del cuidado:</b> .....	<b>44</b>
<b>CAPITULO III</b> .....	<b>47</b>
<b>LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO</b> .....	<b>47</b>
<b>1.- Generalidades:</b> .....	<b>47</b>
<b>2.- Sujetos que intervienen en el tipo delictual de la mala práctica médica:</b> .....	<b>49</b>
2.1.- El médico o sujeto activo: .....	55
2.2.- El paciente o sujeto pasivo:.....	57
<b>3.- Salud, regulación en la legislación ecuatoriana:</b> .....	<b>59</b>
3.2.- Estructura jurídica del delito de mala práctica:.....	66
3.1.1.- Tipo básico: .....	66
3.1.2.- Elementos subjetivos: .....	67
3.1.3.- Elementos objetivos:.....	67
<b>4.- Elementos del tipo de mala práctica:</b> .....	<b>69</b>
4.1.- El acto:.....	69

4.1.1.- Innecesario: .....	72
4.1.2.- Peligroso: .....	73
4.1.3.- Ilegítimo: .....	75
4.2.- La antijuricidad: .....	76
4.3.- La tipicidad: .....	78
4.4.- La culpabilidad: .....	78
4.4.1.- Formas o variantes de la culpa médica: .....	80
<b>CAPITULO IV .....</b>	<b>83</b>
<b>EL HOMICIDIO Y LAS LESIONES COMO CONSECUENCIA DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA .....</b>	<b>83</b>
<b>1. Generalidades: .....</b>	<b>83</b>
1.1.- Caso Góngora, antecedentes generales: .....	84
1.2.- Fundamentos de hecho: .....	84
1.3.- Fundamentos de derecho: .....	85
1.4.- Sentencia: .....	86
1.5.- Consideraciones personales del caso: .....	87
<b>2.- Homicidio: .....</b>	<b>89</b>
<b>2.- Lesiones: .....</b>	<b>92</b>
<b>3.- Estructura jurídica del homicidio y las lesiones, a consecuencia de la mala práctica médica: .....</b>	<b>95</b>
<b>4.- Reflexiones finales: .....</b>	<b>98</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>102</b>

## **RESUMEN**

En la presente investigación nos hemos enfocado principalmente a la problemática de diferenciar la práctica médica del resto de profesiones, por cuanto hoy nuestra legislación ha previsto más no singularizado las consecuencias de la mala práctica según las diferentes profesiones.

Al ser el objetivo del legislador el precautelar los bienes jurídicamente protegidos, hemos demostrado por medio del presente trabajo la necesidad de que nuestra legislación penal prevea la mala práctica medica con tipos singularizados que brinden las herramientas al Juzgador a fin de que se pueda determinar cuando la mala práctica médica en concreto ha ocurrido.

El estudio además demuestra que tipos penales especiales pueden proveer protección para ambos, el paciente y el facultativo; como así mismo el deber objetivo del cuidado brinda el lineamiento que el Juzgador requiere para determinar responsabilidad y al mismo tiempo evitar el abuso de la acción penal.

## ABSTRACT

This research focused mainly on the problem of differentiating medical practice from other professions, because today our legislation has provided, but not drawn a distinction on the consequences of malpractice within the different professions. Since the aim of the legislator is to preserve the legally protected property, we have demonstrated through this study the need for our criminal legislation to foresee medical malpractice under differentiated types, in order to provide the judge with tools so that they can determine when specifically the medical malpractice has occurred. The study also shows that special criminal proceedings can provide protection for both the patient and the physician; as the necessary care provides the guidelines that the Judge requires to determine responsibility while avoiding abuse of criminal proceedings.



  
Translated by,  
Lic. Lourdes Crespo

## **INTRODUCCIÓN**

La medicina es sin duda es una de las profesiones que más retos propone en su ejercicio, de allí que la penalización del resultado que conlleva la intervención por medio de la relación médico paciente ha sido polémica desde siempre.

Cuanto más en pleno siglo XXI, cuando bien parecería que la medicina más que un medio para restaurar la salud y salvar vidas se ha convertido en el canal idóneo para amasar fortunas, pues no es ajeno a nadie que hoy entre más sofisticada sea su práctica más le ha de costar al paciente so pretexto que esta sea de mejor calidad.

Nuestro objetivo en el presente estudio es entender la intención del legislador de llevar ese malestar y plasmarlo en ley penal como mala práctica profesional, más sin la singularidad que esta profesión por compleja ameritaba. Por otra parte, se investigo del porque el deber objetivo del cuidado era la clave para el no abuso de la acción penal.

Particularmente mi motivación estuvo enfocada en lograr entender que es lo que cada uno de nosotros cuando somos pacientes podemos esperar de la relación médico paciente, así como también conocer cuales son los riesgos que aún con nefastos resultados al galeno le es legitimo tomar.

A continuación podremos evidenciar como el presente trabajo se haya estructurado, mismo que consta de cuatro capítulos que desarrollan las teorías penales necesarias para entender lo propuesto anteriormente, así como lo relativo al ejercicio médico; de suerte que resultará muy claro entender como penalmente funciona la acción que tiene como finalidad el ejercicio de precautelar los bienes jurídicamente protegidos, diferenciando así según sus resultados la manera en que hemos de ejecutar el camino hacia la tan pretendida reparación integral.

## CAPITULO I

### DEL DELITO

#### 1.- Concepto del Delito:

Es tarea de quienes están a cargo de generar las leyes que gobiernan las conductas humanas bajo un régimen de Derecho legislar creando leyes y normas, mismas que entre otras cosas tendrán como objetivo el darle forma y desde luego esbozar un concepto entre líneas del “Delito” propiamente dicho, pero no es menos cierto de que se plantea para ello una tarea nada sencilla, de hecho, parte de la construcción del concepto corresponde de cierta manera a enumerar sus características, de suerte que este ejercicio aunque no nos de un concepto inequívoco del Delito si nos dejará más holgado el camino, separando aquellos actos humanos que han de ser considerados y encuadrados en la norma delictuosa de aquellos que no lo son.

Pues bien, al Derecho Penal en si no le interesa entrar en una tarea taxativa y exhaustiva describiendo toda posibilidad que pueda proponerse, ya que al hacerlo podría exonerar inintencionalmente actos que a la lógica son punibles, más que por no haberse positivado se convierten en in sancionables por no ser antijurídicos; de hecho que por esa razón se buscará normar únicamente ciertos hechos concretos, mismos que sirven en su mayoría como parámetros y a su vez positivarlos; por el mero hecho desde luego que concretamente para el Derecho Penal es fundamental positivizar la norma y cumplir con ello con uno de los pilares penales más representativos, “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, que quiere decir: no hay crimen, no hay pena, sin que exista una ley, y esta debe ser previa al cometimiento del hecho, ya que no se puede condenar

retroactivamente, desde luego, esto implica que la ley debe estar vigente al momento del cometimiento de un hecho o su omisión y que estos a su vez sean considerados delitos.

Muñoz Conde bien destaca en su libro *Teoría General del Delito* sobre este tema al decir que “Desde el punto de vista jurídico delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena (...)” sin embargo “El concepto de delito como conducta castigada por la ley con una pena es (...), un concepto puramente formal que nada dice sobre los elementos que debe tener esa conducta castigada por la ley con una pena” (Muñoz Conde, 2007, p. 2) y de hecho podemos además destacar que sobre lo mismo coincide Claus Roxin en su libro de *Derecho Penal parte general Tomo I* (Roxin, 1997, p. 51).

Es decir, de cierta forma lo que se hace es explicar la consecuencia del delito más no conceptualizarlo directamente diciendo que es, y describir los delitos taxativamente como anotamos anteriormente tampoco es un concepto, por ello y para los fines legales que fueran pertinentes nos es útil tener en consideración lo que el legislador dentro de nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano ha conceptualizado; legislación que recoge en el Art. 18 del Código Orgánico Integral Penal dicha intención diciendo que “Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código.”

Finalmente en un intento más por dejar claro conceptualmente el tema que nos compete podremos citar a Cabanellas, quien señala que “Etimológicamente, la palabra delito proviene de la similar latina “delictum” (v.) aun cuando la técnica romana poseyera significados genuinos, dentro de una coincidente expresión calificadora de un hecho antijurídico y doloso sancionado con una pena” (Cabanellas & Alcalá - Zamora, p. 524).

En conclusión podemos afirmar que el Delito es aquel acto humano que se debe hallar

previamente establecido, por ende es aquel que es típico, antijurídico, mismo que podrá ser a su vez doloso o culposo, civil o penal.

## **2.- Elementos y estructura del concepto del delito:**

Partiendo entonces de conocer el concepto aunque más que doctrinario, formal, del delito; este en su mismo enunciado nos deja saber para que se constituya debe contener tres parámetros, es decir que sea una conducta típica, antijurídica y culpable, más cabe darse cuenta que trae dicho concepto consigo en el Art. 18 del (COIP, 2014) dos posibles errores en los que debemos evitar ser parte.

Primero, al referirnos a conducta o más concretamente según la doctrina penal general al acto, el delito propiamente dicho no solo se puede constituir por medio de la ejecución de la voluntad humana si no también por su omisión.

Segundo, la norma ha caído en la desgastada hipérbole so pretexto de ser clara al decir dos veces lo mismo, que la conducta sea típica, “La estricta vinculación a la tipicidad es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege*. Por consiguiente no es posible derivar acciones punibles de principios jurídicos generales y sin un tipo fijado, como ocurre en algunas consecuencias jurídicas civiles” (Roxin, 1997, pp. 194, 195) para concluir diciendo “(...) cuya sanción se encuentra prevista en este Código”.

Una vez salvado los errores incurridos en el concepto formal dado en nuestra normativa penal, nos remitimos a la doctrina la cual en la voz del mismo autor alemán –Roxin- antes citado, bien señala que toda conducta punible debe tener presente cuatro elementos comunes que son la acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, mismas que en la antes señalada norma colijo se quiso aparejar.

A continuación explicaremos cada uno de los elementos del Delito considerados en nuestra legislación penal.

### **2.1.- La Acción:**

Zaffaroni la define bajo un concepto personal como “Lo que se produce por un humano como un centro de acción anímico espiritual o, más brevemente, como exteriorización de la personalidad.” (Zaffaroni, 2002, p. 412)

Es así que ciertamente es posible partir y distinguir los hechos de los actos donde en la primera no podemos prever el resultado final a consecuencia de que no interviene la voluntad y la segunda donde interviene la conciencia del querer o esperar que con el actuar tal o cual resultado suceda, es decir, a palabras del mismo Zaffaroni, su construcción es un modelo conceptual abarcativo donde parte y distingue la diferencia de la acción de un hecho cualquiera por el involucramiento de la personalidad, al respecto podemos citar al Profesor Welzel quien la conceptualiza de manera más puntual: “Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer “final”, no solamente “causal”. La “finalidad” o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines” (Welzel, 1987, p. 53), siempre la acción para que cobre sentido para el Derecho Penal deberá exteriorizarse, de otra manera solo hablaríamos de una intención y no de su ejecución, de lo cual como nos referimos antes deberá ser dominada o dominable por la voluntad, y en todo caso la intención no es punible por el mero hecho lógico de no exteriorizarse.

## **2.2.- Tipicidad:**

“Son tipos las fórmulas que usa la ley para señalar los pragmas conflictivos cuyas acciones amenaza con pena. Para el poder punitivo es la formalización de la criminalización primaria que habilita su ejercicio en leyes con función punitiva manifiesta.” (Zaffaroni, 2002, p. 432)

Es decir entonces, que son esos actos que por voluntad humana se han exteriorizado, mismos que se encuadran o han coincidido en su forma con la descripción que para los fines el legislador ha hecho sobre tal o cual delito, dando como resultado entonces la posibilidad de ejecución de una pena correlativa al acto, al respecto vale citar un famoso aforismo jurídico desarrollado por Paul Johann Anselm Von Feuerbach como parte del Código de Baviera de 1813, mismo que además nos ayudará a poner más en riel lo ya antes dicho de cuando Delito hablamos, diciendo: “*Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*”- No hay delito, no hay pena, sin ley previa-; principio además incorporado al Derecho Penal Internacional que prohíbe la creación de leyes ex post facto que no favorezcan o empeoren la situación del imputado, principio que sin duda resguarda además la fina línea de la aplicación correcta del Derecho Penal como preventivo – correctivo, del abuso del mismo, alejándolo y transformándolo únicamente en castigador y punitivo.

## **2.3.- Antijuricidad:**

“El concepto de delito como instrumento reductor del poder punitivo se estratifica en filtros selectivos. La relación entre éstos siempre encierra elementos que, de alguna manera, traducen la contradicción entre el poder punitivo que presiona por superarlos y los filtros que resisten su paso, como

manifestación del esfuerzo del estado de derecho por contener las pulsiones del estado de policía. Este juego de pulsiones y contra pulsiones ofrece mayor intensidad en la dialéctica de esta tensión en el momento de determinar la anti normatividad de la acción, o sea la contradicción de la conducta del agente con lo prohibido o prescrito por la norma deducida del tipo (...)” (Zaffaroni, 2002, p. 589)

Es decir que, bien vale tener claro la posibilidad de que las acciones humanas delictuosas son aquellas que han podido ser típicas, es decir se ajustan con el presupuesto de la norma, y que por consiguiente a ello por regla general han de ser consideradas antijurídicas, a razón que en sinergia del encuadramiento de la conducta al tipo penal conlleva consigo la antijuricidad, conceptualizando a esta entonces como el incumplimiento al orden jurídico y por ende enmarcando la consecuencia del acto en la norma, sin embargo, la excepción a esta regla es el hecho de que el acto típico aun siendo antijurídico puede ser justificado, salvándolo a consecuencia de ser antijurídico. “Por regla general lo será ya con la tipicidad, puesto que el legislador sólo incorporará una acción a un tipo cuando la misma usualmente deba estar prohibida” (Roxin, 1997, p. 195). Lo citado anteriormente cumple con afirmar doctrinariamente que los actos que han sido típicos salvo excepción son antijurídicos, es decir que merecen ser punibles, y para poner más en claro esta posibilidad que debe considerarse se puede citar el típico ejemplo de aquel homicidio causado a consecuencia de la legítima defensa, donde el hecho típico que es dar a otro muerte ha sido exonerado por excluir de ella la voluntad del ejecutante, donde su finalidad no era precisamente dar muerte si no defenderse.

## **2.4.- Culpabilidad:**

Teniendo ya claro que son los tres antes dichos elementos los necesarios o los requisitos para considerar de un acto un delito, queda finalmente entender la culpabilidad, Zaffaroni en su obra de Derecho Penal Parte General, cita a la obra de derecho penal de Baumann – Mitsch – Weber quienes dicen que “la culpabilidad es el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud de poder punitivo que puede ejercer sobre éste” (Zaffaroni, 2002, p. 650), es decir que la culpabilidad es el vinculo que nos permite considerar el hecho punible como una consecuencia de haberse cumplido con los elementos necesarios del delito y de allí que el orden cronológico en que hemos desenvuelto el estudio de las partes del delito nos permite así entenderlo, como la suma de la acción típica y antijurídica, es decir que a consecuencia se podrá responsabilizar –culpar- al autor o ejecutante cuando su acto ha reunido las características previas.

## **3.- El delito de la mala práctica profesional:**

Finalmente entrando en materia de lo que es objeto de estudio, cabe citar la normativa que se encuentra vigente y pretende regular el delito de la mala práctica profesional.

En razón de lo antes dicho acudimos a la constitución actualmente vigente y aprobada en Montecristi en el pasado año 2008, 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.”  
(Constitución del Ecuador, 2008)

Concretamente es el inciso segundo el que se refiere sobre la responsabilidad de la mala práctica profesional como tal, misma que enuncia de manera general a toda persona que practique una profesión –no hace una clara mención quienes pueden ser considerados para los fines pertinente como profesionales-; no distinguiéndose en particular a ninguna ciencia o arte la responsabilidad y el debido cuidado que de su ejercicio se espera, sin embargo, dejamos planteado una pregunta que más tarde hemos de responder, ¿Es equitativo el riesgo y las consecuencias que entre profesiones puede haber? –otra manera de plantear la pregunta es si que de la misma forma se puede medir todas las profesiones y los riesgos que en su práctica han de verse expuestos-.

En el Código Orgánico Integral Penal vigente desde el pasado 2014 en el Art. 146 en relación a la mala práctica profesional y que como consecuencia se de como resultado la muerte, se tipifico de la siguiente manera:

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

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

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

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.” (COIP, 2014)

Ha de tenerse en cuenta que la constitución ha marcado la pauta como norma superior y general, sin embargo, tras el ejercicio del legislador en búsqueda de dar sentido y ejecutabilidad al derecho y por medio de la rama penal a la responsabilidad profesional, y esta como la norma especial y concreta se la ha encuadrado a la conducta típica y declarado antijurídica bajo el supuesto que se ha llevado a cabo el delito como un acto innecesario, peligroso e ilegítimo, no obstante no dejando abierta la posibilidad irresponsable, sin duda, de un tipo penal abierto – que bien permitiría el abuso-, según mi criterio se salva dicho chance permitiendo que aún un acto pudiendo ser típico se exonere de ser antijurídico mediante la imputación objetiva, cuyo análisis buscará empatar los actos y el resultado que se busca penar, excepción que analizaremos a cabalidad posteriormente cuando analicemos la doctrina de la imputación al tipo objetivo.

### **3.1.- Nociones generales de la mala práctica profesional:**

A lo largo de la historia humana así como de la evolución del Derecho, los conceptos han evolucionado, y aún hoy en el mismo espacio de tiempo los

conceptos son distintos a consecuencia de la diversidad de culturas, creencias, ideologías, etc. Cuanto más podemos hacer referencia a las concepciones sobre el ejercicio profesional, mismo que de época en época se ve afectado a consecuencia de los avances que en cada ciencia y arte se van plasmando.

Tomar la mala práctica profesional y el criterio de la responsabilidad a la ligera implica un riesgo de no entender lo que conlleva el ejercicio, concretamente en el campo de la medicina que es la profesión de la cual nos adentraremos a entender; se hace aún más complejo por los innumerables factores que intervienen, desde el mero hecho del primer contacto del paciente con el médico, en si, debemos tener en cuenta en todo momento que todo acto humano sin importar los fines con los que se exteriorice traerá consigo responsabilidad, es decir, que en muchos de los casos donde los actos tengan consecuencias positivas, aún ello estos podrán acarrear cierta carga moral del paciente para con su médico, no siendo así cuando estemos refiriéndonos de actos con consecuencias negativas, mismos que acarrearán responsabilidad jurídica y que para el Derecho Penal podemos decir se deberá, se traduce, en la búsqueda de reparación del daño causado, aún cuando este sea imposible al tratarse que en el ejercicio de la profesión se ha causado la muerte del paciente, esto no exonera si no por lo contrario dará lugar a una sustitución plasmada en un deber pecuniario, so pena de lograr la reparación integral esperada con el ejercicio de la acción penal.

La responsabilidad es la finalidad de ser de la ley penal, por ende es aplicable a cada supuesto creado por el legislador, partiendo de la creencia, que todo es un acto y contrato, este ultimo como vinculo entre el profesional y el contratante, presuponiéndose que en la generalidad este se lleva acabo por medio de la buena

fe, de la diligencia y prudencia a fin de la mejor consecución de los fines con los que haya nacido la relación “contractual”.

### **3.1.1.- Responsabilidad:**

La responsabilidad para todos en su abstracción más básica no es más que la consecuencia de un acto, de un hecho, de ese algo llevado a cabo que conlleva implícitamente una obligación por el resultado. Sin duda esa definición que por genérica no ha dejado de sernos útil y cierta, podemos bien empatarla con aquella a fin de la responsabilidad penal, que no es si no la consecuencia que se puede atribuir a su autor, conceptualización que bien podemos tomar de la definición hecha por Cabanellas quien nos dice que es la “Obligación de reparar y satisfacer (...) el mal inferido o el daño originado” (Cabanellas & Alcalá - Zamora, p. 735).

Se debe tener en cuenta que la responsabilidad jurídica como tal puede diferir en su conceptualización así como en su finalidad dependiendo de la rama del Derecho que busquemos atender, es decir podremos hablar de responsabilidad civil, penal, administrativa, mercantil, etc.

Nuestra finalidad en la presente no es si no develar aquella que surge por aquellos actos u omisiones que el autor de un hecho o conducta típica y antijurídica ha incurrido, y deberá responder a fin de buscar de satisfacer con una reparación integral a la víctima.

### **3.1.2.- Elementos de la responsabilidad:**

Teniendo en claro que nuestro punto de partida es la responsabilidad penal, y ya con el antecedente de mantener claro qué es, podemos afirmar que sus elementos concretamente son dos, por una parte siempre

deberemos partir de una acción u omisión y por otra parte que ese hecho sea antijurídico, recordando que la tipicidad no juega como factor clave en este punto de la responsabilidad, puesto que como ya lo analizamos anteriormente un hecho puede ser típico pero no necesariamente antijurídico.

Pues bien, cabe ampliar a este punto más sobre la omisión de la cual ya hemos hecho mención más no la hemos profundizado, es entonces importante tener en cuenta que no solo la acción, el actuar propiamente dicho, puede acarrear perjuicios, ya que puede existir la obligación de evitar un daño y su no observancia u omisión acarrearía responsabilidad, así como existe obligaciones dadas por la ley o de la naturaleza o profesión del autor de tal omisión.

“(…) En síntesis y como pauta – guía del tema, se puede decir que la responsabilidad significa un deber de conducta que consiste en reparar el daño que se ha causado, sea cual fuere la guía generadora de la relación, ya sea directa entre las partes y consecuencia del incumplimiento de una obligación anterior, o bien sin vinculo previo.” (Yungano, López Bolado, Poggi, & Bruno, 1982, pp. 23, 24)

#### **4.- El delito culposo:**

“La característica esencial del tipo culposo finca en su peculiar forma de individualización de la acción prohibida: a diferencia del tipo doloso activo, en que ésta se individualiza mediante su descripción, el tipo culposo permanece prima facie indefinida y sólo es posible particularizar en cada caso, luego de determinar la conducta que origina el resultado relevado penalmente. (...) el tipo culposo no castiga al autor por

la forma en que un fin es perseguido, sino porque el resultado distinto al final presupone de parte del causante un peligro prohibido previsible y evitable, y ello se explica porque la mera creación de un peligro no es suficiente para imputación culposa. Por supuesto que esto no significa que la acción no tenga una finalidad.” (Zaffaroni, 2002, p. 549)

Es preciso acotar que en el ámbito de los delitos se puede distinguir de ellos dos tipos, el doloso y el culposo.

El primero de ellos es sin lugar a dudas aquel ilícito cometido en pleno uso de la personalidad, referencia que anteriormente la hemos usado de Zaffaroni, es decir que ha intervenido la conciencia y voluntad en su cometimiento, mientras que la segunda ha de intervenir la conciencia más no la voluntad respecto de la finalidad de sus acciones, retomando ya un ejemplo citado, puedo cometer un homicidio, acto que es punible, en conciencia de que lo es y aún así no haber deseado que el resultado final sea el de dar muerte al ahora occiso, según podemos colegir del párrafo citado.

De otra manera, podemos decir que el delito culposo es más un cuasidelito ya que ha sido el resultado de actos negligentes, imprudentes o por la inobservancia de reglamentos o deberes, pero que no guardaban la intención en sí del cometimiento de un delito, según explicamos en la diferenciación entre los dolosos y culposos; y esto hace mucho sentido en aquellos actos imputables a los profesionales y su *lex artis*.

“De cualquier manera es necesario averiguar la finalidad ante cada hecho concreto, para saber de qué acción se trataba y, conforme a ello, determinar cuál era el cuidado correspondiente a esa clase de acciones, indispensable para cerrar el tipo y verificar la tipicidad” (Zaffaroni, 2002, p. 549).

Zaffaroni además en su obra en mención explica que los tipos culposos se debe saber son abiertos, es decir, que se requiere que exista una norma que los complete o los

cierre, esto en el derecho penal no ha sido permitido por mero capricho o descuido de quienes legislan, si no como consecuencia de la imposibilidad de prever las innumerables formas que la realización de una acción puede violar un deber de cuidado y crear un peligro. Es en resumidas una estructura inevitable.

Muchos doctrinarios penales suelen recurrir a una simple clasificación de los delitos culposos; aquellos cometidos bajo el efecto de una culpa consciente y por otro lado los que son cometidos de manera inconsciente.

En aquellos donde ha intervenido la culpa consciente, donde el autor que aún ha sabiendas de que sus actos pueden concluir en un resultado no deseado continua ejecutándolos y por otro lado y de manera opuesta aquellos que se los puede denominar inconscientes, donde el autor tiene los conocimientos necesarios para prever el resultado más no piensa en ellos y en consecuencia no tiene conciencia del peligro.

#### **4.1.- Elementos de la culpa:**

De lo antes descrito referente al presente tema podemos deferir los siguientes elementos que deben ser parte del delito para configurarlo como culposo:

- 1) Conducta.- La intervención de la voluntad por parte del sujeto de llevar a cabo de manera activa u omisiva tal o cual conducta.
- 2) Nexo causal.- La relación necesaria entre los actos ejecutados con el resultado que ha causado daño.
- 3) Daño típico.- Debe haber una lesión a un interés jurídicamente protegido.
- 4) Falta de previsión.- Es la posibilidad como tal de encausar los actos voluntarios y llevarlos según las normas o reglas de conducta impuestas sea por el ordenamiento jurídico o bien por la sociedad que de ser observadas con prudencia pueden evitar un hecho dañoso.

## CAPITULO II

### LA MALA PRÁCTICA MÉDICA Y EL DEBER OBJETIVO DEL CUIDADO

#### 1. El ejercicio de la medicina:

“No cabe mayor suerte, responsabilidad u obligación en el destino del hombre que convertirse en médico. Tiene que poseer conocimiento científico, habilidades técnicas y comprensión humana para atender a los que sufren. Si esas cualidades las administra con coraje, humildad y sabiduría, prestará un servicio único a sus semejantes y formará dentro de sí mismo un carácter firme. Del médico siempre se esperan conocimiento, tacto, buen hacer, simpatía y comprensión, porque el paciente no sólo es un conjunto de síntomas, signos, funciones alteradas, órganos dañados y emociones trastornadas. Es un ser humano que busca curación, ayuda, alivio y confianza.”<sup>1</sup> (Harrison’s, 2012, p. 49)

De entre todas las profesiones sin duda la medicina es simbólicamente y por mucho aquella que es capaz de llegar al tuétano del ser humano, es decir, a lo más profundo y sensible, con un alto sentido de fragilidad cuando hablamos de un ser humano; desde luego y por eso, su ejercicio no se presta para ser sencillo.

Atinadas palabras de Tinsley R. Harrison en su obra *Principles of Internal Medicine*, a quien hemos citado y con gran elocuencia ha vislumbrado y es capaz de maravillar aún para quienes no somos médicos el gran espectro que supone atender medicamente a otro ser humano.

---

<sup>1</sup> “No greater opportunity, responsibility, or obligation can fall to the lot of a human being than

De esa relación tan delicada es que el Derecho alrededor del mundo, ha hecho un esfuerzo por proteger, a criterio personal, a ambas partes. De cierta manera y usando para nosotros parte del conocimiento popular, que dice, no es menos libre quien tiene más reglas a seguir; podemos sumarnos y pensar que lo antes dicho permite que el ejercicio de la profesión no sea supuesta a una práctica arbitraria que pudiera lesionar la confianza en general de los pacientes cuando de su médico y en si de la misma medicina se trata.

“La importancia de la relación personal íntima entre el médico y el paciente no se puede enfatizar lo suficientemente fuerte, pues en un número extraordinariamente grande de los casos, tanto el diagnóstico y tratamiento depende directamente de él. Una de las cualidades esenciales del médico es el interés por la humanidad, más el secreto del cuidado del paciente es preocuparse por el paciente.” Francis W. Peabody (Harrison’s, 2012, p. 56)<sup>2</sup>

En el presente capítulo el principal objetivo será poder entender que conlleva el ejercicio de la medicina así como la relación que surge, la que es de mucho interés para el derecho en general, la del paciente y el médico.

### **1.1.- Presupuestos del ejercicio de la medicina, bien jurídico tutelado:**

Hoy con mucho énfasis el legislador en coordinación con la normativa jurídica interna, es decir, a través de sus leyes, reglamentos y ordenanzas ha buscado

---

<sup>2</sup> “The significance of the intimate personal relationship between physician and patient cannot be too strongly emphasized, for in an extraordinarily large number of cases both the diagnosis and treatment are directly dependent on it. One of the essential qualities of the clinician is interest in humanity, for the secret of the care of the patient is in caring for the patient.” Francis W. Peabody

tutelar por medio del Estado, la vida, la salud, la integridad personal, económica, etc.

Concretamente en nuestro ordenamiento jurídico, la salud es tutelada y es nuestra constitución en el Art. 32 que marca la pauta con la cual se auto genera un deber y una responsabilidad como Estado diciendo: “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 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.” (Constitución del Ecuador, 2008)

Entonces a razón de lo citado, la salud como tal, la hemos de considerar desde dos aspectos fundamentales:

“a) como un bien jurídicamente tutelado, (...)

b) como valor frente al cual el Estado debe organizar y/o fiscalizar un sistema (...)” (Yungano, López Bolado, Poggi, & Bruno, 1982, p. 56)

Es decir, que lo que se espera es que el Estado emplee todo medio necesario y disponible para garantizar este Derecho, obligación que ya viene a ser solidaria con los practicantes de la medicina, sin descuidar un deber mayor que es proteger al paciente de una mala o abusiva práctica de la medicina so pretexto de

buscar dar salud, aunque suene esto idealistamente difícil de concebir dado el juramento hipocrático que todo profesional hace al recibirse de médico.

### **1.2.- Obligaciones del médico:**

Anteriormente hemos explicado la tutela que comprende la salud y por así decirlo ese deber que surge del médico de cuidar del enfermo, o en los términos más amplios, de quien requiera de la asistencia de salud; una obligación compartida con el Estado quien deberá garantizar entre otras cosas la calidad del ejercicio médico, por medio entre otras formas, de leyes y controles que garanticen el buen profesional.

Todo cuanto hemos explicado girara en torno a esa relación que surge con el ejercicio de la profesión, es decir la relación entre el paciente y el médico.

Para entender de la antes dicha relación debemos poder comprender como ha surgido; de allí que existen dos modalidades a considerar:

a) Relación médico – paciente voluntaria o directa: “Es aquella que se entabla en la medicina privada. El paciente escoge el facultativo y éste, por su parte, tiene la opción de encargarse o no de su atención, excepto en las circunstancias que las normas éticas contemplan.” (Vargas Alvarado, 1991, p. 865)

b) Relación médico – paciente involuntaria o indirecta: “Es aquella que se establece a través de organismos intermedios. Puede ser:

-A través de un hospital o centro de asistencial estatal donde el paciente no puede escoger el médico ni éste negarse a atender al paciente que se le ha asignado.

-A través del sistema de médico de empresa, en el cual el médico debe atender a todos los empleados de la empresa que lo ha contratado y, por

su parte, no le queda a aquéllos otra opción que acudir a ese profesional.”

(Vargas Alvarado, 1991, p. 865)

Se debe considerar que en la relación médico paciente, jurídicamente se han de haber previo a establecerse, cumplido presupuestos llamados de competencia.

Estos presupuestos de competencia médica son entre otros el haber completado los requisitos formales que lo certifiquen de idóneo para ejercer la profesión y desde luego, la actividad en concreto que este realice; es decir, una especialización si fuere el caso. Ejemplo de ello, si hablamos de un médico intensivista, este deberá contar con la certificación no únicamente para el ejercicio de la medicina, si no además la acreditación en la especialización en mención que este practique. De allí que si alguien cumple con la primera obligación que es el ser médico como profesional en concreto, más la segunda que sería la certificación en la especialización que ejerce, no cuenta con ella, estaríamos hablando de un ejercicio ilegal de la profesión.

“En cuanto al paciente, no sólo se incluye como tal al enfermo propiamente dicho, sino también a todo sujeto sano que requiera un servicio médico cualquiera, sea diagnóstico o preventivo.” (Vargas Alvarado, 1991, p. 865)

Más concretamente a las obligaciones del médico se refiere con el paciente podemos citar:

1.- Secreto profesional: es la obligación ética moral de guardar para si toda aquella información que a razón de su profesión y la atención a su paciente este al tanto, no debiendo revelarla, salvo cuando la ley disponga o una causa justa lo requiera.

2.- Información adecuada y consentimiento: el médico debe brindar la información necesaria al paciente y de manera adecuada, considerando a este como un individuo de características únicas, teniendo en cuenta incluso su nivel de educación y la gravedad de su enfermedad, con el fin de darse a entender y que el paciente pueda comprender la información que requiere conocer; el galeno, no debe faltar a esta obligación, pues de ella y su precisión dependerá el poder contar con el consentimiento para la aplicación del tratamiento necesario, con el único objetivo que debe ser el restablecimiento de la salud del paciente. Esta obligación conlleva también la necesidad de que el paciente conozca en todo momento los posibles efectos y resultados de vinientes de su consentimiento; téngase en cuenta que pudiera haber excepciones de fuerza mayor, las cuales impedirían el contar con el consentimiento del paciente, tales como, aquellos que se encuentran alienados mentalmente o que por su condición de salud no estuviesen en capacidad de la toma de esa decisión.

3.- Obligación de conocimiento: como una obligación a todo profesional, es indispensable que este se encuentre al día en sus conocimientos, que estos sean suficientes y óptimos para el ejercicio de su labor, así como con las actualizaciones que hubiere en su campo, con la finalidad y beneficiando siempre al paciente.

4.- Obligación de diligencia y técnica: el médico partiendo del punto anterior buscará emplear al máximo sus conocimientos, así como sus habilidades, siendo su objetivo primordial entonces, el curar al paciente.

5.- Obligación de continuidad del tratamiento: una vez se establezca directamente o indirectamente la relación de médico paciente, esta debe

continuar hasta culminar en la sanación del enfermo, salvo por estricta y manifiesta voluntad de una de las partes de dar por terminado, o en su defecto cuando el médico traspase por causas como especialidad, urgencia u otras admisibles a las circunstancias, a otro médico.

6.- Obligación de asistencia y consejo: citando la frase de un enamorado por su profesión como lo fue Joaquín Callabed “Curar a veces, aliviar a menudo, consolar siempre”, logramos explicar la humanidad que debe guardar como parte de su profesión el galeno, y esto deberá servir de motor que haga pensar a este ante todo, el bienestar de su paciente.

7.- Certificado médico: documento que da fe del estado y tratamiento que el paciente mantiene, mismo que emite y se responsabiliza de la veracidad del mismo el médico, este documento posee importancia y relevancia en el campo laboral, jurídico, entre otros.

Por otro lado y si a deberes nos referimos del médico con el paciente en la misma relación de la cual nos hemos explicado, viene al caso citar a Vargas Alvarado y su obra “Medicina Forense y Deontología Médica” quien hace referencia a siete puntos que enunciamos a continuación:

1.- Historia clínica: es el instrumento que le permitirá al médico elaborar el diagnóstico, fundamentar el pronóstico y documentar el tratamiento y la evolución del paciente (Yungano)

2.- Asistencia del paciente: consiste en el proceso de velar por su salud, y representa el acto médico por excelencia. Da lugar para que el profesional corrobore o rectifique su diagnóstico y tratamiento, y a través de estos actos de presencia introduzca el ingrediente terapéutico de la fe

hacia él que propicia en el enfermo, para el beneficio de éste. Dicha presencia debe ser espaciada porque, como dice Laín Entralgo, “el paciente debe descansar del médico y el médico debe descansar del paciente”

3.- Diagnóstico: resulta del examen físico y de los medios complementarios. Para llegar a esta conclusión, Insúa aconseja que el médico se pregunte: “¿por qué o sobre la base de qué elementos afirmo yo este diagnóstico?, y suponiendo que sea incorrecto, ¿qué otra cosa podría ser?”

¿El criterio diagnóstico puede ser de urgencia, cuando la gravedad de la situación exija formularlo, prescindiendo de medios auxiliares; terapéutico, para iniciar un tratamiento impostergable; y definitivo, con la conclusión de medios auxiliares.

4.- Tratamiento: es la materialización de la asistencia y tiene como objetivo la curación o mejoría del enfermo o, al menos, el alivio de su sufrimiento. Debe reunir dos condiciones: estar reconocido por autoridades sanitarias y científicas; y ser adecuado al estado del paciente, lo que incluye las modificaciones que el cuadro clínico sugiera.

5.- Derivar el paciente a otro médico: cuando existan condiciones de justificación, como imposibilidad de continuar con su atención, o enfermedad que encuadra en una especialidad ajena a la suya.

6.- Interconsulta: con otro u otros colegas, que está indicada cuando no se ha llegado a un diagnóstico preciso, no se ha obtenido ninguna respuesta terapéutica, o cuando conviene compartir responsabilidades ante un pronóstico sombrío.

7.- Secreto médico: es un medio de conservar la confianza del paciente y contribuye a cimentar el vínculo de fe en la relación con el profesional.

## **2. Incumplimiento de las obligaciones del médico:**

### **2.1.- Culpa profesional:**

Procede en el presente punto citar el Art. 27 del Código Orgánico Integral Penal que dice:

“Culpa.- Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código”.

Era menester empezar por definir la culpa bajo el lente de nuestra legislación interna y recordar con ello que esta se configurará ante el actuar de un individuo de manera imprudente, negligente o que actúa con impericia o inobservancia; características que ya hemos hecho mención previamente y que Francesco Carrara en su obra “Programa de Derecho criminal – parte general 1” la describe como “la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho”.

Adicionalmente, la culpa dentro del ámbito jurídico puede ser civil y penal, misma que se basan en las mismas características y confluyen hacia la responsabilidad por el daño que se causa, desde luego, su diferencia yace en la sanción, que por un lado es pecuniaria en lo civil y que por otro lado en lo penal representa con más rigor la consecuencia del hecho, sancionándolo con la privación de la libertad. Sanción que no termina allí pues que al ser una meta del

derecho penal la reparación integral, será parte de ella la concurrencia de las consecuencias civiles.

Para que el resultado del profesional sea punible penalmente deberán ser además resultado de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, hecho que por mucho salva de responsabilidad en cada acto que el médico realice, ya que aún en las mejores condiciones, pueda que no concluya devolviendo la salud al enfermo o peor aún que el resultado sea la muerte.

“Por lo general en la actividad curativa aún en el empleo correcto de la *lex artis* puede desembocar en un resultado infausto, ya que la medicina no tiene manera de superar todos los problemas de salud y más bien procura – y un elevado porcentaje de hechos consigue - reforzar la actividad reparadora de los procesos naturales. De allí que es dable negar que exista imputación objetiva en todas las ocasiones en las cuales, aun cuando el médico hubiese podido hacer algo más, la pérdida de la vida o falta de curación lo mismo se hubiesen producido con una conducta más cuidadosa. Esto es así siempre que la intervención del profesional no hubiese incrementado el riesgo, por acción u omisión. Si lo hubiese hecho – con incidencia en el resultado-, ello demostraría que con una conducta alternativa conforme a Derecho el resultado hubiese sido evitable.” (Terragni, 2003, p. 94)

Con el autor Marco Antonio Terragni nos encontramos de acuerdo en lo anteriormente citado, ya que la medicina no debe ni ha de procurar ser jamás una ciencia exacta, pues su campo de acción es por mucho el más complejo entre las profesiones. El cuerpo humano aún cuando el profesional ejecute acertadamente todos sus conocimientos y encamine efectivamente al enfermo a su recuperación, puede sorprender al galeno más cuidadoso y experto con un

resultado no previsto, justamente por tratarse en otras palabras de un “algoritmo dinámico”.

## **2.2.- Praxis y mala praxis médica:**

La principal misión del médico que es la salud se mantiene hasta la fecha, entendiendo que la finalidad misma de la praxis -término griego usado continuamente, el mismo que hace referencia a la práctica, opuesto a la teoría- es proteger la vida humana.

Sin duda para la práctica de la medicina se requiere estar dispuesto a una entrega y sacrificio muy alto, pues el cuidado de un paciente puede resultar una tarea sobrecogedora y sin horario.

No se pudiera concebir un médico que haya determinado su vida y formación académica sin esa devota entrega, pues se entiende que desde el momento mismo en que se establece la relación directa o indirecta entre el médico y paciente, no debe faltar la atención, pues omisión como esta puede conllevar serias complicaciones; parte de la “buena” praxis es el prestar toda la atención posible y que encausada aumente significativamente la posibilidad de sobreponerse del paciente a una enfermedad, además, esa buena práctica conllevaría a no dar motivos al paciente por los cuales culpar al médico de las consecuencias que este sufra.

En contra posición, la mala práctica consistirá en toda acción médica errada que incluso inobserva la *lex artis* y que las consecuencias se puedan deducir como resultado de la mala praxis, de acuerdo a la opinión de expertos médicos al respecto.

Cabe señalar en el presente punto además que actualmente en nuestro ordenamiento jurídico partiendo desde la constitución se ha hecho mención ya

de la responsabilidad profesional Art. 54 -Constitución Ecuatoriana-, siendo posteriormente tipificado penalmente el homicidio culposo Art. 146 –COIP- como consecuencia de la mala práctica profesional, más sin embargo y a los avances que en materia hemos experimentado, no se ha tipificado específicamente la mala práctica médica, que por su complejidad aducimos sería adecuado contar como un delito autónomo.

“Así tenemos que el Derecho juzga las conductas que constituyen las acciones, ya sean consideradas en su faz positiva, esto es, acción propiamente dicha o su aspecto negativa, o sea la omisión frente al deber de hacer.

De esta forma, podemos concluir que la mala praxis solo es posible cuando hay una acción o inacción por parte de la persona del médico y esta situación se da en momentos de la atención médica que son perfectamente identificables.”

(Garro De La Colina & Del Valle Toledo, 2012, p. 392)

### **2.3.- Responsabilidad médica:**

Concretamente cuanto a la responsabilidad médica se refiere podríamos situar desde que el profesional, el nuevo médico, jura con el contenido del Juramento de Ginebra de 1948, mismo que hace referencia al buen desempeño de la profesión, desde luego, no podrá ejercer mientras el nuevo profesional no haya realizado la debida inscripción de su título en los organismos rectores correspondientes para tal finalidad.

Todo médico será además responsable de guardar lealtad con su ejercicio profesional, cuidar del secreto profesional y si hubiera lugar reparar el daño que el ejercicio no cuidadoso o deliberado pudiese causar, todo por el mismo hecho de que mantiene con el paciente una responsabilidad médica bajo el ámbito obligacional.

El médico por su ejercicio mismo ha de buscar siempre ejecutar su función de una manera preventiva, de suerte que este no pudiera causar daño dolosamente - en teoría, pues se espera que este no ejerza su profesión con el animo de hacer daño-, ya que el daño que este pudiera causar al paciente fuese meramente culposo, de hecho entonces que este deberá ejecutar todos sus actos con la más alta diligencia, lealtad y pericia profesional, con la finalidad de garantizar a quienes este sirva un pleno derecho a la salud.

“Hay que reconocer que la naturaleza de la responsabilidad médica se ubica en el ámbito obligacional ya que solo surge tal responsabilidad cuando en la prestación del servicio médico se haya incumpliendo un deber específico frente al paciente” (Vargas Alvarado, 1991, p. 864). Sirviéndonos de tal postulado queda claro entonces que la responsabilidad médica puede ser contractual o extracontractual, quedando excluido de importancia e independiente el como surgió la relación entre estos dos, si no por lo contrario se centra el enfoque al desempeño del profesional como tal, de allí que el médico bajo el enfoque penal de la imputación objetiva, enfoque que más adelante profundizaremos, no sería imputable por resultados ajenos a su buen ejercicio profesional bajo el buen código de la *lex artis*.

“Por lo general en la actividad curativa aún en el empleo correcto de la *lex artis* puede desembocar en un resultado infausto, ya que la medicina no tiene manera de superar todos los problemas de salud y más bien procura – y un elevado porcentaje de hechos consigue elevado porcentaje de hechos consigue - reforzar la actividad reparadora de los procesos naturales (...)” (Terragni, 2003, p. 94)

### **3. El cuidado requerido en el ámbito de la relación:**

“Autor de un delito culposo es todo aquel que mediante una acción que lesiona el grado de cuidado requerido en el ámbito de relación, produce de un modo no doloso un resultado típico. Todo grado de concausación en un resultado típico producido no dolosamente, mediante una acción que no observa el cuidado requerido en el ámbito de relación, fundamenta la autoría del respectivo delito culposo(...)” (Welzel, 1987, p. 143)

Hemos elegido precisamente como punto de partida del presente tema el párrafo citado anteriormente, mismo que proveniente de la obra de Derecho Penal Alemán del Profesor Hans Welzel, esto con la finalidad de explicar el cuidado requerido en el ámbito de la relación. De sus palabras podemos colegir, que no es otro si no aquel actuar que se espera se lo realice por parte del médico o profesional en general al paciente o su cliente, con prudencia y con el cual se ha de obrar profesionalmente, hecho que hasta acá hemos ya explicado cuando de praxis y lex artis hablamos, entonces, cabe enfatizar que es por lo tanto, su no observación, la que conlleva la responsabilidad al profesional por los resultados provenientes de la relación que en concreto se mantiene.

Para explicarnos mejor nos permitimos citar a Zaffaroni quien nos explica que “el tipo culposo no castiga al autor por la forma en que un fin es perseguido, sino porque el resultado distinto al final presupone de parte del causante un peligro prohibido previsible y evitable (...)” (Zaffaroni, 2002, p. 549)

Entonces, que si hablamos del cuidado requerido, hacemos referencia que es el actuar por parte del profesional, que se espera se lleve a cabo con previsión y presupuestando sus opciones, meditándolas para que con ello se pueda medir sus consecuencias, en la gran mayoría de casos. El profesional deberá de actuar ante todo bajo estricto apego a aquello que por contraposición lo aleje del peligro. Hecho que por lógico para un

médico puede suponer mera filosofía en su ejercicio profesional diario, ya que pueden haber situaciones que no hagan si no empujarlo a cruzar ese límite, vulnerando por necesidad lo esperado por las normas y leyes, con el objeto de ser congruentes con la finalidad misma del ejercicio médico.

Lo que hemos explicado nos viene bien mantenerlo presente cuando de imputación objetiva se trata, pues que nos permitirá con gran acierto poder dilucidar la verdadera responsabilidad profesional ante el ejercicio antijurídico pero no punible, en otras palabras, cuando los actos profesionales son contrarios a la norma más aún ello, no son o no pueden acarrear responsabilidad, por excepción, ya que el resultado final no es cotejable con los actos llevados a cabo.

### **3.1.- Teoría de la imputación objetiva:**

Es menester hablar de sus exponentes más relevantes y desde luego hacer mención de sus criterios sobresalientes, mismos que mantienen relación con la línea en la que nos hemos desenvuelto.

Claus Roxin, autor que hemos citado ya con anterioridad, es el doctrinario que en materia es el más reconocido, sin embargo este no fue el primero en tratar sobre la imputación objetiva, de hecho, este reconoce haber continuado la investigación desarrollada en 1930 por Richard Honig quien tiene el mérito de haber usado el término “imputación objetiva” por vez primera y quien a su vez continuaba el labor aunque no en el área penal de desarrollar las ideas de otros juristas, sin embargo, sobre el tema Roxin le corresponde el mérito de impulsarla desde la década de 1960.

#### **La teoría del riesgo de Roxin:**

“a) Roxin, quien sin duda es el máximo representante de una perspectiva de la imputación objetiva vinculada al “principio de riesgo”, sintetiza el estadio de

evolución de esta teoría y, al mismo tiempo, el contenido de ese principio del siguiente modo: “Un resultado causado por el sujeto que actúa solo debe ser imputado al causante como su obra y solo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de la acción (1), cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto (2) y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo (3)” (Cancio Meliá, *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, pp. 40, 41)

El autor al cual acabamos de citar además acota que esta perspectiva que es ampliamente adoptada por la doctrina en Alemania y España, también habla que la teoría de la imputación objetiva “se conecta habitualmente a la cuestión de la atribución de un resultado a la conducta del autor” (Cancio Meliá, *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, p. 41).

A palabras del mismo Roxin podemos esclarecer aún más las intenciones que el Derecho Penal mantiene con esta corriente; aún cuando desde este punto en adelante puede resultar muy discutido impidiendo que la doctrina este del todo de acuerdo, citando, “para que un resultado sea objetivamente imputable a un comportamiento causal en relación con dicho resultado, es necesario que el comportamiento incorpore un riesgo jurídicamente desaprobado que sea el que se realiza en el resultado” (Cancio Meliá, *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, p. 46); por consiguiente es claro, y he allí nuestro concepto, que la teoría que ha impulsado Roxin, busca esclarecer el que si se ha realizado un peligro, este se halle comprendido dentro del alcance del tipo penal, desde luego, deberá haber el nexo causal que enlace lo creado por el autor y no encubierto por el riesgo permitido.

De otra manera podríamos explicar, que la intención de la teoría impulsada por Roxin, es delimitar a saber si el resultado tiene relación directa con el peligro creado, o bien que este se encuentre dentro de los márgenes del riesgo permitido, en conclusión, no es más que comprobar que las consecuencias dadas por el actuar o el resultado que se dirime en cuestión es obra del autor.

### **La teoría de los roles de Jakobs:**

La construcción dogmática que ha sido desarrollada por el presente autor se aleja sustancialmente de una exclusiva vinculación del resultado y el autor, enfocando su desarrollo hacia las “características objetivas generales de un comportamiento imputable”, en otras palabras, la “imputación objetiva es para Jakobs un primer mecanismo de determinación de ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, que permite constatar cuando una conducta tiene carácter (objetivamente) delictivo.” (Cancio Meliá, Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva, p. 51)

Manuel Cancio Meliá además cita textualmente a Jakobs quien en sus propias palabras nos ayudará a entenderlo diciendo “...es necesario fijar de modo objetivo qué es lo que significa un comportamiento, si significa una infracción de la norma o algo inocuo. Por lo tanto, ha de desarrollarse un patrón conforme al cual puede mostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento. Y si se quiere que este patrón cree orden, este no puede asumir el caos de la masa de peculiaridades subjetivas, sino que ha de orientarse sobre la base de estándares, roles, estructuras objetivas. Dicho de otro modo, los autores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho: como personas. Es entre estas donde se determina a quién le

competete un curso lesivo: a un autor, a un tercero, o a la víctima...” (Jakobs, ZStW 107 [1995], pag. 60).

Entonces la teoría de la imputación objetiva según Jakobs la podemos definir como aquella donde se busca explorar más allá del nexo causal del autor y resultado, como aquella que guarda estrecho interés en un contexto más amplio de los intervinientes, toda vez que se desea contextualizar su participación, las intenciones que este tuvo y el resultado de sus acciones que suman o son el resultado que se encuentra dentro de lo punible, escudriñando el psiquis del comportamiento, que no sería otra cosa que la intención que motivo a actuar de determinada forma, claro, con la finalidad de determinar y separar los actos entre inocuos y los imputables que condujeron al delito.

De la convergencia de estos dos doctrinarios podemos deducir de manera ya general y conceptualizar la imputación objetiva, como la teoría penal interesada en el nexo causal entre el sujeto, el acto y el resultado punible, ya que es fundamental poder esclarecer y determinar los criterios por los cuales imputaremos un resultado a una persona, ya que solo es imputable un resultado causado por una acción humana; además, hemos de tener en cuenta que la causalidad de la que hacemos mención es relevante tanto y cuando de delitos de resultado se refiera.

El concepto macro hacemos bien al tenerlo en todo momento en mente, para finalmente poder esclarecer y responder la pregunta que nos planteamos al iniciar la presente investigación, ¿Cuándo la práctica médica y su ejercicio acarrea responsabilidad penal?

### **3.2.- Estructura de la imputación objetiva:**

Los elementos que forman parte de la estructura de la imputación objetiva son los siguientes:

- a) Si el autor ha creado un peligro jurídicamente relevante: “un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto” (Roxin, 1997, p. 363)
- b) Si el peligro ha tenido ejecución en el resultado típico y se ha realizado con él: “si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo. Pero no obstante, excepcionalmente puede desaparecer la imputación si el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones.” (Roxin, 1997, p. 364)

En la doctrina se ha establecido dos grandes principios que constituyen los pilares fundamentales de la imputación:

- Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto.
- Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo.

“En resumen, pues, se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo” (Roxin, 1997, p. 364)

### **3.3.- Criterios básicos de la imputación objetiva en materia penal:**

A continuación revisaremos los criterios elaborados por Roxin, doctrinario del cual hemos antecedido su conceptualización respecto de la imputación objetiva.

- a) La disminución del riesgo.- Se puede negar la imputación objetiva cuando la acción conlleve que el resultado haya sido desviado de grave a un leve.
- b) La creación de un riesgo prohibido.- Se negará la imputación objetiva cuando la acción no cree riesgo relevante de una lesión al bien jurídico.
- c) Aumento del riesgo permitido.- No se podrá utilizar la imputación objetiva cuando la conducta del autor no ha significado un aumento del riesgo permitido, entendiéndose que el resultado igualmente se hubiese producido aún cuando el autor hubiese actuado con la diligencia debida.
- d) Ámbito de aplicación de la norma.- Cuando el resultado no es aquel que la norma quería evitar, no se le podrá imputar al autor, aunque este ha creado o incrementado el riesgo que origina un resultado lesivo, en consecuencia, no se haya bajo el ámbito de protección de la norma.

### **3.4.- Imputación objetiva y subjetiva:**

Cuando hablamos de imputación penal, bien hacemos referencia a esa responsabilidad que por atribución se le hace de una culpa a un sujeto que puede asumirla, tal y como lo define G. Cabanellas y L. Alcalá – Zamora; misma que se la puede dividir como, imputación objetiva, aquella que su determinación es establecer el nexo del autor con el resultado por medio de los actos, y por otro lado la imputación subjetiva, misma que por lo contrario guarda un especial interés sobre la psiquis o voluntad que al accionar tuvo el sujeto, formas de imputar que a continuación desarrollaremos sucintamente.

“El juicio de imputación jurídico – penal se inicia con la pregunta por un algo objetivo: precisamente por la definición de la conducta que puede ser considerada ilícita. Lo ilícito será pues algo subjetivo -esa conducta-, más el juicio de ilicitud es objetivo, externo, ajeno a las representaciones del autor. Éste sólo aporta el objeto de lo ilícito –un algo exclusivamente subjetivo en la medida en que se sea consecuente con el principio de culpabilidad por el hecho, esto es, que se impute sólo lo dominado por la voluntad-. El juicio de disvalor que funda ese carácter ilícito es, en cambio, objetivo.

Con categorías de la teoría de la imputación, ello significa en lo que aquí interesa, que el tipo subjetivo no se concibe con independencia del objetivo, sino que depende conceptualmente de éste.” (Cancio Meliá, Ferrante, & Sancinetti, Estudios sobre la Teoría de la Imputación Objetiva, 1998, p. 16)

A manera más breve luego de haber ya revisado en el presente capítulo y las teorías doctrinarias más relevantes que sobre la imputación objetiva hay y por lo mismo dando por hecho que esta clara, podemos a breves trazos acotar, que por imputación objetiva podemos entender ese conjunto de principios y reglas

sistemáticos, o capaces de ser sistematizadas, mediante los cuales se normativizan los nexos causales que ya hemos expuesto; esta a su vez puede clasificarse en dos:

- a) Imputación individual o imputación personal objetiva.
- b) Imputación objetiva en los delitos culposos

Por otro lado, cuando de imputación subjetiva nos referimos estamos en frente a la culpabilidad, misma que ha sido usada para doctrinariamente conceptualizarla, de hecho podemos citar al profesor Welzel para explicarnos mejor.

“En los comienzos de la dogmática moderna (desde 1880) se está ante la separación de lo “externo” y lo “interno”, de lo “objetivo” y lo “subjetivo”.

Todo lo externo-objetivo se asignó a la antijuricidad, todo lo interno-subjetivo a la culpabilidad; la culpabilidad debía ser “la relación anímica del autor con el resultado” (Welzel, 1987, pp. 198, 199).

Cuando el derecho penal a buscado sancionar subjetivamente al individuo se ha encontrado frente a un problema realmente serio, ya que es imposible graduar ante lo ilimitado que representa ese interior del ser y sus cogniciones la culpabilidad que este tenga, *internis non judicat praetor* -el juez no juzga el fuero interno-, y partiendo de que la culpabilidad es la manera más clara de referirnos cuando imputación subjetiva se refiere, el derecho penal solo entonces ha logrado sancionar escalando esa culpabilidad entre la culpa o el dolo, es decir entonces, que la imputación subjetiva buscara resolver la manera de graduar la pena por responsabilidad de un acto atribuyendo a ese proceso interno la

voluntad encausada por un proceso que conlleve en si la culpa o el dolo al actuar.

#### **4. Nexo entre la imputación objetiva y el deber objetivo del cuidado:**

Nos es menester volver y recordar lo que para la normativa del Código Orgánico Integral Penal en su art. 146 dice en su encabezado. “La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”.

Ahora cobra más sentido habernos inclinado por la teoría del riesgo impulsada por el doctrinario alemán Claus Roxin cuando de criterios de imputación objetiva se trató, y a este punto se aclara el por que, ya que no es nada novedoso hablar del deber objetivo de cuidado cuando de ella sus antecedentes penales radican como lo vimos antes en la década de 1960.

Hoy en día el ejercicio profesional conlleva mayores riesgos que los que enfrentaron las personas décadas atrás, puesto que se creería a simple vista que hoy es menos peligroso ejecutar una profesión que lo que fue en el pasado, pero es necesario antes de llegar a esa conclusión tan apresurada tener presente algunas consideraciones.

Puntualmente nos referiremos al campo médico que es materia de nuestra tesis, donde los avances han sido muchos y positivos casi todos, y estos han conseguido que el ejercicio de la medicina conlleve más riesgos, esto a causa que el médico debe enfrentarse a nuevos límites donde antes este profesional se hubiese detenido, en otras palabras; antes el índice de mortalidad era mayor, pero eso no ha sido un camino sencillo, de hecho para lograrlo, en el campo de la medicina se auto educado con prueba de ensayo y error sobre la marcha, es decir, que muchos avances se lograron perdiendo

vidas; -si hasta ahora no tiene sentido, entonces lo expondremos de diferente manera-, la sociedad por el mismo hecho de donde estamos hoy con referencia al pasado, espera más del médico o profesional en general, de hecho esa presión social tuvo una fuerte respuesta por parte de este gremio cuando era apenas materia de propuesta la iniciativa de penalizar el mal ejercicio médico en nuestro país, puesto que un médico a diferencia de muchas otras profesiones puede tener en su haber más muertos sobre su mesa de lo que, si vale la burda comparación, va a tener un abogado.

Como lo expusimos anteriormente, la teoría de Roxin nos deja un amplio espectro de acción donde la norma cubre el ejercicio riesgoso más espera que al mismo tiempo este no conlleve según las doctrina modernas, acciones innecesarias, peligrosas o ilegítimas; recordando para ello los criterios necesarios para que se configure un resultado imputable objetivamente: a) la disminución del riesgo; b) la creación de un riesgo jurídicamente relevante; c) el incremento del riesgo permitido y d) la esfera de protección de la norma.

Francesco Carrara a quien hemos ya hemos citado decía, “hay que evitar la presencia de un derecho punitivo aberrante, destacando la previsibilidad y la posibilidad de la previsión, definiendo a la infracción al deber objetivo de cuidado como "la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho".

¿En dónde está el nexo? Justamente en que la imputación objetiva o como la define Roxin -imputación al tipo objetivo- es la precursora y por ende la consecuencia de infringir el deber objetivo del cuidado, que en otras palabras no sería otra cosa que la consecuencia del actuar del profesional, obviando el cuidado y encausando sus actos a un resultado penalmente relevante o punible, siendo ese deber objetivo de cuidado la expectativa social del ejercicio del profesional.

De cierto que si el actuar del médico se enmarca dentro de los criterios por Roxin propuestos este quedaría a merced de ser imputado objetivamente, por ser posible de vincular inequívocamente el resultado con los actos que este haya realizado, por cuanto a más de no responder a las expectativas sociales, se ha visto en medio de un ejercicio antijurídico y lesivo en contra del paciente y forma extendida la sociedad misma.

## CAPITULO III

### LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO

#### 1.- Generalidades:

Cuando de responsabilidad penal médica hablamos es menester retomar algunas líneas que anteriormente ya hemos expuesto y ampliarlas, entre las más significativas hallamos la “lex artis”.

Esta no es más que el conjunto de prácticas médicas aceptadas como idóneas o adecuadas para tratar al paciente, sea que este venga al galeno por una simple consulta o por verse enfermo y con necesidad de ser curado; desde luego los conceptos con los que la definamos deberán evolucionar al ritmo del progreso médico, así como se debe tener en cuenta las singularidades que supone cada ser humano y sus dolencias, de allí que el médico se forma con bases más no con respuestas exactas a cada problema que este en su ejercicio encuentre.

“La medicina es la única profesión universal que en todas partes sigue los mismos métodos, actúa con los mismos objetivos y busca los mismos fines”. -Sir William Osler

Adicionalmente de lo antes dicho también se debe complementar con la clara necesidad que quien la defina y se interese en ver de su correcta aplicación sea otro profesional de amplia experiencia médica o de la profesión que competa, quien ha de estar en la clara capacidad –desde luego- de poder analizar si la tarea ejecutada se ha hecho de manera correcta o bajo el supuesto de lo que debía hacerse, entonces, entendemos que en su

estricta traducción no puede ser más clara la definición, “ley del arte”, el como debe hacerse.

El ejercicio de la medicina con sus infinitas circunstancias y posibles desenlaces no ha hecho de menos la importancia de establecer reglas técnicas que se han de observar en la práctica médica, hasta el punto que se puede hablar que para cada acto hay una ley.

De lo expuesto podemos abstraer entonces que la mala praxis es “romper aquellas reglas”.

Esas “reglas” son base formativa en cada procedimiento que desde las aulas universitarias se imparten y cultivan, más tarde en la experiencia se re afirman y sumaran peso a la generalidad del ejercicio profesional, esto ayuda en mucho a comprender los posibles resultados que conlleva cada acto que el médico ejecuta, no obstante el cuidar de este procedimiento apego a la lex artis en nada compromete al galeno obligándolo que el resultado sea inequívoco, pues como hemos dicho ya la medicina en nada garantiza que sea matemática la respuesta a cada caso, sin embargo, su cuidadosa observación diferenciara si su actuar puede llegar a ser imputable y sancionable o de lo contrario exonerable y ajeno al resultado, aún cuando este halla sido la muerte de otro ser humano.

Todo lo antes expuesto y en si la misión de cada ley, norma, política, estudio, etc., es el ser humano, en el hemos empleado como humanidad todo nuestro esfuerzo con el énfasis del bienestar y pleno desarrollo a sus capacidades, con ese fin mismo que se traduce en la convivencia social, cobran sentido entonces todas las estructuras existentes, más salta un hecho curioso a la vista y es que como seres vivientes inteligentes, somos los únicos capaces de gobernar y aceptar a conciencia ser gobernados, esto nos ha permitido desde luego trabajar coherente e uniformemente a

favor de construir el presente –la civilización- en que vivimos, razón por lo cual ya en el ejercicio de la sociabilización y las prácticas de las diferentes profesiones necesarias para nuestro fin como seres, las leyes han planteado con gran dedicación y esfuerzo límites que conllevan responsabilidad, justamente velando ese sano equilibrio entre lo necesario y lo arbitrario, con el fin de evitar una sociedad caótica y sin responsabilidad sobre nuestras actuaciones, sean de la índole que fueren.

## **2.- Sujetos que intervienen en el tipo delictual de la mala práctica médica:**

“Como el derecho es intersubjetivo, es decir, se da sólo entre dos o más sujetos, es necesario que estos concurren de tal forma que la concurrencia de uno implique una consecuencia sobre la persona o los bienes del otro.

Ahora bien, esa concurrencia y consecuencia establece una especie de conexión entre sujetos, conexión que llamaremos relación” (Garro De La Colina & Del Valle Toledo, 2012, p. 305)

“La relación médico-paciente es una modalidad de las múltiples relaciones interpersonales que realiza el hombre. Esta permite el enfermo satisfacer su deseo y necesidad de salud y al médico, cumplir con una de sus funciones sociales más importantes.” (Rodríguez Arce, 2008, p. 1)

En estricto sentido quienes intervienen en una relación directa o indirecta las cuales hemos explicado con antelación, lógicamente, son el médico y el paciente, sin embargo y haciendo referencia a la doctrina de Jakobs la cual también hemos repasado, pudieran ser parte del resultado terceros, quienes pudieron conducir inequívocamente a la conclusión delictuosa, al respecto podemos aclarar lo dicho citando a Terragni: “Algunos de los problemas que se derivan de la actuación curativa en general no son sólo propios del obrar del médico, sino también, y en su caso, de la conducta de toda

otra persona. Se trate de un profesional, tomada esta palabra en estricto sentido – farmacéutico, bioquímico, etc.-, de un auxiliar permanente –enfermero, camillero, etc.-, de alguien vinculado a una empresa médica –gerente de un sanatorio, que tiene a su cargo la tarea de organización- o de un profano –el familiar del enfermo incapacitado, que debe suministrarle medicamentos, ayudarlo a moverse o alimentarse conforme a las indicaciones del facultativo.” (Terragni, 2003, p. 15)

Entonces podemos vislumbrar el espectro del ejercicio médico y la relación con su paciente que bien es amplio y en el que podemos pretender señalar los sujetos que intervienen, -compleja tarea-, puesto que en esta profesión como en muchas otras, el ejercicio depende en gran parte de la asistencia de auxiliares –terceros-. Por ejemplo, podemos esclarecer lo dicho imaginándonos la construcción de una casa, en principio quien diseña, dirige y esta obligado en entregar según se haya contratado es el arquitecto, desde luego, no esperamos por lógica que sea este quien construya ladrillo a ladrillo la casa, sin embargo confiamos que es el autor de la misma, ¿qué pasa si los albañiles voluntariamente o por omisión realizan mal la mezcla con la cual se construye la casa?; el resultado se inclina preveniblemente a ser el desplome de la vivienda, a consecuencia del fallo en la estructura al momento de su construcción, de allí que surgirá un gran debate de la cuota de responsabilidad del profesional en dicho resultado, mismo que no pretendo ahora mismo ahondar.

Lo cierto es que, el ejemplo citado es semejante con sus matices singulares en cada profesión, salvo contados casos. En la medicina bien se puede cotejar el ejercicio al ejemplo y es por eso que aunque hemos de centrarnos en sus principales sujetos, no hemos dejado fuera del cuadro –espectro- lo amplio que puede ser la estela que ha conllevado el desastroso resultado del cual se quiere averiguar su responsable.

A priori a la conceptualización de los sujetos directos de la relación, es decir, médico y paciente, es imprescindible hacer mención cuatro elementos que han de vincular y ver nacer la relación:

A. **Enfermedad:** Parto de definirla como lo opuesto o en sí la ausencia de la salud y a esta la entenderemos basados en los parámetros dados en la Ley Orgánica de Salud que en el artículo 3 dice: “La salud es el completo estado de bienestar físico, mental y social (...).” Por otra parte la Organización Mundial de la Salud –OMS- la define como la “Alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, por causas en general conocidas, manifestada por síntomas y signos característicos, y cuya evolución es más o menos previsible”

Se debe tener en cuenta nuevamente que los conceptos no han dejado de evolucionar y a lo largo de tratadistas y filósofos dedicados al área médica podemos encontrarnos con conceptos nada claros y que en ocasiones nos llevarán en caminos opuestos entre ellos, no obstante y por ello creemos importante basarnos en un concepto claro y generalizado que acertadamente –a mi parecer- la OMS provee, del que destacamos y que para el trabajo que nos compete tendremos en cuenta que el médico siempre deberá partir de la sintomatología que encuadrara el como practicará el oficio de curar con resultados mas o menos previsibles.

B. **Diagnóstico:** La palabra tiene su origen etimológico en la cultura y lengua griega, uniendo en si tres vocablos a saber, “diag” a través de, “gnosis” sinónima de conocimiento y finalmente “tico” que define lo relativo a, cobrando para la medicina un relevado interés, pues es por

medio de la práctica del diagnóstico que el galeno recabara información necesaria, que a su interpretación podrá permitirle conocer la condición o estado del paciente. Se presupone entonces que es el diagnóstico lo que le permitirá al médico conocer sobre la enfermedad que en cuestión da por iniciado la relación con el paciente.

Y es que con la finalidad de poder llegar a un diagnóstico concluyente el médico podrá auxiliarse de varios métodos como la práctica de estudios o exámenes –físicos, analíticos, etc.-, como por ejemplo el estudio de sangre; adicionalmente la revisión del historial si el paciente lo tuviera, o bien apoyándose en el criterio médico de un colega en la misma rama o un especialista en otra que tuviera relación posible con lo que le aqueja al paciente.

C. **Pronóstico:** Entenderemos que el término pronóstico se asocia a la enfermedad diagnosticada y en sí de manera general no es más que una anticipación de lo que se espera suceda en el futuro –una probabilidad-, en la medicina será el resultado del diagnóstico que el galeno haya podido concluir y en consecuencia se podrá definir como el desarrollo que se prevé para la enfermedad, pudiendo este ser determinado o indeterminado. Un claro ejemplo de un pronóstico determinado es cuando el médico ha diagnosticado una gripe común, misma que pronostica se desarrolle en un lapso de 7 a 10 días y que bajo tratamiento no se espera ninguna complicación. Por lo contrario cuando se habla de un diagnóstico de un paciente que ha sufrido un accidente cerebrovascular el pronóstico del galeno ha de ser indeterminado, puesto que el cómo se desarrollará o bien el resultado que se espera no lo puede prever

con fundamento alguno que justifique decir, así será, aún cuando en este caso en particular se conozca medicamente generalidades, más que a la vista de que cada paciente resulta ser un caso único y singular, no se debe someter a un pronóstico concreto.

D. **Tratamiento:** Finalmente esta se la puede definir como el conjunto de medios asociados a la medicina con los que el galeno a través de su práctica espera restaurar la salud del paciente. En la actualidad el desarrollo médico es avanzado por lo cual en muchas de las enfermedades diagnosticadas se ha desarrollado una línea de tratamiento, o pasos a seguir, mismo que en gran número de veces resulta acertado para el paciente, sin embargo, la práctica médica y su preparación faculta al galeno a considerar si en la relación de enfermedad vs. paciente, el tratamiento generalizado es el adecuado basado como hemos dicho anteriormente en las singularidades de cada enfermo. Ejemplo de ello es que ante el diagnóstico de una faringitis causada por la presencia de estreptococos, más conocida como faringitis estreptocócica –diagnóstico alcanzado por medio de un examen físico y un análisis y cultivo de muestras-, el médico ha de emplear un tratamiento basado en antibióticos y des inflamatorios dirigidos específicamente al foco del problema, el antibiótico ampliamente usado para dar tratamiento es en este caso es la penicilina; sin embargo al momento de el médico determinar el como ayudara a curar al enfermo este deberá indagar posibles alergias que el paciente conoce o pudiera tener, a fin de proceder si fuera el caso de ser alérgico a la penicilina, a suscribir medicamentos con base de claritromicina y azitromicina, tratamiento que puede ser considerado

como alternativo a lo “generalizado” y es precisamente allí donde existe una delgada línea que solo la correcta observación de la Lex Artis podrá diferenciar en su resultado la buena práctica médica.

Retomando el desarrollo sobre la relación médico – paciente que nos interesa y por la cual hemos visto los cuatro parámetros generales que actúan en ella, podemos decir concretamente y en la misma cronología que una persona, por regla general –pues hay quienes visitan un médico únicamente por una intención previsiva- acude a un médico cuando a este le aqueja una enfermedad, es entonces que el médico inicia una relación con quien en más llamara paciente, a quien diagnosticará, pronunciará un pronóstico de lo que se espera y el tratamiento el cual tendrá como finalidad restablecer la salud, todo lo antes dicho como parte de ese entrelazamiento que ha de darse necesariamente para la existencia de la relación.

La responsabilidad entonces decimos se inicia desde ese momento mismo, cuando el médico trasgrede voluntariamente o por cumplimiento de una obligación –médico público- una relación humana ordinaria y la lleva a ser contractual llamándose para este fin la contraparte paciente. En alusión a lo dicho podemos citar al Código de Ética Médica que en su Art. 6to manifiesta “El Médico desde que es llamado para atender a un enfermo, se hace responsable de proporcionarle todos los cuidados médicos necesarios para que recupere su salud. Su responsabilidad mayor será la conservación de la vida del enfermo”. Más como lo hemos dicho ya, la responsabilidad del médico y las consecuencias de su ejercicio deben observarse con especial cuidado puesto que “esta labor goza de legitimación y por la evidencia de que es así el médico –realizándola con la finalidad de curar y poniendo la diligencia, la prudencia, la pericia y los medios ordinariamente adecuados- puede provocar impunemente cambios en el paciente, e

incluso la muerte, sin que esos resultados lo hagan caer en responsabilidad penal por lesiones u homicidio” (Terragni, 2003, p. 25).

Hasta aquí mantendremos la preconcepción que cualquier resultado negativo en el ejercicio médico se debe a ese riesgo propio del proceso de curación, salvo este no haya actuado entre otras cosas como Terragni menciona con diligencia, prudencia, pericia y usando los medios ordinariamente adecuados.

### **2.1.- El médico o sujeto activo:**

En la concepción más pura podemos decir que médico es quien a cumplido los requerimientos formales y legales por medio de la educación acreditada para el ejercicio de la medicina, en otras palabras es quien posee los conocimientos técnicos necesarios para prestar ayuda, esto es, haber cursado sus estudios universitarios y demás requerimientos complementarios previo a la obtención del permiso del ejercicio médico.

Sin embargo la definición que hemos dado antes es a penas y una leve abstracción de lo que realmente representa el ser médico, mismo que puede obtener varios sinónimos, como el que hemos usado con cierta frecuencia, galeno, también hay quienes lo llaman facultativo, terapeuta, doctor, etc. Sin embargo a ello y sin importar como al profesional de la medicina lo llamemos, este puntualmente en Derecho cobra relevante interés como el sujeto activo de la relación.

Siendo que la salud como tal es el medio y el fin mismo del ser humano, el Derecho como lo hemos mencionado tutela la relación, misma que inicia – recordaremos- en el instante que se encuentran dos personas, una como paciente y otra como médico, y de esta manera materializando el acto médico inicial.

La persona que ejerce una profesión como es la medicina, espera curar o prevenir las enfermedades de un paciente, es quien lleva a cabo el acto médico que de manera directa ha de alterar estado físico, psicológico, emocional del enfermo.

Cabe la pena tener en cuenta que para el Derecho Penal existen dos clases de sujetos, uno activo y el otro pasivo; a saber que el sujeto activo del delito es quien perpetuo el delito y en contra parte el pasivo es el titular del bien jurídico destruido, lesionado o puesto en peligro.

En consecuencia, el médico cuando su actuar ha conllevado responsabilidad penal será sujeto activo ya que su actuar se ha encausado fuera del ámbito de protección de la norma, volviendo a este sujeto imputable.

Nos permitimos finalmente al respecto recurrir y citar el Código Internacional de Ética Medica, mismo que se halla vigente y ha sido adoptado desde la tercera asamblea general de la AMM –Asamblea Médica Mundial- de Londres en Octubre de 1949, documento que describe los deberes de los médicos hacia los pacientes como los siguientes:

1. EL MEDICO DEBE recordar siempre la obligación de preservar la vida humana.
2. EL MEDICO DEBE considerar lo mejor para el paciente cuando preste atención médica.
3. EL MEDICO DEBE a sus pacientes todos los recursos de su ciencia y toda su lealtad. Cuando un examen o tratamiento sobrepase su capacidad, el médico debe llamar a otro médico calificado en la materia.
4. EL MEDICO DEBE guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente.

5. EL MEDICO DEBE prestar atención de urgencia como deber humanitario, a menos de que esté seguro que otros médicos pueden y quieren prestar dicha atención.
6. EL MEDICO DEBE en situaciones cuando represente a terceros, asegurarse que el paciente conozca cabalmente dicha situación.

## **2.2.- El paciente o sujeto pasivo:**

Es quien a ocupado ese rol a consecuencia de alguna dolencia o necesidad, misma que a conducido que este requiera de la asistencia médica, simbólicamente este actuará en subordinación voluntaria, salvo casos de necesidad donde no pueda expresar su deseo de ser ayudado por el facultativo, más que deberá acatar las indicaciones y recomendaciones que se le extiendan todo a favor y en consideración de que el profesional médico esta en capacidad de ayudarlo a recuperar o mantener su salud.

Teniendo en cuenta el hecho explicado anteriormente del como el Derecho Penal a designado el rol a los sujetos del delito, este es quien recibirá el daño, o es quien que por medio de un acto médico se alterara de alguna manera su ser. Siendo que el resultado del ejercicio médico a conllevado que el bien jurídico se halla vulnerado en las veces de la salud o la vida misma, este tomará para si el rol de sujeto pasivo de la relación por ese mismo hecho.

La atención en este lado el Derecho lo ha puesto enfocado al cuidado, partiendo de un hecho lógico que es la vulnerabilidad que este representa, por ello que se ha creado a lo largo de los años y las diferentes legislaciones del mundo, ordenamientos jurídicos protectivos, que de hecho no tienen la idea de persecución al profesional como se lo ha intentado desdibujar.

De lo antes explicado podemos entonces decir y responder a uno de los planteamientos hechos desde el principio, sobre la necesidad de que el ordenamiento jurídico prevea la mala práctica médica.

Así mismo como lo hicimos respecto a los médicos es menester entrelazar los derechos que se le reconocen a los pacientes, mismos que son correlativas a los deberes del médico y se hayan positivados en la Ley de Derechos y Amparo del Paciente, de los cuales citamos los siguientes artículos:

1. Art. 2.- DERECHO A UNA ATENCION DIGNA.- Todo paciente tiene derecho a ser atendido oportunamente en el centro de salud de acuerdo a la dignidad que merece todo ser humano y tratado con respeto, esmero y cortesía.
2. Art. 3.- DERECHO A NO SER DISCRIMINADO.- Todo paciente tiene derecho a no ser discriminado por razones de sexo, raza, edad, religión o condición social y económica.
3. Art. 4.- DERECHO A LA CONFIDENCIALIDAD.- Todo paciente tiene derecho a que la consulta, examen, diagnóstico, discusión, tratamiento y cualquier tipo de información relacionada con el procedimiento médico a aplicársele, tenga el carácter de confidencial.
4. Art. 5.- DERECHO A LA INFORMACION.- Se reconoce el derecho de todo paciente a que, antes y en las diversas etapas de atención al paciente, reciba del centro de salud a través de sus miembros responsables, la información concerniente al diagnóstico de su estado de salud, al pronóstico, al tratamiento, a los riesgos a los que médicamente está expuesto, a la duración probable de incapacitación y a las alternativas para el cuidado y tratamientos existentes, en términos que el

paciente pueda razonablemente entender y estar habilitado para tomar una decisión sobre el procedimiento a seguirse.

Exceptúense las situaciones de emergencia.

El paciente tiene derecho a que el centro de salud le informe quien es el médico responsable de su tratamiento.

5. Art. 6.- DERECHO A DECIDIR.- Todo paciente tiene derecho a elegir si acepta o declina el tratamiento médico. En ambas circunstancias el centro de salud deberá informarle sobre las consecuencias de su decisión.

### **3.- Salud, regulación en la legislación ecuatoriana:**

En el presente punto según se titula, lo menester es hacer mención por medio de cita de la normativa que regula el ejercicio médico y su mala práctica, pese a que a lo largo ya del desarrollo del tema central se ha citado artículos constitucionales y penales principalmente, a priori a exponer la estructura básica del delito por mala práctica, es necesario conocer más sobre la legislación ecuatoriana al respecto.

En nuestra constitución en el Art. 3 hace referencia a los deberes primordiales del Estado, mismos que entre otros es y será la salud.

“1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.”

Adicionalmente en el Art. 32 se ratifica respecto de este como el responsable de velar por el derecho a la salud y señala.

“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 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.”

Ya cuando propiamente nos adentramos en la prestación de servicios públicos, entendiendo desde luego que la salud es uno de ellos podemos además citar el Art. 54 de la constitución que responsabiliza a quien preste este servicio tanto civil como penalmente.

“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.”

Así como el Art. 362 se menciona además del como se prestará el que se esperara de ella.

“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.”

Es decir que la salud además de ser un servicio con una calidad mínima esperada debe ser prestada sin negación ni discriminación, es decir, que existe un deber que obliga a los profesionales de la salud a prestar sus servicios, y al Estado a controlarlo, siendo como lo habíamos analizado lo primero ya con anterioridad y es que expone al profesional a un mayor riesgo o en otras palabras, acrecentando la posibilidad de resultados no esperados por parte de este, respecto con el ejercicio de otras profesiones.

Continuando en la misma constitución además podemos señalar respecto a la obligatoriedad de la prestación de servicio en el Art. 365 que dice.

“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.”

De manera complementaria además se es necesario poder conocer más ampliamente la normativa y para ello una de las leyes que regula a la práctica médica de manera directa es la Ley Orgánica de Salud que entre sus artículos citamos dos artículos.

Art. 7 que dice “Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos:

- 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 las 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.”

Art. 186 “Es obligación de todos los servicios de salud que tengan salas de emergencia, recibir y atender a los pacientes en estado de emergencia. Se prohíbe exigir al paciente o a las personas relacionadas un pago, compromiso económico o trámite administrativo, como condición previa a que la persona sea recibida, atendida y estabilizada en su salud.

Una vez que el paciente haya superado la emergencia, el establecimiento de salud privado podrá exigir el pago de los servicios que recibió.”

### **3.1.- Responsabilidad civil y penal del médico:**

Como hemos visto hasta aquí la normativa vigente que regula el ejercicio médico en el país señala tres ejes principales sobre las cuales recae la responsabilidad de quienes han de responder y el porqué, en el ejercicio de la medicina:

- a) La responsabilidad del Estado,
- b) La responsabilidad del profesional,
- c) La responsabilidad por el resultado.

Desde luego y ya está claro que habrá que determinar si el resultado es como tal la consecuencia de la violación de aquel ejercicio o buena práctica esperada, cabe señalar que a la mala práctica profesional se la ha positivado como consecuencia a lo que la ley dice que se puede esperar, tanto así, que no se la ha tipificado con un artículo inequívoco, por lo contrario y como un avance a la legislación interna podemos decir, se ha procedido con sentar bases penales al resultado del que hablamos más allá de las lesiones en el artículo 146, mismo que reconoce que existe el tipo “homicidio” pero en este nuevo código –COIP– por consecuencia de una mala práctica profesional, más al no haber como tal el tipo “mala práctica profesional”, dependeremos de los resultados de esta para poder determinar lo que se ha de exigir, es decir dentro del campo penal resta mencionar que si no ha incurrido en la muerte quedaría aún la posibilidad de hablar sobre las lesiones que el Art. 152 hace mención y que en el siguiente capítulo trataremos a profundidad, más sin embargo teniendo en cuenta que el espíritu de la ley penal busca que esta sea aplicada de última ratio, es probable

que sea en la práctica más usada la ley civil ante la mala práctica profesional y desde luego médica.

Civilmente por lo contrario la legislación ecuatoriana ha suplido el vacío penal con la mera aplicación de artículos como el 1453 del Código Civil, mismo que deja ante todo ver el como nacen las obligaciones, “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones (...); ya por disposición de ley (...).” Es decir, que la obligación civil entre el médico o paciente puede surgir por ese acuerdo de voluntades proveniente del primer y desde luego continuado acercamiento del profesional con el ahora paciente y claro, por la ley, al esta obligar la prestación de sus servicios como advertimos en este mismo punto que el médico tiene respecto con cualquier persona.

Y ya directamente responsabiliza la ley civil por el daño que en este caso el profesional a cometido contra el paciente en el Art. 2214 que dice “El que ha cometido un delito o cuasidelito que inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”

Cabe concluir las ideas desbrozadas en el presente punto citando la obra de Vargas Alvarado que describe al respecto los aspectos jurídicos que hemos vislumbrado con mucha más claridad respecto a la responsabilidad civil y penal.

“La responsabilidad profesional del médico debe analizarse en los marcos del derecho penal y del derecho civil.

Para Mazeaud y Tunc, la responsabilidad penal supone un perjuicio social, mientras que la responsabilidad civil supone un daño privado, en donde la víctima ya no es toda la sociedad, sino un particular.

El objetivo de la acción civil es la reparación del perjuicio, mientras que el objetivo de la acción penal es el castigo del delincuente (Salvat).” (Vargas Alvarado, 1991, p. 862)

### **3.2.- Estructura jurídica del delito de mala práctica:**

#### **3.1.1.- Tipo básico:**

No es otra cosa si no la descripción hipotética de una conducta que ha hecho el legislador en la norma penal, cumple con una vital importancia, ya que si no hay una adecuación de la conducta al tipo penal, no hay delito. Dicho eso es imprescindible nuevamente retomar el Art. 146 del COIP – artículo que lo hemos transcrito ya con anterioridad-, donde precisamente se describe el ejercicio profesional con un resultado dado por la culpa, este ha positivado la mala práctica, es claro que el legislador so pena no de no incurrir en un tipo a manera de dedicatoria –al gremio médico-, por decirlo así, generalizo la mala práctica a toda profesión, hecho que hace correcto enlace a su vez con el Art. 54 de la Constitución –también transcrito anteriormente-, complementando y penalizando ya el resultado de la muerte por un “homicidio culposo”. Este es la consecuencia de la mala práctica profesional, toda vez que se ha dejado en claro entonces que el tipo penal se origina en el dar muerte de manera culposa, es decir, cuando la voluntad no ha sido encausada conscientemente a esa finalidad, sin embargo, los actos que han debido cuidar cumplir con el deber objetivo del cuidado no lo han hecho, por ende, ha sido infringido ese deber por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, salvando al mismo tiempo el resultado “muerte” como consecuencia de la buena práctica médica. El tipo penal en cuestión

además sanciona con pena privativa de libertad de uno a tres años más la suspensión de la licencia para el ejercicio profesional respectivo.

### **3.1.2.- Elementos subjetivos:**

Hemos mencionado ya que se ha estructurado el delito de la mala práctica profesional penalmente –que es materia de nuestro desarrollo– bajo el enfoque del resultado, es decir, que encontramos actualmente en el código penal vigente la mala práctica como delito si su consecuencia es la muerte, de otra manera hablaríamos de otro delito – por ejemplo lesiones- o bien de una responsabilidad civil, entonces, cuando de elementos subjetivos nos referimos, es la intención, la voluntad misma detrás de la acción la que guarda relevancia, la que ayudara a dilucidar el nexo del delito y su autor, recordando para ello que necesariamente hablamos de actos, hechos que a conllevado una carga psíquica del autor inclinados de un lado o el otro, es decir ha hecho o omitido hacer, puesto que el hombre es un ser racional y capaz de determinarse y prever el peligro, de suerte que es por ello que el tipo básico penal en nuestra legislación fue complementado con la carga subjetiva, misma que es que el autor del delito ha actuado en conciencia de manera innecesaria, peligrosa e ilegítima, determinando estos tres factores la posibilidad de la aplicación de la figura típica.

### **3.1.3.- Elementos objetivos:**

Finalmente estos elementos del delito, pueden considerarse como el aspecto material de la conducta ilícita, siendo estos la manifestación exterior de la conducta humana, pudiendo ser una manifestación por medio de una acción o omisión.

El legislador en el Art. 146 del COIP, ha determinado que este elemento sea dado por la mala práctica, el ejercicio contrario a lo esperado por la ley, las buenas costumbres y la profesión misma. Pero, cuando de mala práctica hablamos puede ser esta positiva o negativa, es decir, será positiva cuando el profesional actué sin previsión, medición de riesgo, sin esa medida de reflexión necesaria antes de la ejecución de lo deseado, alterando consigo todo ese orden y armonía de la buena práctica. Más no es la única manera de mal practicar la profesión, pues hay momentos que en plena conciencia del autor, este simplemente ha decidido no hacer nada –omitir-; para esclarecer lo dicho podemos imaginarnos dos simples ejemplos, el primero cuando en nuestro caso, el galeno a sabiendas que debe formular un historial clínico del paciente este omite hacerlo, conllevado el riesgo de que ha este no se le proporcione un tratamiento acorde a su situación, y un segundo ejemplo quizás más preciso, que el médico por omisión no practique una visita pre operatoria que en ramas como la anestesiología es fundamental, abriendo con dicha omisión un umbral bastante posible para errores en la mal administración del recurso que este médico en específico hace uso, teniendo presente que ningún paciente es igual que otro y que por ende la no singularización puede conllevar resultados no deseados pero que por omisión aún pudiendo ser previsibles no lo han sido.

#### **4.- Elementos del tipo de mala práctica:**

##### **4.1.- El acto:**

Previamente nos hemos referido al acto como parte del todo que constituye el delito, desde luego, lo hemos hecho enfocándonos penalmente y en sí bajo la teoría del delito mismo; salvando ya y dejando claro que no es si no esa ejecución de un hecho a conciencia y con carga psíquica del autor, es así y a razón de lo antes dicho que creemos necesarios adentrarnos un poco más en este punto al lado médico y con ello poder comprender más sobre que es y que se considera un acto médico.

En la tarea propuesta nos apoyamos de criterios citados y que dicen “El acto médico es producido por los profesionales médicos y encaminado a la conservación, fomento, restitución y rehabilitación física o psicosocial de la colectividad que incluye a la prevención, diagnóstico, tratamiento de las enfermedades, determinación de las causas de muerte, peritaje, asesoramiento médico-forense, así como la investigación y la docencia clínica en lo seres humanos -Bioeticista y catedrático médico Dr. Alfredo Benavides Zúñiga-.” (Chepe Ramos, 2010, p. 1)

El mismo autor del que hacemos referencia inteligentemente además cita una conceptualización adoptada por la Unión Europea de Médicos Especialistas, cotejando lo ya dicho, y esta nos manifiesta que “El acto médico engloba todas las actuaciones profesionales como son la enseñanza, educación y formación, actuaciones clínicas y médico-técnicas, todas ellas encaminadas a promover la salud, prevención de enfermedades, aportar los cuidados terapéuticos o diagnósticos a los pacientes, grupos, comunidades o individuos, siendo responsabilidad y debiéndose realizar siempre por un licenciado o doctor en

medicina titulado o bajo su directa supervisión o prescripción.” (Chepe Ramos, 2010, p. 2)

Adicionalmente el autor quien desarrolla la obra sobre el “Acto médico y el consentimiento informado” acota oportunamente la necesidad de diferenciar los actos médicos como tales de aquellos que se han de llamar actos de salud, diciendo; “para ello es conveniente delimitar ambos conceptos: Medicina, como ciencia y arte de evitar y curar las enfermedades; y Salud, como disciplina multisectorial y multiprofesional orientada a lograr el estado de completo bienestar físico, mental y social de las personas. La primera que sólo puede ser ejercida por médicos, que es a su vez una profesión importante del Sistema de Salud. Y, la segunda, las acciones de salud pueden ser realizadas tanto por el médico como por muchos otros profesionales.” (Chepe Ramos, 2010, p. 2)

De las referencias citadas podemos claramente abrirnos un horizonte más amplio del que en principio creímos que era, ya que el acto médico no se reduce al ejercicio expreso de la medicina con la finalidad de atender por decirlo así un paciente, de hecho que se plantea que el acto es y representa desde la enseñanza, y desde luego lo que por estricta lógica se entiende como el actuar del médico, entonces, que un galeno bien podría ser el responsable solidariamente de una mala práctica, si esta se ha debido a una formación deficiente o mala de su alumno.

Y claro, hemos reducido adentrarnos en el acto profesional y su amplia gama a un reducto “más simple” de el que es materia central de nuestro estudio, en ese proceso nos damos cuenta que hemos re afirmado sin lugar a duda la creencia que el accionar medico es más complejo y aparatoso de lo que puede ser el ejercicio de otras profesiones, ya que el fin general que es encontrar la salud y

proveérsela a quien la necesite es un camino que aun cuando pensáramos que apenas inicia cuando el paciente acude a su médico, este a empezado con gran anticipación y sin la menor advertencia de la mayoría de la gente, es decir, nadie reflexiona en lo más mínimo si al médico que este acude ha aprobado con alta satisfacción su formación medica y si esta a su vez cumple con los estándares mínimos, y si estos son suficientes, claro, al menos la mayoría no lo hacemos, el problema de una reflexión tan compleja es que al momento de indagar la raíz del resultado del cual nos hemos dado derecho a reclamar, la pregunta que nos podemos plantear, quién no más es responsable del delito que buscamos perseguir y desde luego ese acto que ha conllevado la responsabilidad por la mala práctica profesional.

Adicionalmente de lo que hemos señalado cabe resaltar que ese acto médico solo puede ser realizado por un profesional facultado para el ejercicio de la medicina, por ende no debes caer en el error de incurrir a terceros no capaces de actuar medicamente como parte del accionar conducente del resultado.

También cabe señalar que el acto médico es además jurídico, ya que debe estar acorde al derecho o la ley, y de hecho que esto hace que además su accionar deba ser responsable, ya que los profesionales de la salud tienen la obligación por así decirlo de sufrir las consecuencias de las fallas cometidas en el ejercicio de su *lex artis*.

Podemos acotar el presente punto además citando el Art. 193 de la Ley Orgánica de Salud, el cual nos ratifica quien esta en capacidad de accionar o practicar la medicina.- “Son profesiones de la salud aquellas cuya formación universitaria de tercer o cuarto nivel está dirigida específica y fundamentalmente a dotar a los

profesionales de conocimientos, técnicas y prácticas, relacionadas con la salud individual y colectiva y al control de sus factores condicionantes.”

Del párrafo anterior surge un punto muy interesante –permitiéndonos salir del eje central-, pues hay un vacío que no contempla el ejercicio de la medicina ancestral u holística, misma que en su gran mayoría no se la ha reconocido formalmente dentro de los pensum académicos tradicionales, por ende, aún cuando se hablaría de actos médicos per se, no lo serían, a decir entonces que estos otros actos deberían juzgarse por un tipo penal diferente y no especializado.

En conclusión nos podemos alinear y resumir en que el acto médico es:

“(…) el producto de la razón del médico, con la intencionalidad de producir efectos en el cuerpo de la otra persona, buscando la restauración de la salud, aliviar el dolor, el sufrimiento” (Garro De La Colina & Del Valle Toledo, 2012, p. 291)

#### **4.1.1.- Innecesario:**

Si acudimos al diccionario de uso usual como el de la real academia española, podemos observar que definen al término simplísimamente como, no necesario.

Dado que la ley no determina inequívocamente a que se ha de considerar innecesario, queda a criterio del Juez decirlo, siempre justificando su criterio, el a que a de considerar como innecesario; sin embargo y en pro de salvar ese sin sabor podemos acudir a un editorial publicado en el diario local de nuestra ciudad, el Mercurio, artículo a cargo de Carlos Castro Riera, quien ha resuelto ingeniosamente por medio de la filosofía del Derecho el problema.

“Según el diccionario, necesario es lo que “se hace y ejecuta obligado por otra cosa, como opuesto a voluntario y espontáneo, y también de las causas que obran sin libertad y por determinación de su naturaleza”. El mundo de la naturaleza es el mundo de la necesidad, y los fenómenos son producto de relaciones de causa efecto (no dependen de la voluntad), en cambio el mundo del ser humano se rige en parte por las leyes de la naturaleza, pero también por el “libre albedrío” (mundo de la libertad), en virtud de estar dotados de razón y se obra con conciencia y voluntad. Cuando un médico interviene para curar lo hace conociendo las relaciones biológicas de causa efecto, pero unas reacciones pueden preverse, otras no. Acciones innecesarias serían entonces las que van en contra de la previsión racional de las relaciones causa efecto.” (Castro Riera, 2014)

Cabe entonces pensar que son actos médicos innecesarios aquellos que han sido hechos por el profesional, pudiendo prever consecuencias negativas para el enfermo o paciente sin embargo se hacen bajo plena conciencia.

Lógico también es pensar que un médico no ejecutaría acto alguno sin meditarlo, aún siendo esto hecho en un breve espacio de tiempo, tanto más que es lo que se espera del galeno, la consideración previa a su actuar, toda vez que no hacerlo lo separa del riesgo permitido de la norma y desde luego de su *lex artis*.

#### **4.1.2.- Peligroso:**

Particularmente consideramos la mejor manera de encontrar el sentido de la palabra acudir al significado dado a ella, tanto más que para nuestro

entendimiento esto nos permite corroborar la intención del legislador al haber incluido tal o cual termino como merito de calificación del delito.

Dicho lo anterior, el diccionario de la real academia española define al termino peligroso como aquello “que tiene riesgo o puede ocasionar daño”, no cabe duda que un acto peligroso conlleva consigo una carga muy alta de riesgo con un claro avistamiento del resultado no deseado.

Sin embargo no es suficiente para el fin de entender la razón de ser de la palabra en el texto del articulado del 146 del COIP, definirla meramente basado en un diccionario resulta un inicio pero no concluyente, pues aunque clara su conceptualización, aplicar en la práctica sigue siendo una formula que no consta de inequívoca respuesta, tanto más cuando habrá un criterio subjetivo a aplicar en cada caso, entendiendo y recordando que existe un ámbito de protección de la norma –riesgo permitido- que en el caso del ejercicio profesional medico prevé que el resultado aún de actos peligrosos no siempre puede ser punible.

Con el fin de esclarecer el merito del legislador nuevamente recurriremos a citar el editorial del diario local, mismo que sigue siendo brillante y claro y que bien nos serviremos de el una vez más.

“(…)en la práctica médica, todo tiene riesgo, puede desencadenar daños, muchos de ellos no previsibles. Acciones peligrosas son aquellas que caminan por el filo del riesgo o de la posibilidad de causar daño, y aquello es una constante en la medicina, y es más, a veces hay que correr el riesgo para salvar vidas.” (Castro Riera, 2014)

Ya en anteriores paginas hemos explicado lo mucho que se debe valorar los actos en general, porque aun cuando siendo punibles estos son

legítimos y por ende no imputables al autor aún habiendo resultados no deseados.

#### **4.1.3.- Ilegítimo:**

Por cuanto no existe una definición directa si no derivada de la palabra en cuestión, basamos nuestro análisis en el termino legitimo, mismo que es definido por el diccionario de la lengua española como “probar o justificar la verdad de algo o la calidad de alguien o algo conforme a las leyes”.

En el punto que antecede al presente manifestamos brevemente que aun cuando un acto pueda ser típico este puede no ser antijurídico por cuanto puede guardar una justificación que salva que su resultado cualesquiera que fuere, sea responsabilidad del profesional, concretamente del médico.

Es decir, este pudo haber previsto el peligro, sin embargo y con su intención de brindar alivio haber optado por un tratamiento que por tratarse de caso de emergencia pudo no ser el mejor ni lo recomendado, y aún ello no guardar relación alguna su actuar con lo que se entendería prudente o que obedezca a los hechos del momento, entonces, ha de justificarse el porque se excepcionado de los resultados que han sido causados sin voluntad de dañar al paciente.

Quedando una vez más sin lugar a duda, valga redundar, muchas dudas de cómo el juez ha de proceder a calificar la pertinencia de cada uno de estos requisitos que configuraran el delito que a conllevado a la muerte de un individuo supuestamente por la no observación del deber objetivo del cuidado.

Cabe acotar respecto de la definición y como se ha de entender los términos innecesario, peligroso e ilegítimo, pertinentes en el ejercicio de la acción penal según el tipo del Art. 146 –COIP–, los legisladores aún tienen tarea pendiente, tan necesario es que la ley penal sea inequívoca como lo es que se positive la norma antes que el delito, ya que dejando esa ventana abierta y libre de interpretaciones el rango de aplicación errónea se hace amplio, beneficiando a culpables y perjudicando inocentes, por ello y otras razones que hemos sabido manifestar que es claro que el ejercicio de la medicina debe contar con norma expresa y meditada por lo especial y singular de su aplicación, además de que el legislador debe hacer de cuentas sus intenciones al acotar tal o cual término a fin de que se aplique o interprete al tener literal, según el espíritu de la ley penal lo exige.

#### **4.2.- La antijuricidad:**

“Es el acto voluntario típico que contraviene el presupuesto de la norma penal, lesionando o poniendo en peligro bienes e intereses tutelados por el Derecho (...).” (Machicado)

Queda claro que “una conducta típica no es antijurídica si en el caso concreto concurre una causa de justificación” (Roxin, 1997, p. 195), así mismo, la ley es para todos y nadie ni por su profesión y en condiciones normales le está permitido contravenirlo, por ende las causas de justificación las hemos de considerar como extraordinarias y no comunes a la aplicación regular de la norma penal.

Art. 29: “Antijuricidad.- Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este código.” –COIP-

Producto del ejercicio de su profesión el médico puede, no voluntariamente, causar la muerte a su paciente, sin embargo lo hemos manifestado con vehemencia, este puede no ser responsable del resultado ocasionado, de allí que ese buen ejercicio del deber objetivo del cuidado es el punto y a parte para hacer de una norma contra el mal ejercicio profesional el caballo de pelea sobre usándolo por los resultados no deseados, salvado así el acto médico de la antijuricidad.

Eso es la antijuricidad, a penas un elemento del delito según el Art. 18: “Infracción penal.- Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este código”, es decir que no es concluyente ella sola –aún guardando gran carga motivadora- más es necesario que exista en la estructura del delito penal, pues no se puede configurar el delito por ausencia de uno de sus elementos básicos de los cuales ya mencionamos.

“Cuando el médico actúa como tal, tiene que manipular técnicas y conocimientos con miras a conseguir un resultado concreto; pero este fin buscado por el ejercicio de la medicina puede o tiene implicaciones ante la ley. Es pues, el Acto Médico (cualquiera que él sea) una fuente de la que emanan consecuencias jurídicas para el profesional que lo realiza y para el paciente que ha sido objeto de esta actividad, aunque no la única fuente. Por lo que del Acto médico pueden desprenderse dos tipos de consecuencias en Derecho: las que resultan del acto jurídico (“responsabilidad” por el acto) y las que resultan del

hecho jurídico (“perjuicios” indemnizables por el hecho antijurídico capaz de generar implicaciones en el Derecho.)” (Chepe Ramos, 2010, p. 20)

Aportando significativamente a este punto el párrafo citado, pues nos deja de ver que los actos médicos tienen implicaciones legales, casi siempre, de hecho el médico actúa bajo ese riesgo permitido en todo momento, de ese hecho es que el mismo tenga consecuencias jurídicas capaces de generar implicaciones de orden delictuoso, en ese quebrantamiento del orden jurídico, actuando antijurídicamente, en consecuencia entonces el médico debe actuar motivadamente creyendo que el resultado previsto es el objetivo único de su ejercicio.

#### **4.3.- La tipicidad:**

Debe ser siempre vista como una garantía penal, más aún para el galeno, pues bien si su actuar no debe nunca ser impulsado por una voluntad de hacer daño, tampoco cada acto que este haga debe ser penado, por ende de hecho es que sin ley previa no hay delito, y esto es una garantía del derecho penal internacional.

Cabe nuevamente recordar que el delito de la mala practica profesional únicamente se haya tipificado cuando este tenga como resultado el homicidio, más como tal no se haya en nuestra legislación contemplada de darse resultados diferentes como lesiones o secuelas de la mala praxis, existiendo aún un vacío jurídico respecto a todo lo que devenga del ejercicio profesional y concretamente medico.

#### **4.4.- La culpabilidad:**

El presente concepto ha sido desarrollado ya previamente en el presente tema y en la doctrina se ha conceptualizado como un elemento del delito, esto con notable contribución de Merkel, quien señalaba que esta era una conducta

voluntaria que se contraponía a lo tutelado por el derecho, esta teoría se desarrolló sobre el aforismo jurídico “*Nulla poena sine culpa*”, mismo que ha tenido notable trascendencia en nuestra legislación, en el Código Orgánico Integral Penal en el Art. 5, inciso tercero, se hace expresa referencia sobre que se debe tener inequívoco convencimiento de la culpabilidad para que este sea imputable, es decir responsable por un delito.

Además en el mismo cuerpo legal ya citado en el Art. 27 define la culpa como quien “(...) infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, -es decir que este tiene conciencia de superar con sus acciones el riesgo permitido-, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código. –Aquí otro punto muy importante es que debe haber sido previamente tipificada, pues no basta que esta sea una conducta con consecuencias dañosas, si no hay previa positivización no podrá el profesional ser responsable en lo posterior.-

Continuando en el Art. 34 define expresamente que la culpabilidad recae sobre quien ha podido ser imputable de un hecho y que este haya actuado con conocimiento de la antijuricidad de su conducta, siendo esto último cubierto por la ficción legal que nuestra legislación mantiene y que consta en el código civil en el artículo 6, que dice, desde la promulgación de una ley en el registro oficial esta entra en vigencia y además se entiende conocida de todos desde entonces, pues bien, cabe claramente señalar que aunque quien actuare antijurídicamente no conozca la ley expresamente que hace que su actuar sea calificado como tal, se entenderá que si y lo sabe, por ende aún conociendo de ello ha sido voluntaria la infracción.

Dicho lo anterior es necesario además señalar que para que haya culpa, el hecho o la acción propiamente dicha ha tenido que devenir en daño, cabe así mismo para el fin del mal ejercicio profesional dejar claro que el acto ha de ver sido ejecutado concretamente en nuestro caso por un médico o quien tenga un permiso –se vea facultado- como lo hemos señalado anteriormente para el ejercicio de la medicina, habiendo de tal manera una falta de cautela por parte del facultativo, concurriendo así un daño que para el profesional resultaba previsible.

Entonces a fin de cuentas cabe afirmar que “(...) la culpa galénica consiste en prestar asistencia facultativa sin la diligencia debida, es decir, no actuar conforme a las reglas consagradas por la práctica médica –*lex artis*-, con arreglo al estado de los conocimientos al tiempo de cumplida la prestación.” (Vazquez Ferreyra, 1993, p. 61)

#### **4.4.1.- Formas o variantes de la culpa médica:**

“Por su importancia para la valoración de una eventual Responsabilidad del Médico, vale la pena definir las distintas formas o variantes de la culpa:

**Imprudencia:** Es la acción u omisión involuntaria no maliciosa, de cumplimiento inexcusable. Se la ha asociado con un obrar “en más”. Es realizar un acto con ligereza, sin las adecuadas precauciones; es decir la carencia de templanza o moderación. Es la violación activa de las normas de cuidado o cautela que establece la prudencia, actuando sin cordura, moderación, discernimiento, sensatez o buen juicio.

**Impericia:** Es la ineptitud o ignorancia grosera del saber medio exigible a un médico, por la causa que fuera (defecto de formación, olvido, no

actualización, etc.). Es la falta total o parcial, de conocimientos técnicos, experiencia o habilidad en el ejercicio de la medicina. Es decir, es la carencia de conocimientos mínimos o básicos necesarios para el correcto desempeño de la profesión médica.

**Negligencia:** Surge de una actuación descuidada y falta de diligencia, cuando no media falta de conocimientos. Es un obrar “en menos” (contracara de la imprudencia) por no tomar las precauciones debidas. Es decir, es la carencia de atención durante el ejercicio médico. Puede configurar un defecto o una omisión o un hacer menos, dejar de hacer o hacer lo que no se debe. Es no guardar la precaución necesaria o tener indiferencia por el acto que se realiza. La negligencia es sinónimo de descuido y omisión. Es la forma pasiva de la imprudencia.

**Violación de leyes o reglamentos:** Su significado es obvio. Es una forma de acción culposa que se configura cuando, existiendo una exigencia u orden vernal o escrita, dispuesta con fines de prevención de un daño y ordenado por un superior responsable, el subalterno no le da cumplimiento, generando un daño al paciente. Puede circunscribirse a la esfera administrativa sino ocasiona daño al paciente.” (Chepe Ramos, 2010, pp. 24, 25)

En todo caso en el presente punto cabe concluir que para valorar la culpa médica se debe considerar la existencia de esa posibilidad de previsibilidad, no dejando a un lado esos imponderables médicos que hacen del ejercicio médico una de las profesiones que si bien salva vidas, tiene consecuencias por su injerencia positivas y negativas.

El médico sin embargo deberá cumplir con lo mínimo esperado que será el deber objetivo del cuidado en la práctica, así como un apego a la *lex artis*, siendo la no observancia de estas antes dichas condiciones lo que elimina la protección de la norma, permitiendo así juzgar como culpable de un resultado al facultativo.

## CAPITULO IV

### EL HOMICIDIO Y LAS LESIONES COMO CONSECUENCIA DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA

#### 1. Generalidades:

A este punto no cabe duda que toda intervención desde el nacimiento de esa relación médico paciente altera el ser, tanto así que el paciente visto como la parte de la relación vulnerable es susceptible de ser alterado tanto psicológicamente, físicamente, como emocionalmente.

“Esta labor goza de legitimación y por la evidencia de que es así el médico (realizándola con la finalidad de curar y poniendo diligencia, la prudencia, la pericia y los medios ordinariamente adecuados) puede provocar impunemente cambios en el paciente, e incluso la muerte, sin que esos resultados lo hagan caer en responsabilidad penal por lesiones u homicidio” (Terragni, 2003, p. 25)

Hemos así mismo de recordar que nos vemos frente a una profesión que conoce lo que es fallar aún en procesos esquemáticos y apegados a la *lex artis*.

Esas fallas muchas de la veces no son susceptibles de reivindicación o enmendadura, tanto más que sus efectos suelen ser definitivos y con consecuencias potencialmente nefastas; a estas últimas bien podemos llamarlas lesiones. Sin lugar a duda uno de esos efectos sin remedio alguno son aquellos que han desembocado en la muerte misma del paciente, de allí que develar la responsabilidad y si el médico debe responder por el resultado ha sido materia de análisis a lo largo del desarrollo global del tema principal.

Para el Derecho es de relevante importancia tutelar y por ende brindar mecanismos de restauración de los bienes e intereses jurídicos tutelados, tales como son la vida y la

salud, toda vez que su transgresión han de ser punibles y exigibles por medio del estado hacia una restauración integral.

A fin de permitirnos introducir el presente capítulo y así mismo hacer alcance de lo aprendido en el desarrollo global, nos permitiremos transcribir fragmentos a continuación de un caso conocido y sensible en medio de la comunidad de la ciudad de Cuenca, proceso signado con el No. 0133-2013 dentro del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No.3 de la presente ciudad:

### **1.1.- Caso Góngora, antecedentes generales:**

El paciente el Sr. Ramón Leonardo Góngora Salazar, a ser intervenido para realizar un procedimiento de Septo Plastia –limpieza de sinusitis-, bajo la clasificación de ASA UNO -paciente que no representa riesgo por su condición médica-.

La demanda se la formula en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social –I.E.S.S.-, por medio de la representación de su madre, a razón de una deficiente prestación del servicio público a la salud.

El resultado de la intervención es una lesión multifocal cerebral, provocado por una encefalopatía hipóxica isquémica, -síndrome producido por la disminución del aporte de oxígeno o la reducción mantenida del flujo sanguíneo cerebral al encéfalo-.

El estado actual del paciente es vegetativo, mantiene funciones vitales estables –relativo a su cuadro médico-, sin señales neurológicas activas.

### **1.2.- Fundamentos de hecho:**

A la edad de 22 años, haciendo uso de su derecho de afiliado al seguro general obligatorio del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, acudió al Hospital José Carrasco Arteaga de esta ciudad de Cuenca, con la finalidad de hacerse

tratar sobre una Septo Plastia, o limpieza de sinusitis y que una vez cumplidos con todos los requerimientos administrativos y médicos solicitados por dicho hospital, el día 26 de febrero del año 2010, aproximadamente a las 11h45, el paciente ingreso al quirófano #5, con el fin de ser intervenido quirúrgicamente de sinusitis (cavidad nasal-septorinoplastia) por la Doctora Libia Victoria Avila Campoverde.

Los exámenes pre operatorios que el paciente se realiza como requisito solicitado por los médicos tratantes, vislumbrando una intervención quirúrgica positiva.

Toda vez que iniciada la operación los Doctores Heriberto Wilson Vásquez Vega –Anestesiologo- y Libia Victoria Ávila Campoverde como cirujana, suspenden la operación por haber ocurrido, al decir de dichos galenos, una parada cardiaca, lo que llevó a la “suspensión de anestésicos, y la posterior reanimación cardiopulmonar consistente en masaje cardiaco externo y ventilación mecánica. Siendo traslado de emergencia a la Unidad de Cuidados Intensivos por presentar signos compatibles con decorticación cerebral debido a encefalopatía hipóxica-isquémica que le ha producido lesión multifocal cerebral corroborada por exámenes realizados, (Electroencefalograma) como consecuencia de un inadecuado o pobre suministro de oxígeno al cerebro.

### **1.3.- Fundamentos de derecho:**

Se refiere y transcribe como fundamentos de derecho las normas constantes en los artículos 11 numeral 9 inciso 2, 52, 53 inciso segundo; y, 54 de la Constitución de la República refiriéndose a lo manifestado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida, al artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos

en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece que toda persona tiene derecho a la salud y a la responsabilidad de los Estados de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y la integridad personal, expuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, al artículo 29 de la Ley Orgánica de Salud.

Se indica también que el Estado ecuatoriano, tuvo conocimiento del caso del paciente en el momento que se presentó una denuncia ante la Fiscalía General del Estado (Ministerio Público de Cuenca) sin embargo al "no existir una legislación específica de la mala practica medica" la Fiscalía persiguió al Médico Heriberto Wilson Vázquez Vega (médico del I.E.S.S), por el delito de lesiones inintencionales de conformidad a lo dispuesto en el Art. 472 del Código Penal, que transcribe.

#### **1.4.- Sentencia:**

Declara parcialmente con lugar la demanda, y dispone que al haberse producido por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social una inadecuada prestación del servicio público de salud al señor Ramón Leonardo Góngora Salazar, se le indemnice, por concepto de reparación integral, incluyendo en dicha indemnización, la que corresponde al daño moral; en los siguientes términos: El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social deberá asumir todos los gastos que correspondan al señor Ramón Leonardo Góngora Salazar en cuanto a alimentación, medicamentos, vestimenta hospitalaria, rehabilitación y equipos necesarios, así como los cuidados que el mismo requiere de por vida. El inadecuado servicio público también ha provocado que el señor Ramón Leonardo Góngora Salazar no pueda continuar laborando y con ello dar sustento

a su hijo, por lo que se le deberá pagar al mismo, en forma mensual una cantidad equivalente a un Salario Básico Unificado del Trabajador General hasta que su hijo Leonardo Andrés Góngora Hernández cumpla la mayoría de edad. En orden a que la señora Nancy Rebeca Salazar Sosa, madre del afectado, ha venido cuidando personalmente a su hijo sin poder realizar ninguna otra actividad, también se le deberá pagar en forma mensual una cantidad equivalente a una canasta familiar básica por el tiempo que se ocupe del cuidado de su hijo y mientras éste viva. Si la madre falleciere antes que su hijo, el pago se deberá seguir cancelando a la persona que asuma el cuidado y protección del señor Ramón Leonardo Góngora Salazar. En lo que concierne al daño moral, este Tribunal establece el monto de indemnización en la suma de USD. 30.000.00 que deberá ser entregado a la parte accionante, en el término de sesenta días contados a partir de que esta sentencia se ejecutorie. Los pagos mensuales a favor del señor Ramón Leonardo Góngora Salazar, su hijo; y, de su madre la señora Nancy Rebeca Salazar Sosa deberán ser efectuados a partir del mes de marzo de 2010, pues los hechos que dan lugar a la presente indemnización se produjeron el 26 de febrero de 2010, para lo cual se realizará pericialmente la liquidación respectiva por el tiempo que preceda a los pagos mensuales dispuestos que se cumplan de manera regular. Se deja a salvo el derecho de la Institución accionada de ejercer el derecho de repetición correspondiente.

#### **1.5.- Consideraciones personales del caso:**

La legislación vigente al momento de formular la demanda no reconocía la mala práctica profesional como delito, esto conlleva que se busquen mecanismos jurídicos alternativos para la subsanación del daño evidente.

Pese a ello es admitida y consta de sentencia dentro de un proceso administrativo, no persiguiendo el delito de mala práctica médica, si no las consecuencias que manifiesta el paciente como resultado de una deficiente prestación de servicios de salud, dejando el proceso en clara evidencia de la necesidad de legislar y positivizar a la mala práctica profesional como delito autónomo, ya que al no haber un tipo penal específico cabe acotar que contradice los avances que en Derecho Penal apuntan a no generar falencias en la práctica de la norma así como dejar vacíos legales, ya que además debe legislarse superando la barrera de la culpa y enfocado en una clara intención del profesional de ejercer contrariamente su profesión, así como que toda vez no se debe supeditar únicamente del resultado “muerte” tal como concretamente hoy consta en el COIP.

Si bien el resultado actual de la intervención médica es perseguible penalmente bajo el delito de lesiones, tipificado en el Art. 152, en el anterior código penal en el Art. 472 no se previa como delito especial la intervención profesional sin el deber objetivo del cuidado, es decir, que no cumple con la trascendencia de las consecuencias que se persiguen.

Además cabe señalar que hoy por hoy el delito que se ha perseguido por lesiones es plenamente viable, mientras el paciente sobreviva con signos vitales y médicamente no sea dado como muerto, sin embargo, tras la consecuencia ineludible que se ha de enfrentar en el corto o mediano plazo del deterioramiento de salud que conllevara consigo el fallecimiento del enfermo, se abre un nuevo camino que se a de considerar respecto del resultado de la intervención médica. Será de interés público y por ende se configuraría un delito a ser perseguido por la autoridad fiscal competente bajo el tipo “Homicidio culposo por mala práctica

profesional”, no pudiendo considerarse que se esta juzgando dos veces por un mismo delito, ya que el primer delito perseguido no era aquel que conllevaba un resultado muerte si no una lesión -alteración o daño que manifiesta el paciente-, y por consecuencia el resultado muerte debe ser tratado como un delito autónomo e independiente del anterior, pues ha sido la intervención del profesional la que a conducido o no previsto el resultado.

Finalmente y no menos importante es necesario comprender la posibilidad abierta y muchas veces poca conocida de la idiosincrasia medica, misma que es estudiada como parte de la farmacología, y es precisamente una probabilidad reducida que un paciente enfrente o responda con consecuencia nefastas la administración de un medicamento, para lo cual no existe una explicación determinada, aún cuando de por medio haya habido un apego irrestricto a la buena practica profesional y el deber objetivo del cuidado.

Hemos hecho mención de lo anterior a razón que si bien hemos dicho ya que el caso es plenamente de interés público penal, pudiera ser la respuesta a la configuración aparente del delito en cuestión lo antes dicho, salvado de responsabilidad al profesional médico.

## **2.- Homicidio:**

Cabe empezar señalado que el homicidio no es otra cosa que la “muerte dada por una persona a otra” (Cabanellas & Alcalá - Zamora, p. 605), desde luego sin los agravantes para que este acto sea considerado asesinato, así mismo, este acto puede ser clasificado de dos formas:

Voluntario.- “(...) Cuando se comete a sabiendas y con intención; pudiendo ser simple o cualificado, según se medien, o no, circunstancias que agraven el hecho.” (Cabanellas & Alcalá - Zamora, p. 605)

Involuntario.- “(...) Puede ser culpable, que es cuando ha habido imprudencia, e inculpable, si el hecho es meramente casual” (Cabanellas & Alcalá - Zamora, p. 605)

En resumidas podemos entonces decir que el homicidio es un acto grave por el medio del cual una persona –cualquier persona puede ser sujeto activo del delito- priva a otra del bien irremplazable, vida. Por generalidad el resultado de dar muerte a otra persona - homicidio- por parte del médico y su ejercicio ha de tratarse como un hecho involuntario, es decir culposo.

El delito que estamos analizando se encuentra tipificado en el Art. 144 del Código Orgánico Integral Penal “Homicidio.- La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años” y consecutivamente en el 145, homicidio culposo y 146 homicidio culposo por mala práctica médica. Es decir que la legislación penal a partido de una conceptualización per se, basándose en la acción ejecutada para explicar lo que se sanciona y de esa manera progresivamente ha proseguido en clasificarlo en dos tipos de homicidio calificado.

A vista del ejercicio de la medicina suena in mesurado llamar a un galeno homicida, tanto que es el quien a jurado su profesión y dedicación a la vida, a su protección, salvación y esto hace que se juzgue el delito diferenciadamente y no como un criminal cualquiera, pese que en líneas del propio Carrara pudiera no ser así, más de no diferenciar puede ponerse en la balanza igual peso aún cuando las circunstancias que han llevado al hecho como tal no sean similares, “Homicidio culposo.- la muerte causada a una persona por quien no se proponía inferirle mal de tanta gravedad”, de suerte nuevamente comprendemos que el médico no busca en teoría inferir ningún mal.

En el anterior Código Penal ecuatoriano, en el artículo 457 se hacía mención ya de un homicidio relacionado con el profesional médico, sin embargo esta mención que anteriormente se hacía no repercutía ni como agravante ni como atenuante, únicamente alineaba al delito como intencional, que por cierto de dicho delito el código ni lo conceptualizaba, de ello podemos destacar que el actual Código Orgánico Penal si conceptualiza –por decirlo así- además de hacer especial mención al profesional, actuando la culpa profesional como un atenuante respecto de un homicidio culposo cualquiera, ya que la sanción no supera los tres años en el primer caso siendo el máximo de cinco en el segundo.

Esta distinción que es un avance importante porque además la sanción repercute en el futuro ejercicio profesional, que bien de no contar con un tipo delictuoso específico, nuevamente quedaría un vacío en cuyo caso que la simple voluntad del órgano jurisdiccional no puede llenar.

Y ese es el fin de la persecución del presente delito, que desde el comienzo de la civilización misma y desde luego del derecho penal ha sido sancionar el dar muerte a otra persona. Sancionar esa privación del derecho a la vida que es legítimo e innato al ser humano tiene implícito la motivación de la conservación de la especie a la cual nadie en deliberado derecho puede atentar.

Sin embargo, tomar el tipo homicidio y diferenciarlo a este con la culpa por medio un profesional es adecuado, ratificándonos en la idea que en concreto el médico no buscara voluntariamente causar la muerte, más que esta puede ser un resultado inesperado de la práctica; no obstante cuando este profesional violenta, no observa, omite las reglas mínimas se conduce inequívocamente al riesgo que el resultado sea imputable, pero no es lo mismo hablar de la culpa cualquiera, que la culpa de un profesional médico, puesto que entre el primero y segundo media el riesgo permitido, los mínimos requeridos para

la ejecución de la acción y sobre todo la voluntad expresa o tácita del paciente de permitir una intervención a sabiendas que habrá consecuencias que alteraran de cualquier forma su ser.

## **2.- Lesiones:**

Cuando de lesiones nos referimos hacemos según Cabanellas mención a “(...) daños injustos causados en la salud o cuerpo de una persona. Ha de faltar siempre el propósito de matar (...).” (Cabanellas & Alcalá - Zamora, p. 129)

En nuestra legislación podemos encontrar el tipo penal sobre lesiones en el Art. 152 del COIP –Código Orgánico Integral Penal:

“Lesiones.- La persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Si como resultado de las lesiones se produce en la víctima un daño, enfermedad o incapacidad de cuatro a ocho días, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a sesenta días.
2. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de nueve a treinta días, será sancionada con pena privativa de libertad de dos meses a un año.
3. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de treinta y uno a noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.
4. Si produce a la víctima una grave enfermedad o una disminución de sus facultades físicas o mentales o una incapacidad o enfermedad, que no siendo permanente, supere los noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.
5. Si produce a la víctima enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, incapacidad permanente, pérdida o

inutilización de algún órgano o alguna grave enfermedad transmisible e incurable, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si la lesión se produce durante concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública, será sancionada con el máximo de la pena privativa de libertad prevista para cada caso, aumentada en un tercio.

La lesión causada por infringir un deber objetivo de cuidado, en cualquiera de los casos anteriores, será sancionada con pena privativa de libertad de un cuarto de la pena mínima prevista en cada caso.

Para la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado se considerará lo previsto en el artículo 146.

No serán punibles las lesiones derivadas de acciones terapéuticas ejecutadas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad que precautele la salud del paciente.”

En el artículo que anteriormente citamos podemos decir que se describe el resultado de una acción más no se conceptualiza inicialmente que es la lesión, hecho que contraria el espíritu del Derecho Penal que busca brindar al Juez herramientas claras e inequívocas. Posteriormente describe la magnitud que puede tener la lesión para según ella extender o por lo contrario aminorar la pena, cuando sería más loable clasificarla como graves, gravísimas, leves y levísimas, pudiendo el tipo penal por lo tanto ser más aplicable a la mala práctica profesional, ya que concretamente si hablamos de lesiones por mala práctica médica infiere en ellas más aspectos a considerar, ajenos únicamente al tiempo como tal para su recuperación.

En el punto anterior pudimos ver como el bien protegido era la vida, misma que se ha cuidado desde que la humanidad ha hecho conciencia de su mortalidad y a consecuencia

de ello buscado la preservación de la especie. En el presente punto el bien protegido es la integridad física, que por lo contrario es ese derecho de estar y sentirse bien, desde luego que de querer explicar a profundidad que es “estar bien” sin duda abarcaríamos un espectro con derivaciones diversas y profundas, ya que uno por ejemplo puede estar bien físicamente y no así psicológicamente, y, esta segunda ser consecuencia de la intervención de un tercero, hecho que dejaremos para otra oportunidad el explorar más a detalle.

Retomando, para cuidar del bien jurídico protegido, la ley ha previsto consecuencias contra aquellos que infieran daño alguno, pero que este daño no sea lo suficiente severo que conlleve la muerte, sin embargo y observando lo previsto por el legislador este no ha superado exitosamente la diferenciación eficaz entre enfermedad y la incapacidad como resultado de aquel daño inferido; únicamente hizo el labor de proporcionar la pena acorde al daño, nuevamente hemos de recabar que el tipo penal no satisface las necesidades completas del Juzgador por cuanto este no cuenta con un tipo especial que permita diferenciar al profesional y en concreto al médico, pues no se le puede medir con la misma “regla” con la que a la generalidad se aplicara, acorde a la causalidad del resultado respecto de sus acciones u omisiones.

El artículo previsto además en el COIP establece un enlace con el Art. 146, respecto a dos temas, sobre el deber objetivo del cuidado y sobre el resultado culposo.

Afianzando sobre como determinaremos que ha de considerarse como ese deber de cuidado podemos citar: “En el caso de que no se encuentre normas definidas y preestablecidas para una cierta conducta específica, se deberá comparar la conducta que siguió el sujeto con la que hubiera seguido en el mismo ámbito de relación prudente y diligente. Si existe divergencia en el juicio comparativo, es porque se ha infringido un deber de cuidado” (Montealegre Lynett, 1987, p. 287)

Por otra lado cuando hablamos de una lesión culposa, debemos analizar si el resultado en cuestión es por nexo causal la consecuencia de la conducta descuidada del agente, es decir, que de por medio halla habido imprudencia, negligencia, impericia o bien la inobservancia de las normas legales o reglamentarias.

### **3.- Estructura jurídica del homicidio y las lesiones, a consecuencia de la mala práctica médica:**

La legislación penal actual no contempla en sentido estricto la mala práctica médica como tal, sin embargo como hemos visto ya tanto constitucionalmente como civil y penalmente se habla de la responsabilidad que la mala práctica profesional puede acarrear. Claro esta, se ha estructurado bajo el delito bajo un tipo culposo; sin embargo no se habla aún penalmente de la concurrencia del animo doloso en el resultado, cuando de mala práctica se refiere.

Además, ya sea que hablemos de homicidio o lesiones como consecuencia de la mala práctica médica, el resultado no se desentiende de la estructura básica por medio de la cual se configura un delito, esto es, para que se configure el mismo debe ser el resultado fruto de un acto –u omisión- típico, antijurídico y culpable.

Hemos estudiado ya estos parámetros sin embargo reforzaremos el factor culpa en el delito respecto del ejercicio médico.

El Art. 202 de la Ley Orgánica de Salud dice:

Constituye infracción en el ejercicio de las profesiones de salud, todo acto individual e intransferible, no justificado, que genere daño en el paciente y sea resultado de:

- a) Inobservancia, en el cumplimiento de las normas;

- b) Impericia, en la actuación del profesional de la salud con falta total o parcial de conocimientos técnicos o experiencia;
- c) Imprudencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión del cuidado o diligencia exigible; y,
- d) Negligencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión o demora injustificada en su obligación profesional.

Del artículo anterior podemos colegir que la ley de salud suple y permite al juzgador entender médicamente como se configura la culpa por cuanto como lo hemos aseverado, el ejercicio médico presta características muy singulares durante su práctica.

Además deberá estar presente en el acto el hecho que este haya sido realizado de manera innecesaria, peligrosa e ilegítima, características adicionales consideradas por el legislador en el actual Código Penal –COIP– en la positivización del tipo, concretamente del homicidio culposo por mala práctica profesional.

En todo caso, el acto debe guardar plena relación de causalidad con el resultado, sea que hablemos de lesiones u homicidio.

Por otro lado tenemos la antijuricidad; la integridad física así como la vida misma son bienes jurídicamente tutelados, de cierta manera podríamos decir que todas las leyes convergen hacia ese cuidado o preservación, pues son estos los que permiten entre otros la plena integridad de la persona. Cuando hablamos de un acto antijurídico haremos siempre referencia a ese actuar en contra de lo que la legislación por medio de las leyes y reglamentos ha previsto, y cuando es violentado se atenta directamente contra los bienes jurídicamente tutelados, razón por la cual en ambos casos son de interés público su reparación integral –si cabe– y sanción, de allí que es el Derecho Penal el encargado en sancionar los delitos contra las personas.

Sin embargo para el Derecho Penal y sus fundamentos más elementales la tipicidad juega un rol especialmente trascendente, pues sin ley previa no hay pena, razón entre otras por las cuales el legislador ha buscado sancionar el resultado muerte, más aún no se ha considerado como un tipo especial las lesiones ocasionadas por la mala práctica profesional o concretamente médica, a suerte de que pudiera este factor resultar de agravante o atenuante.

Finalmente esta la culpabilidad, tema que lo hemos abrazado a profundidad pues al respecto siempre habrá un matiz bastante notorio, por cuanto no siempre convergera conjuntamente con los anteriores requisitos del delito, tanto más que el ejercicio médico de entre todas las profesiones requiere de ese riesgo permitido, de esa protección adicional por no actuar conforme un lineamiento específico, de suerte que aún aplicando el mismo tratamiento a dos diferentes pacientes el resultado puede ser completamente contrario, tanto es así que cuando se analice un delito de mala práctica, se deberá poder atribuir el resultado a consecuencia del acto culposo –no intencional- al sujeto activo – facultativo-, para ello se hará menester analizar todas las circunstancias que se presentaron antes, durante e incluso después de la acción y que como consecuencia a dañado al bien jurídicamente protegido.

Finalmente en todo delito de mala práctica tendremos presentes a un sujeto activo que deberá ser el facultativo que ejerza la medicina, el sujeto pasivo que ha de ser el paciente o enfermo y entre ellos mediará la necesidad del enfermo por recuperar su salud y por el otro lado la capacidad del médico para restaurarla, de suerte que esto válida el origen de dicho nexo causal.

Actualmente nuestra legislación penal no relaciona las lesiones con la práctica profesional o médica de manera directa, y por otro lado lo hace respecto del homicidio

más únicamente a considerado la voluntad culposa y no dolosa respecto de esta singularidad, dejando por un lado desprovisto de acción penal al paciente por cuanto si bien el puede basarse en los tipos generales la falta de especificidad evita que el juzgador cuente con herramientas inequívocas y por otro lado blindado el ejercicio al médico contra el abuso del ejercicio penal.

#### **4.- Reflexiones finales:**

La mala práctica médica cada vez más se adueña de titulares y se ha puesto bajo la vista de todos, hecho que no es únicamente en Ecuador si no en muchos países; por cuanto obedece entre otras cosas al momento que como civilización nos encontramos, donde se ha perpetrado una cultura de reclamo y no conformidad con los resultados negativos, debido a simple cuestionamiento, ¿se ha hecho todo cuanto se pudo o debió hacer?.

No cabe duda que durante la realización del presente trabajo se pudo reflexionar lo complicado del ejercicio médico, estudio que ha dejado claro entre otras cosas la constante exposición al riesgo de resultados no deseados e incluso imprevisibles. Dejándose así de ver que muy por encima se considero la profesión médica y el riesgo constante de su ejercicio, positivando únicamente de manera genérica como “mala práctica profesional”, tipo que no satisface desde luego la realidad del facultativo, desde luego, no es políticamente acertado hacer una legislación enfocada en una rama profesional en concreto, de hecho que hubo poca reflexión mediática y mucha oposición por temor al abuso de la acción penal, pero muy lejos de ser popular o no, resulta a la luz de los resultados del presente trabajo, necesario.

Sin duda el haber ya considerado la responsabilidad penal por mala práctica profesional en nuestra legislación fue dar su primer gran paso, primero antecediendo desde luego nuestra constitución para luego plasmarlo en el actual Código Penal, COIP –de manera

limitada-, pues desde luego no se puede concebir la posibilidad de ser impune ha quien no cumpliera con lo esperado y esto es el deber objetivo del cuidado sobre su ejercicio; por ello podemos decir que la tarea del legislador realmente no esta completa.

De la misma manera el legislador ha previsto esa necesidad del deber objetivo del cuidado como barrera contra el mal uso de la acción penal en concreto, pero, ¿era necesaria?. Si, pues si bien la medicina ha caído en una larga y mal tratada explotación por dinero, so pena de sus intereses de origen, en gran parte son los casos positivos donde se consigue restablecer la salud del paciente, de allí que ese riesgo permitido por la norma se vuelve indispensable en el ejercicio profesional como es la medicina la cual requiere esa capacidad permisiva pero no ilimitada de acción en el ámbito de la relación.

Cuando hablamos de la necesidad de tipos penales específicos que prevean la mala práctica médica, hablamos específicamente de esa necesidad de proteger por medio de la norma el riesgo del ejercicio, la relación misma entre facultativos y pacientes. Es así como esclarecer por medio de criterios uniformes cuando el médico ha incurrido en actos innecesarios, peligrosos o ilegítimos, permite además transparentar el nexo causal que no únicamente debe delimitarse con el sujeto activo y pasivo de la relación, si no a quienes aún siendo terceros tienen clara conexión con el resultado, más que actualmente nada se dice, además, se puede acotar que como ventaja estos tipos específicos actuarían como atenuantes y a su vez agravantes, no dejando una penalización lineal al margen de la realidad de cualquier criminal, desde luego salvo en el caso previsto de homicidio culposo en el Art. 146.

En Ecuador son muchos los casos y que ameritan ser tratados penalmente, más que sin embargo por carecer de la normativa adecuada penal no han sido posibles de responder

y reparar, desde luego que esta claro que contamos con leyes como el Código de Ética, el Código Orgánico de Salud, entre otros, que permiten sancionar al profesional de la salud, más no responden adecuadamente al interés como sociedad que queda respecto a los delitos médicos.

Por otro lado podemos concluir que el ejercicio médico actualmente acarrea responsabilidad penal concretamente en la consecución de dos circunstancias:

- 1) Cuando sus actos han ocasionado lesiones.
- 2) Cuando a causa de la mala práctica médica se ha ocasionado la muerte – homicidio culposo-.

Ambos tipos penales se hayan previstos en el Código Integral Orgánico Penal, teniendo como finalidad tutelar bienes jurídicos protegidos, en el primer caso la integridad física y en el segundo, la vida.

Para poder esclarecer cuando se ha violado ese deber objetivo de cuidado el Juzgador a de basarse en los postulados que la jurisprudencia penal nos dice respecto del sujeto activo y cuando este es imputable según lo hemos citado previamente en el capítulo II:

- a) la disminución del riesgo;
- b) la creación de un riesgo jurídicamente relevante;
- c) el incremento del riesgo permitido y
- d) la esfera de protección de la norma.

Entonces se trata de conectar al sujeto con el resultado y que este enfrente las consecuencias de un ejercicio culpable; personalmente no me adhiero a la posibilidad de la actuación dolosa, puesto que de tratarse de un ejercicio con positiva intención de causar daño, el sujeto debería ser juzgado con los tipos penales previstos por ejemplo,

de estafa ante el ejercicio ilegítimo pudiendo además responder por el resultado correlativo que devenga.

El hecho en concreto está que la mala práctica médica estará supuesta a las circunstancias de cada relación que entre médico y paciente surja y al posterior análisis de si su actuación ha respondido con lo esperado por la ley así como por la sociedad, respecto del como se ejecuto sus actos. Hechos que por mucho pueden en la práctica superar el criterio meramente jurídico del Juez, razón por la cual muchos pueden actualmente abstenerse de conocer una causa que bien pudieran responder a hechos que no encajarían a los tipos penales previstos; más el legislador pudiera prever de manera adecuada leyes que respondan a las circunstancias de la profesión sin dejar tipos en blanco, tipos penales que por ahora personalmente se nos escapan de las manos el proponer concretamente su estructura.

Sin embargo creemos que como país mucho se puede hacer preventivamente capacitando y generando políticas éticas y morales que fortalezcan el ejercicio profesional y médico, que inviten al galeno a precautelar su actuación muy por encima de la preocupación sobre la responsabilidad penal que estos pueden acarrear, si no a favor de la responsabilidad y compromiso real con su juramento –hipocrático- enfocado en el bienestar del paciente y desde luego la sociedad.

## **Bibliografía**

*Código Orgánico Integral Penal*. (2014). Ecuador.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General* (2a ed., Vol. 1). Madrid, España: Civitas.

Zaffaroni, E. (2002). *Derecho Penal Parte General* (2a ed.). Buenos Aires, Argentina: EDIAR.

Welzel, H. (1987). *Derecho Penal Alemán, Parte General* (12a edición, 3a edición castellana ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

*Constitución del Ecuador*. (2008). Ecuador.

Yungano, López Bolado, Poggi, & Bruno. (1982). *Responsabilidad profesional de los médicos*. Buenos Aires, Argentina: Universidad.

Harrison's, T. R. (2012). *Principles of Internal Medicine* (18a ed.). United States of America: Access Medicine from McGraw - Hill.

Vargas Alvarado, E. (1991). *Medicina Forense y Deontología Médica*. México D.F., Estados Unidos de México: Editorial Trillas, s.a.

Terragni, M. A. (2003). *El delito culposo en la praxis médica*. Buenos Aires , Argentina: Rubinzal - Culzoni Editores.

Garro De La Colina, G., & Del Valle Toledo, M. (2012). *El médico ante la mala praxis* (1a ed.). La Rioja, Argentina.

Cancio Meliá, M. *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva* (1a Reimpresión ed.). Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Cancio Meliá, M., Ferrante, M., & Sancinetti, M. A. (1998). *Estudios sobre la Teoría de la Imputación Objetiva* (1a ed.). Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc S.R.L.

Rodríguez Arce, M. A. (2008). *Relación médico - paciente*. La Habana, Cuba: Editorial Ciencias Médicas.

Chepe Ramos, E. E. (2010). Acto médico y el consentimiento informado. Perú.

Castro Riera, C. (30 de 01 de 2014). Obtenido de El Mercurio:  
<http://www.elmercurio.com.ec/416008-innecesario-peligroso-e-ilegitimo/#.VqBPRjYzE5g>

Machicado, J. (s.f.). Obtenido de Apuntes Juridicos :  
<http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/la-antijuridicidad.html>

Vazquez Ferreyra, R. A. (1993). *Prueba de la Culpa Médica* (2a ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.

Cabanellas, G., & Alcalá - Zamora, L. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (12a ed., Vol. III). Buenos Aires, República de Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.

Montealegre Lynett, E. (1987). La culpa en la actividad médica: Imputación Objetiva y Deber de Cuidado. *Revista Chilena de Derecho* , 14.

Muñoz Conde, F. (2007). *Teoría General del Delito* (4a ed.). Tirant lo Blanch.

*Código Civil Ecuatoriano*. Ecuador.

*Código Orgánico Integral Penal*. Ecuador.

*Código de Ética Médica*

*Ley Orgánica de la Salud*. Ecuador.