



**UNIVERSIDAD DEL AZUAY**

**Facultad de Ciencias Jurídicas**

**Escuela de Derecho**

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO EN LOS  
DELITOS CONTRA LAS PERSONAS**

**Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Doctor  
en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales de Justicia de la  
República**

**Autor: Marco Tello Sarmiento**

**Director: Dr. Jaime Ochoa Andrade**

**Cuenca- Ecuador  
2007.**

## DEDICATORIA

A mi padre, ejemplo y guía.  
A mi madre, siempre presente.

## AGRADECIMIENTOS

Quisiera agradecer al Dr. Jaime Ochoa Andrade, por su constancia al estimular la realización de este trabajo. Agradezco también a quienes fueron mis profesores en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay, en la persona del señor Decano, Dr. José Cordero Acosta. Sus sabias orientaciones y sus conocimientos me han inclinado hacia esta carrera, con una especial preocupación por los problemas de la sociedad. Hago extensivo este agradecimiento al personal administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay, por su oportuna colaboración; especialmente a la Dra. María Elena Ramírez Aguilar, Secretaria de la Facultad. Finalmente un agradecimiento muy especial a mi padre, Dr. Marco Tello Espinoza, por su apoyo para la elaboración de esta tesis.

## INDICE DE CONTENIDOS

Dedicatoria.....	ii
Agradecimientos.....	iii
Índice de contenidos.....	iv
Resumen.....	vii
Abstract.....	viii
Introducción.....	1
Capitulo 1: Del Ejercicio de la Medicina.....	3
1.1.- La Profesión Médica a través de la historia.....	3
1.2.- La Responsabilidad Médica a través de la historia.....	8
1.3.- Requisitos y obligaciones para el ejercicio médico.....	12
1.4.- Deberes y Derechos del paciente.....	23
1.4.1.- Deberes del paciente.....	23
1.4.2.- Derechos del paciente.....	26
1.5.-Praxis y Malpraxis médica.....	27
1.6.- Responsabilidad del médico.....	28
Capitulo 2: Homicidio y lesiones culposas- Culpa médica.....	34
2.1.- Generalidades acerca del homicidio y lesiones.....	35
2.1.1.- Homicidio.....	35

2.1.2.- Lesiones.....	37
2.2.- Consideraciones generales acerca de la culpa en Derecho Penal.....	40
2.3.- Culpa Médica.....	45
2.4.- Elementos de la culpa médica.....	50
2.4.1.- Impericia.....	50
2.4.2.- Imprudencia.....	52
2.4.3.- Negligencia.....	54
2.4.4.- La inobservancia de reglamentos.....	55
2.4.5.- La relación de causalidad en la actuación médica.....	56
2.5.- La culpa del médico en el diagnóstico, pronóstico, escogencia del tratamiento y ejecución del tratamiento.....	57
2.5.1.- En el diagnóstico.....	57
2.5.2.- En el pronóstico.....	58
2.5.3.- En la escogencia del tratamiento.....	58
2.5.4.- En la ejecución del tratamiento.....	58
Capítulo 3: El aborto.....	60
3.1.- Generalidades.....	60
3.1.1.- Diversos criterios.....	66
3.2.- El aborto delito en nuestra legislación.....	69
3.2.1.- Aborto consentido.....	73
3.2.2.- Aborto seguido de muerte.....	74
3.3.- Agravación del delito en razón de la profesión.....	75
3.4.- Aborto impune practicado por profesionales.....	78
3.4.1.- Aborto terapéutico.....	80

3.4.2.- Aborto eugenésico.....	82
3.5.- Aborto producto de una mala práctica médica.....	83
Capitulo 4: Aspectos Éticos- Caso práctico.....	85
4.1.- Responsabilidad ética y moral.....	85
4.1.1.- Deontología y Bioética.....	89
4.1.2.- Carta de Esculapio a su hijo.....	92
4. 1.3.-Juramento de Hipócrates.....	94
4.1.4.- Oración del médico.....	95
4.1.5.- Oración diaria del médico.....	96
4.1.6.- Decálogo del buen trabajador de la salud.....	98
4.1.7.- Declaración de Ginebra .....	99
4.1.8.- Declaración de Tokio .....	100
4.1.9.- Declaración de Venecia,.....	101
4.1.10.- Declaración de Oslo .....	102
4.2.- Caso Práctico.....	103
4.2.1.- Juicio No 008-06, Segundo Tribunal Penal del Azuay.....	105
Conclusiones y recomendaciones.....	130
Bibliografía General.....	135

## RESUMEN

El médico al ejercer su profesión, si obrase sin la debida prudencia, negligencia o sin apego a los reglamentos, puede ocasionar lesiones o incluso la muerte del paciente. En el desarrollo del trabajo, hemos tratado al homicidio, lesiones y aborto que el médico provocare en el ejercicio de su profesión. Creemos que el Ecuador necesita una normativa adecuada que sancione al médico si incurre en alguno de estos delitos, sin la intención de causar el daño provocado, pues es el profesional de la salud el llamado a velar por la salud y la vida, Derechos, fundamentales protegidos por el Estado.

## ABSTRACT

If a physician, while practicing his profession, acts without due prudence, is negligent, or does not comply regulations, he may cause injuries or even death to his patient. Throughout the development of this project, we have dealt with homicide, lesions, and abortion that physicians might cause in the practice of their profession. We believe Ecuador needs a suitable set of norms to punish the medical doctor who incurs in some of these crimes even without the intention of causing harm since a physician should look after health and life which are fundamental rights protected by the State.

## INTRODUCCIÓN

Hemos seleccionado el tema de la Responsabilidad Penal del Médico en los delitos contra las personas, por cuanto tiene plena actualidad y, sobre todo por cuanto en nuestro país no se encuentra debidamente legislado. A diario, escuchamos acerca de casos en que profesionales de la salud, en razón de su actividad, han incurrido en la comisión de diversos delitos contra las personas, los que luego quedan en la absoluta impunidad. Lamentablemente, la falta de un adecuado ordenamiento jurídico y los intereses gremiales del cuerpo médico ecuatoriano, desorientan, confunden y desatienden al usuario o a la víctima, cuando el profesional de la salud incurre en algún acto punible. Creemos que la clase médica debería ser la primera en denunciar estos hechos, justamente en defensa de la ética que debería gobernar el ejercicio profesional de los médicos.

Para abordar este tema, con mayores elementos de juicio, hemos partido de un breve esbozo histórico de la profesión médica y de un análisis de las posiciones acerca de la responsabilidad médica en el transcurso del tiempo. Luego presentamos un análisis de los requisitos y obligaciones del ejercicio médico, así como de los deberes y derechos del paciente. El estudio de los conceptos de malpraxis médica, es el eje de nuestro trabajo.

Empezaremos el estudio un estudio de los homicidios y lesiones culposas en la legislación ecuatoriana, así como el análisis del homicidio, de las lesiones en general y los bienes jurídicos protegidos. A continuación, se analizará la culpa y el comportamiento del médico a título de culpa, la imprudencia, la negligencia, la impericia y la inobservancia de los reglamentos. Veremos, además, el actuar culposo del médico en las diferentes etapas del tratamiento. Este estudio enfocará también el tema del aborto como delito en la legislación ecuatoriana, sus generalidades, el caso del accionar doloso del médico y el aborto como producto de la mala práctica médica.

No finalizaremos sin referirnos a los aspectos éticos de la Responsabilidad Médica, las normas éticas que rigen el ejercicio médico y las diversas declaraciones de las Asociaciones Médicas alrededor del mundo. Por último se ofrecerá el análisis de un caso práctico ocurrido en nuestra ciudad y que ha sido elevado incluso a la Corte Suprema de Justicia.

El médico es el encargado de velar por la salud y la vida de las personas. Por ende, no creemos que podría actuar de manera dolosa si cometiera alguno de los delitos contra las personas; de serlo así, vendría a ser un criminal cualquiera y debería ser sancionado conforme las reglas establecidas; quizás incluso podría considerarse una agravante su propia profesión. Lo que se deseamos analizar es la culpa médica, tema no incluido en nuestro ordenamiento jurídico y, en consecuencia, tratar de justificar su inclusión.

Al analizar la Responsabilidad Penal del Médico en los Delitos contra las Personas y su normatividad dentro de la Legislación Penal Ecuatoriana, podremos llegar a establecer si acaso nuestro ordenamiento jurídico es deficiente ante el accionar del médico que ha incurrido en algún delito en materia penal y, más específicamente en los casos de homicidio, lesiones y de aborto.

## CAPITULO I DEL EJERCICIO DE LA MEDICINA.

La medicina no es exacta, esta sujeta a constantes cambios, conforme el avance de la ciencia y la tecnología, y por ende el enfoque de la profesión médica ha evolucionado de acuerdo a esos cambios. En medicina como en cualquier otra profesión, y más aun cuando no es exacta, los resultados queridos pueden no ser los que se obtienen, y esto no siempre quiere decir que implica un error o un mal proceder del profesional de la salud. Tampoco por ello podemos escudar al médico y librarlo de toda responsabilidad en el ejercicio de su profesión, si es que su conducta es delictuosa.

Nuestra legislación lamentablemente no contempla a la responsabilidad penal del médico, quizás esa carencia ha hecho que estas llamadas “malas prácticas médicas” se multipliquen en nuestro país. En el desarrollo del primer capítulo de nuestra tesis, abordaremos a la profesión del médico, de sus obligaciones, así como de los deberes y derechos de los pacientes, para posteriormente analizar a la responsabilidad del médico.

### 1.1.- LA PROFESIÓN MÉDICA A TRAVÉS DE LA HISTORIA.

Al iniciar nuestro trabajo, creemos indispensable hacer un pequeño estudio acerca de cómo ha sido apreciada la profesión del médico a lo largo de la historia en los lugares en donde han florecido las diversas culturas y las civilizaciones. Trataremos además, brevemente, la misma situación en lo que hoy es el Ecuador.

El ejercicio de la medicina es tan antiguo como la humanidad, si debemos entender a la medicina como la aplicación de remedios, de un modo más o menos empírico, por un sujeto o colectividad determinados. Desde la antigüedad, el médico ha ocupado un lugar de privilegio dentro del grupo social y, de igual manera ha cargado varias responsabilidades en razón a su posición. El médico – o como se

hiciese llamar dentro de su colectivo- “ha sido rodeado de un halo casi mágico y sacral” (Arteaga, 1984, p. 13)

En la India, por ejemplo, el médico no debía pagar tributo alguno. El ejercicio de la medicina estaba reservado solo a aquellos que tenían una extensa práctica y podían ejercerla cualesquiera de las castas, excepto la de los zudras –nombre en general empleado para la cuarta división, después de los brahmanes, nobles, comerciantes, escribas e innumerables castas y subcastas-. Se ordenaba que se tratase con igual consideración a los brahmanes, a los pobres y a los extranjeros, denegando todo auxilio a los desterrados y a los criminales. Posteriormente, con el budismo, la medicina india adquiere un carácter sacerdotal; empero los reyes indios Asoka y Budhadaso iniciaron una organización sanitaria que abarcaba todo el país, creando hospitales y nombrando médicos por cada diez pueblos.

En Egipto e Israel gozaban de iguales privilegios que los sacerdotes, siendo muchos de ellos médicos o viceversa. Se puede aquí observar claramente el vínculo “mágico y sacral” que algunas sociedades daban al médico como considera el tratadista venezolano Arteaga Sánchez.

En Egipto, las consultas se realizaban en los templos principalmente. Los “médicos” eran remunerados de los fondos públicos y podían recibir regalos de los pacientes. En tiempos de guerra debían atender gratuitamente, al igual que en el caso de atención a extranjeros. La clase médica egipcia fue de gran fama en aquella época; reyes persas como Darío tuvieron médicos egipcios como suyos.

En la antigua Grecia, el ejercicio de la medicina tiene un origen sacro, pero posteriormente se constituyen corporaciones médicas de carácter laico designadas con el nombre según la vecindad de los templos donde habían nacido. Adquirieron mucho renombre escuelas como las de Rodas, Crotona, Cirené, Cos – Hipócrates- y Gnido. Grecia contó con célebres médicos como Filolao, Elolates, Epimarco, Metrodoro y Demócedes. Con Hipócrates se produce una “reforma médica, separándose la enseñanza clínica de la filosófica, con la que hasta entonces estaba más o menos unida” (Benzo, 1944). En Grecia existían médicos titulados y elegidos por el pueblo, algunos pudieron haber estado exentos de tributos. En la

época de Alejandro Magno la medicina se enseñaba en academias como el Museum y el Serapeum.

En Roma, la verdadera medicina aparece con la influencia de los médicos griegos. El ejercicio de la medicina tuvo un gran impulso y los médicos gozaron de muchos privilegios; estaban eximidos de servicios públicos, en especial de la milicia y se les dispensaba de cargos como la edilidad y el sacerdocio. Se distinguían dos grupos los archiatri populares que eran los médicos de beneficencia y los archiatri palatini, médicos de palacio, además de los que se destinaban a otros grupos como esclavos, gladiadores y demás grupos sociales existentes en esa cultura. La profesión médica alcanza su mayor grado con Galeno quien fue médico de Marco Aurelio y Cómodo. El ejercicio de la medicina se practicaba en consultorios, aunque era costumbre que el médico atendiese a domicilio, a donde acudía rodeado de gran cantidad de discípulos.

En occidente, en la Edad Media, como ocurría en casi toda ciencia, la medicina de cierta manera decae. Todo el desarrollo de la medicina griega y romana, todo su aporte científico e incluso el planteamiento de la responsabilidad del médico –tema que nos ocupa- en el Derecho Romano, y demás aspectos científicos y legales son absorbidos por la naturaleza inminentemente religiosa de la época. La práctica médica se ve reducida a lo popular y doméstico y se la vincula nuevamente con lo sagrado y sacerdotal cuando se la adscribe a las escuelas monacales.

En esta misma época, en cambio, adquirieron mucha importancia los médicos de los reinos árabes, quienes tenían diversa procedencias: jacobita, nestoriana, judía y griega. Son famosos nombres como Razas, Abulcasem, Avenzoar y Averroes. En el año 931 se creó en Bagdad un sistema de exámenes para médicos y, en 1105, se fundó en El Cairo la Casa de la Sabiduría, que era una verdadera Universidad Médica.

En Europa, destaca la Escuela de Salerno, quizás la cuna de los principales médicos de la Edad Media, aunque los verdaderos hombres de la ciencia médica eran los judíos, quienes se destacaron durante toda esa época, monopolizando la práctica de la medicina.

Posteriormente, ya en el siglo XVI, en pleno Renacimiento, el ejercicio de la medicina se influenció en las ideas humanistas y, en el norte de Europa, de la Reforma. Se ocasionaron muchos conflictos de carácter religiosos que salpicaron a la profesión médica prohibiéndose su enseñanza a los reformistas, en ciertas partes, y a los católicos en otras de la Europa de aquella época.

Durante los siglos XVII, XVIII y XIX, la profesión médica llega a su esplendor. Nombres como Hervey, Fagou, Quesnay, Munro, Mead, Hunter, etc, son prueba de la enorme fama y prestigio que alcanzó la clase médica que llegó a ser fuente de opinión científica, filosófica y literaria, teniendo a su vez gran influencia y formando parte de los círculos de la nobleza y de la política europea. Obviamente, esto acarrearía como consecuencia reformas legislativas y administrativas.

Con el avance de las especialidades, de la ciencia y el progreso tecnológico, el médico se va convirtiendo en un profesional que alcanza el carácter científico sin abandonar, como es obvio su trascendental misión humanística. Hoy en día vemos que el médico, conservando hasta cierto punto esa magia y cargando sobre sus hombros una responsabilidad muy especial –curar-, se convierte en un profesional cuyos conocimientos deben estar a la par del avance técnico y científico, que aplicado a su especialidad, se ha convertido en una herramienta para velar por la vida y salud de las gentes.

En el Ecuador, la medicina tiene sus orígenes en los primitivos pueblos que habitaron lo que ahora es nuestro país. No existe documentación que respalde los conocimientos y la manera de aplicar la medicina de aquella época; pero se tienen rastros gracias a los descubrimientos arqueológicos realizados. Las certezas que se poseen son las que los españoles a su llegada han aportado. Así se conoce sobre la medicina Inca, que se puede decir mantuvo cierta influencia, mezclada con la ibérica, hasta el año 1600, fecha en la que aparece en Quito la medicina académica.

El arte de curar, en la época prehispánica, estaba encomendada a los hechiceros, shamanes o a los comasacas, quienes atribuían el apareamiento de las

enfermedades al aire, al arco iris, etc. Para curar se encomendaban a los dioses, por ejemplo, la Diosa Umiña del litoral ecuatoriano, al sol en la época Inca. Se suministraban medicinas compuestas de hierbas, en ceremonias acompañadas de un ritual mágico. Las prácticas y conocimientos de los pueblos nativos y de los incas no difieren en mucho; por ello, los tratadistas ven difícil establecer una distinción.

Entre los incas, el arte de la medicina estuvo muy adelantado. Acarapi y Corisongo, fueron quienes por delegación del inca organizaron tres escuelas de medicina en el Tahuantinsuyo en el siglo XII. La escuela del Norte, fue la escuela de Charazani, cuyas tradiciones son las que llegaron a lo que hoy es el Ecuador y se mezclaron con las tradiciones de los nativos de estas tierras. (Piedra, 1979).

El ejercicio de la medicina entre los incas estaba jerarquizado, de esta manera el médico- hechicero era el Inchuri; el brujo- adivinador era el Sancoyoc, el empírico- curandero y chupador era el Comasaca y los sabios médicos de las clases nobles eran los Amautas. Con posterioridad se mantuvo un poco de las tradiciones médicas incas, especialmente las prácticas de los comasacas.

Durante los primeros años de la conquista y de la colonia, se da una mezcla entre la medicina Inca y la Ibérica, entendiendo que la medicina traída por los españoles era muy rústica, por cuanto el humanismo que florecía en casi toda Europa se topo con la pared religiosa muy asentada en España, que impidió el ingreso de las nuevas corrientes y el renacer de los conocimientos. Los conocimientos que trajeron los españoles, además de su propia medicina rústica, fueron de la medicina judía y la árabe, pero muy empíricamente. Debemos observar también que a América llegaron hombres con escaso nivel intelectual, los líderes españoles a duras penas sabían leer y escribir y era natural que la medicina indígena influyera enormemente entre los primeros europeos.

En 1565, se funda en Quito el Hospital de la Misericordia, y en 1600 el Hospital de Guayaquil, con lo que se da un vuelco a la atención y a la medicina en general en el Ecuador. El 12 de septiembre de 1600, el Dr. Adolfo Valdez es nombrado Médico de la Ciudad de Quito. En el año de 1639, la orden de los predicadores,

con Fray Ignacio de Quezada y Fray Bartolomé García, fundan la Facultad de Medicina en Quito, iniciando de esta manera la enseñanza de la medicina en forma académica. (Piedra, 1979)

En el Siglo XVIII, se recibió la influencia de la medicina inglesa y francesa, pero se mantuvieron las prácticas y los conocimientos en general en el oscurantismo de la Colonia. Con la venida de Humboldt al Ecuador a principios del siglo XIX se empieza a desarrollar la medicina verdaderamente científica. Posteriormente, ya en el siglo XX la medicina avanza en el Ecuador gracias a los conocimientos impartidos en las Facultades de Medicina de las Universidades de Quito, Guayaquil y Cuenca. Igualmente se fundan hospitales, clínicas y consultorios privados y la educación especializada da sus primeros pasos.

En la actualidad podemos decir que la medicina en el Ecuador ha avanzado enormemente. Quizás no podemos llegar al nivel tecnológico y científico alcanzado en los países desarrollados, pero contamos con profesionales debidamente formados. Ahora, bien, esta es la regla general, pero como hay excepciones desde el punto de vista de nuestro estudio, creemos que el Estado debería vigilar conjuntamente el nivel académico de las Universidades, la formación especializada de los futuros médicos pero también su formación humana. Es de lamentar que la medicina y la salud, no lleguen a todos los ecuatorianos. Quizás este problema sea uno de los fundamentales en el Ecuador de hoy en día; ojala en algún momento no muy lejano, nuestros médicos puedan ejercer en función del bienestar de la gente mas necesitada.

## 1.2.- LA RESPONSABILIDAD MÉDICA A TRAVÉS DE LA HISTORIA.

El ejercicio de la medicina a lo largo de la historia ha supuesto siempre un alto nivel de riesgo. La responsabilidad del médico ante la ley ha variado desde la antigüedad y según el grupo social estudiado. Daremos algunos ejemplos.

En Persia, los médicos podían ejercer su profesión luego de haber sanado a tres enfermos pobres. Existían en esa cultura tres tipos de médicos según el medio que empleaban para sanar: los que utilizaban las plegarias; otros, las hierbas; otros

operaciones cruentas. Había igualmente distinta forma de pago; no podía pedirse al sacerdote mas que una bendición; al jefe de una provincia, un caballo de tiro; al jefe de una ciudad, una vaca; a un jefe de aldea una burra. Los castigos que se imponían a los médicos era la muerte o el corte de una mano.

Entre los babilonios, en el Código de Hammurabi, se fijaron normas en relación a la responsabilidad del médico por errores en el desempeño de su función. En el Art. 218 del Código citado, el cual es tomado en 1984 por Arteaga quien cita a su vez a Avecone, leemos:

“si un médico hace una grave herida a alguno con el cuchillo operatorio o lo mata, o si abre alguno un... con el cuchillo de operaciones y pierde los ojos, a tal médico le deberán cortar las manos. Si un médico le hace una herida al esclavo de un hombre libre y lo mata, deberá resarcir con un esclavo la perdida del esclavo. Si... le hacer perder los ojos deberá pagar la mitad del precio del esclavo. Si el médico de los bueyes y de los asnos hace una grave herida a un buey o a un asno y lo mata, deberá dar al propietario un cuarto del valor de la bestia” (p. 18)

Podemos fijarnos quizás en una suerte de ley del Thalion en términos generales. Igualmente es de destacar que se hace hincapié en lo que ahora conocemos como delitos contra las personas, situaciones similares que ocurrían en otras culturas.

En Egipto, se formaron colegios secretos y actuaban según las reglas y fórmulas admitidas y no corrían con responsabilidad alguna si seguían estrictamente esas normas. Pero si se apartaban de ellas, en el Libro Sagrado el médico podía ser castigado con severas penas incluso con la muerte. En Egipto existían colegios en los templos de Heliópolis, Memphis y Tebas, entre otras ciudades. En el Museo Británico, se conserva el papiro de Ebers que menciona estudios médicos atribuidos a Toth, el Dios sabio.

En China, se fijaron igualmente algunas normas sobre: las personas que, ejerciendo la medicina cuidan mal o matan a los enfermos, así tenemos:

“cuando los que ejercen la medicina o la cirugía sin entenderlo, administren drogas u operen con instrumentos punzantes o cortantes, contrarios a los que la práctica tiene establecidos, y por consiguiente contribuyan ala muerte del enfermo, los Magistrados llamarán a otros hombres del mismo arte para que examinen la naturaleza del remedio que han propinado o de la herida que han hecho, y a los que han seguido la muerte del enfermo. Si se le reconoce no puede acusársele sino de haber obrado un error, sin deseo de perjudicar; el médico o cirujano podrá rescatar la penas señaladas para el homicidio del modo establecido para los casos en que se mata por accidente, pero quedarán obligados a abandonar la profesión para siempre”.

“Si parece que un médico o cirujano no ha seguido las reglas establecidas por la práctica, separándose de ellas con intención y diciendo buscar el medio de alejar el peligro de la persona a quien cuida, y por el contrario, la empeora, porque de esta manera la curación le produce más dinero, la suma que tome por este medio se considerará robada, y la pena se le impondrá en proporción a los daños recibidos”.

“Cuando muere una persona y el médico o cirujano que le haya asistido en su enfermedad sean convictos de haber causado daño en su salud con intención, sufrirán la muerte por degüello, después de estar en prisión hasta la estación ordinaria” (Arteaga, 1984, cita a Kyitko, ps. 18, 19).

En Grecia, los Asclapiades, descendientes de Esculapio (nótese el origen mitológico que se remonta al Dios Apolo) formaron comunidades médicas –caso similar a lo ocurrido en Egipto- entre ellas tenemos a la de Rodas, Cirene, y la mas importante, la de Cos mismas que se asentaban en las cercanías de los santuarios. En Grecia, se prohibían expresamente el aborto y la castración, abusar de las debilidades de las mujeres y se sancionaba la violación del secreto, criterios que fueron inculcados en escuelas de carácter mas o menos reservado y secreto, siendo las prohibiciones antes anotadas parte del juramento formal que los alumnos debían cumplir al terminar su instrucción, previo al ejercicio de la medicina. Empero, la medicina griega posteriormente apoyada sobre un criterio racional y natural empieza a notar que la culpa del médico ya no solo se podía establecer en

razón del resultado (pérdida de miembros o muerte) sino de la conducta seguida por el médico.

En Roma, se legisló igualmente acerca de la responsabilidad penal del médico. En las Instituciones de Justiniano se recogen las siguientes máximas:

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

VII. “ La impericia se cuenta también como culpa; por ejemplo, si un médico ha matado a tu esclavo por haberlo operado mal. O por haberle administrado inoportunamente algún medicamento”.

En el Digesto, según cita Arteaga (1984), se precisa que si bien al médico no se le debe imputar el resultado mortal, se le debe imputar lo que derive de su impericia. Tenemos aquí un evidente avance en el enfoque racional que Roma heredó de Grecia.

Mas tarde ya con las invasiones de los bárbaros, en las leyes visigóticas, lombardas, francas y borgoñonas, se menciona la responsabilidad del médico de manera muy escueta, como nos enseña Benzo Cano (1944), quizás debido a que en esa época desfalleció la profesión médica, volviéndose a la medicina popular y doméstica.

En las Siete Partidas también existen normas acerca de la responsabilidad médica. Así el venezolano Arteaga Sánchez toma de La Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX lo siguiente:

“si un físico diese tan fuerte medicina, o aquella que no debe, a algún hombre o mujer que tuviere bajo su guarda, si se muriese el enfermo; o si algún cirujano vendiese al llagado o le aserrare la cabeza o le quemase los nervios, o los huesos, de manera que muriere por ello; o si algún hombre o mujer, diese yerbas o medicina a otra mujer en cinta y muriese pro ello; que cada uno de ellos que tal yerro hacen, debe ser desterrado en alguna isla por cinco años; porque fue en gran

culpa, trabajando en lo que no sabía ciertamente como era menester; y de cómo debía hacerse, y además debe prohibírsele trabajar en este menester”.(p.20)

Posteriormente ya con el surgimiento de las Escuelas de Medicina, Universidades, el surgimiento de las especialidades, y el avance de la ciencia y la tecnología, el ejercicio de la medicina ha cambiado de concepción, y de igual manera la responsabilidad penal del médico se puede enfocar con criterios mas objetivo y razonables, basadas en la ciencia y la ética.

Como hemos podido apreciar la responsabilidad penal del médico ha sido siempre desde épocas antiguas un problema en debate, se puede quizás decir que la responsabilidad del médico nace con la medicina misma y esta a su vez como afirmábamos al inicio de nuestro estudio nace con la humanidad misma. Entonces podemos concluir que la responsabilidad del médico – hablemos penal porque nos compete- ha estado siempre ligada al desarrollo y enfoque de la medicina, llegando a nuestros días a tener una íntima relación con el avance científico y tecnológico y con criterios éticos y humanísticos éticos que sirven de base para que cautelosamente se pueda emitir un criterio que como López Bolado (1981) manifiesta:

“criterio para determinar donde principia y donde termina la responsabilidad penal médica, no debe ser ni excesivamente liberal ni extremadamente severo. Lo primero llevaría a consagrar prácticamente la impunidad, lo cual sería un grave peligro para el enfermo...Lo segundo haría casi imposible el ejercicio de la medicina, porque es necesario no perder de vista que en el ejercicio profesional hay siempre, como en todas las cosas humanas , pero quizás en mas alto grado, la posibilidad del error”

### 1.3.- REQUISITOS Y OBLIGACIONES PARA EL EJERCICIO MÉDICO.

Nos corresponde en este momento analizar los requisitos y obligaciones para el ejercicio de la medicina, para lo cual acudiremos a las leyes que regulan esta situación en nuestro país, principalmente.

Al respecto, y en relación a los requisitos, encontramos en nuestro Código de la Salud lo siguiente:

## “TITULO XI

### DEL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES MEDICAS, AFINES Y CONEXAS

Art. 174.- Para el ejercicio de las profesiones de médico cirujano, químico farmacéutico, odontólogo, médico veterinario, obstetriz, enfermera, ingenieros de alimentos, licenciados en nutrición y dietética, licenciados en educación para la salud, licenciados en servicio social y trabajador social, licenciados en diversas especialidades de la tecnología médica, ingenieros químicos, doctores en química, tecnólogo médico, tecnólogos químicos de alimentos en sus diversas especialidades, se requiere haber obtenido el título académico otorgado o revalidado por las universidades, los institutos técnicos superiores u otros centros de formación debidamente autorizados para el caso de la tecnología médica alimentaría. Dichos títulos deben ser registrados en el Consejo Nacional de Educación Superior CONESUP, en el Registro Nacional de Profesiones Médicas del Ministerio de Salud Pública y en la Dirección Provincial de Salud de la circunscripción geográfica donde se vaya a ejercer la profesión.

Nota: Artículo sustituido por Art. 1 de la Ley No. 95, publicada en Registro Oficial 945 de 30 de Mayo de 1988.

Nota: Suspende parcialmente los efectos del Art. 1 de la Ley No. 95, reformatoria del Código de la Salud, en la frase que dice: "los institutos técnicos superiores", por inconstitucionalidad de fondo.

Disposición dada por Resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales No. 69, publicada en Registro Oficial 909 de 6 de Abril de 1992.

Nota: Artículo reformado por Ley No. 65, publicada en Registro Oficial 509 de 22 de Agosto de 1994.

Nota: Artículo reformado por Ley No. 000, publicada en Registro Oficial 828 de 23 de Noviembre de 1995.

Nota: Artículo reformado por Ley No. 132, publicada en Registro Oficial 1002 de 2 de Agosto de 1996.

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

Art. 175.- Todos los profesionales a los que se refiere el artículo 174, deben realizar un año de servicio a la comunidad en los lugares a que fueren destinados por las autoridades de salud, que deben ser obligatoriamente en las áreas rurales y urbano marginales o instituciones de servicio público. Terminado el año, se concederá una certificación que acredite el cumplimiento de la obligación que en este artículo se establece.

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

Como observamos, nuestro Código de la Salud hace especial referencia al título profesional que deben tener los profesionales que aspiren a la práctica de la profesión médica, título que debe ser posteriormente refrendado por el CONESUP.

Igualmente, se habla de otro requisito el cual es la obligación de servir en comunidades rurales o urbano marginales por un año previo el ejercicio pleno de la medicina

En el Código de la Salud se habla además de las especialidades, cuestión sumamente importante sobre todo por cuanto en la actualidad es indispensable quizás, tener alguna especialidad que delimite la labor del médico, pues resulta un arte muy delicado y cada vez más preciso.

Al respecto el Código de la Salud dispone:

Art. 176.- Para el ejercicio de las actividades relacionadas con la salud, que no fueren de aquellas que se mencionan en el Art. 174, el Ministerio de Salud organizará, en coordinación con las Facultades Universitarias, cursos especiales para la concesión de diplomas o certificados que autoricen el ejercicio de esas actividades.

El diploma o certificado otorgado por el Director del Curso, se inscribirá en el Registro de la Dirección Nacional de Salud, por intermedio de la Jefatura Provincial de Salud donde ejerza su actividad.

Art. 177.- Las actividades determinadas en el artículo anterior, se ejercerán bajo vigilancia y control del profesional correspondiente.

Art. 178.- Los profesionales y no profesionales autorizados que ejerzan actividades relacionadas con la salud, están obligados a limitar sus acciones al área técnica que el título, diploma o certificado les asigne.

El Código de Ética del Ecuador en cambio dispone:

Art. 76.- El especialista orientará de preferencia su actividad a la especialidad elegida.

Luego de esta revisión, nos corresponde analizar las obligaciones del médico, para lo cual también nos atenderemos a lo que la legislación ecuatoriana señala al respecto.

Pero antes nos referiremos a ciertas obligaciones que la doctrina ha puesto sobre los hombros de los médicos y que, de igual manera, recoge nuestra legislación.

Debemos pues decir previamente que el médico debe tratar al paciente con el tacto, el sentido común y la sinceridad que ha de caracterizar al profesional, aspectos que arrancan de su propia formación y especialidad.

En la obra de Yungano, López Bolado, Poggi y Bruno, (1992), se recoge la siguiente Jurisprudencia argentina:

“corresponde exigir al médico la observancia de los principios y técnicas de su disciplina y el mayor celo profesional en la atención del enfermo. Se trata de la razonable diligencia que es dable requerir a todo ser humano a quien se le confían delicados intereses de terceros, talvez los más preciados, como son la salud y la vida”. (p.59)

El médico, según el Código de Ética Médica Ecuatoriana, primero tiene deberes para con la sociedad; al respecto señala:

Art. 3.- El médico está obligado a dar su más amplia y decidida colaboración voluntariamente y/o a solicitud de la autoridad competente en casos de epidemias, desastres, emergencias o conflagración.

Art. 4.- Cuando sea requerido a cumplir una obligación extraordinaria de beneficio social, tendrá libertad para realiza su cometido en condiciones que no atenten contra su integridad personal.

Art. 5.- Se procurará de los riesgos que representan para la salud la contaminación ambiental, colaborando con las instituciones, personas y comunidades en la promoción y realización de actividades destinadas a eliminar tales riesgos. La promoción de la salud, la prevención de las enfermedades y rehabilitación médica y social son imperativos éticos de la profesión médica.

Tiene además el médico algunos deberes hacia el Estado, al respecto existe legislación en el Código de Ética Medica Ecuatoriana:

Deberes del Médico para con el Estado

Art. 53.- Siendo el Estado el que regula y protege la actividad profesional del médico éste está obligado a cumplir ciertos deberes retributivos que garanticen los mejores y más amplios programas de bienestar humano; por tanto, el médico debe dar ejemplo en el cumplimiento de las Leyes del Estado, particularmente el Código Sanitario y la Ley y Reglamentos de la Federación Nacional de Médicos.

Art. 54.- Siendo la salud del pueblo uno de los principales objetivos del Estado, el médico debe contribuir a que se cumplan los planes y programas de salud.

Art. 55.- Todo médico becario deberá sujetarse a las Leyes y Reglamentos que regulan las becas y tiene por obligación retribuir con su trabajo el beneficio recibido.

Ahora bien, la doctrina distingue las siguientes obligaciones que debe tener el médico hacia los pacientes, o hacia los enfermos, como enseña el Código Ecuatoriano antes mentado:

**a) La Historia Clínica.-** La Historia Clínica es el instrumento con el cual el médico desarrollará el diagnóstico, pronóstico y escogencia del tratamiento, así como la evolución del paciente. Esto se facilitará mediante el interrogatorio de los antecedentes del paciente, y se completará con los exámenes practicados. Nuestro Código de Ética Médica Ecuatoriana al respecto manifiesta:

Art. 7.- El Médico está obligado a llevar una ficha clínica escrita de cada uno de sus pacientes y registrar la evolución que constate en los mismos.

**b) Asistencia al paciente.-** Etimológicamente proviene del latín ad y sistere, que significa pararse, detenerse para ayudar, socorrer. La asistencia al paciente se la considera el acto médico por excelencia. El Código de Ética Médica Ecuatoriana dice:

Art. 6.- 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.

c) **Diagnostico.-** El mismo es producto del examen al paciente y de los medios que se han utilizado complementariamente como son los diferentes tipos de exámenes. Con ellos se obtiene el diagnóstico que, a su vez, servirá de base para el pronóstico y el tratamiento.

Art. 19.- El Médico tiene la obligación de advertir el diagnóstico a sus pacientes o los familiares, en estricto apego al estudio de la patología encontrada y en concordancia con su real capacidad; prohíbese por tanto las explicaciones folclóricas o de otra índole que no sea la científica.

d) **Tratamiento.-** Una vez que se ha obtenido el diagnóstico se tiene la escogencia del tratamiento, el mismo que será el más adecuado conforme la sapiencia del médico y el obvio conocimiento general que sobre la medicina se tenga en el medio. Una vez más invocaremos el cuerpo de leyes ecuatoriano que hemos venido citando en este capítulo:

Art. 14.- El número de visitas, la realización de exámenes complementarios, la aplicación de los tratamientos médicos quirúrgicos, así como la oportunidad de los mismos deberán ser los estrictamente necesarios para seguir el curso de la enfermedad.

e) **Deber de informar.-** Existen dos antiguas pautas de la medicina con respecto a este tema “manejar con cuidado las verdades absolutas” y “no hay enfermedades sino enfermos”. Es muy importante y delicada esta obligación de los médicos. Es muy importante la forma como comunicarán a sus pacientes acerca del diagnóstico, pronóstico y posible tratamiento.

Al respecto, nuestro Código de Ética Médica del Ecuador dispone algunas cuestiones que es importante enunciar:

Art. 10.- Cuando se trate de un caso grave o se tema un desenlace fatal está en la obligación de dar aviso oportuno, para que puedan ser atendidos los intereses espirituales y morales del paciente y los materiales de los familiares. La advertencia del peligro lo hará a los consanguíneos, amigos o allegados, eligiendo como confidente a la persona más ponderada o a una autoridad competente cuando el caso lo requiere.

Art. 11.- En casos de incurabilidad lo dará a conocer a los familiares y en casos especiales al propio enfermo cuando el médico lo crea indispensable usando la mayor prudencia y manteniendo en primer lugar, los mejores intereses del enfermo.

Art. 15.- El Médico no hará ninguna intervención quirúrgica sin previa autorización del enfermo, y si éste no pudiera darla recurrirá a su representante o a un miembro de la familia, salvo que éste de por medio la vida del paciente a corto plazo. En todos los casos de autorización incluirá el tipo de intervención, los riesgos y las posibles complicaciones.

Art. 16.- Igualmente, los casos que sean sometidos a procedimientos de diagnóstico o de terapéutica que signifiquen riesgo, a juicio del médico tratante, deben tener la autorización del paciente, de su representante o de sus familiares. También lo hará en caso de usar técnicas o drogas nuevas a falta de otros recursos debidamente probados como medios terapéuticos y salvaguardando la vida e integridad del paciente.

Art. 21.- El Médico está en la obligación de explicar a sus pacientes, los beneficios de la prestación médica institucional, social o pública; antes de hacerse cargo de su caso.

Quizás debemos notar que en algunos de los artículos enumerados se debe además de contar con la autorización del paciente, con la autorización de los familiares, si

el caso lo ameritara, en especial por lo grave de la enfermedad. Por ello es importante manifestar en este sentido que la manera de informar al paciente y a sus familiares depende del estado de salud del paciente, la situación económica, social, laboral, cultural, la comprensión y aceptación, sus temores y posibles reacciones una vez considerada su situación general.

f) La derivación del paciente.- El médico que por razones de su especialidad no pudiere atender a un paciente, si no se tratase de alguna emergencia, en cuyo caso no lo abandonará, deberá comunicarlo de inmediato y sugerirá qué tipo de especialista necesita.

Código de Ética Ecuatoriana:

Art. 12.- La cronicidad o incurabilidad no constituye motivo para que el médico prive de asistencia al enfermo, pues en estos casos se hará más necesario el auxilio y en consuelo que el médico pueda brindar.

Art. 35.- En el consultorio privado del médico pueden recibidos y tratados todos los pacientes cualesquiera que haya sido sus médicos anteriores siempre que su especialidad le acredite mejor atención y de mutuo acuerdo con el paciente.

Art. 79.- En caso de cualquier intervención en la que se necesitare la presencia de un especialista, es a éste a quien corresponde indicar la oportunidad de su intervención. Si hubiere discrepancia de criterio se convocará a Junta Médica.

Art. 80.- Al médico tratante que envíe a su paciente al consultorio de un especialista le corresponde comunicarse previamente con el por cualquier medio y a éste, una vez realizado el examen, comunicará el resultado. La conducta que se seguirá desde ese momento por ambos colegas es la indicada en los artículos precedentes.

Código de la Salud del Ecuador.-

Art. 178.- Los profesionales y no profesionales autorizados que ejerzan actividades relacionadas con la salud, están obligados a limitar sus acciones al área técnica que el título, diploma o certificado les asigne.

g) El secreto médico.- El secreto médico es aquel que incluye a la enfermedad en si, al paciente como tal y otro que tiene que ver con la obligación en cambio de comunicar de manera adecuada y oportuna ciertas situaciones que generen cierta alarma social (abortos, defunciones, delitos en general). Otro elemento del secreto médico es la afección que podría sufrir el paciente o su familia de revelarse, el secreto comprende además “ lo que en el ejercicio de la profesión, y aún fuera de ella, viere u oyere acerca de la vida de las personas y que no deba alguna vez ser revelado” (Juramento Hipocrático, s.a).

Existe todo un capítulo acerca de esta temática en nuestro Código de Ética Médica del Ecuador.

Art. 66.- El secreto profesional es un deber que nace de la esencia misma de la profesión. El interés público, la seguridad de los enfermos, la honra de las familias, la responsabilidad del profesional y la dignidad de la ciencia médica, exigen el secreto. Los médicos tienen el deber de conservar en secreto todo cuanto observen, escuchen o descubran en el ejercicio de su profesión.

Art. 67.- El médico no incurre en responsabilidad cuando revela el secreto profesional en los siguientes casos:

a). Cuando en su calidad de perito actúa como médico de una compañía de seguros rindiendo informe sobre la salud de los candidatos que ha examinado, el que enviará en sobre cerrado al médico jefe de la compañía, quien tendrá la misma obligación del secreto;

b). Cuando es comisionado por la autoridad competente para reconocer el estado físico y mental de una persona;

- c). Cuando ha sido designado por la autoridad competente para practicar necropsias o peritajes médicos legales de cualquier género, así en lo civil como en lo penal;
- d). Cuando actúa con carácter de médico funcionario de los servicios sanitarios del país;
- e). Cuando en su calidad de médico tratante hace declaración de enfermedad infecto - contagiosa ante la autoridad sanitaria y cuando expida certificado de defunción;
- f). Cuando tratándose de menores de edad o mayores incapacitados mentales, lo exijan sus padres o representantes;
- g). Cuando el médico es acusado o demandado bajo imputación de un daño culposo en el ejercicio de su profesión;
- h). Cuando revela o denuncia los delitos que tenga conocimiento en el ejercicio de su profesión para que no cometa un error judicial; e,
- i) Cuando a pedido expreso del paciente extienda una certificación sobre su afección o enfermedad.

Art. 68.- Los casos de embarazo parto se incluyen en el secreto profesional, el médico debe guardar reserva salvo ante los padres o representantes en el caso de menores de edad.

Art. 69.- No se viola el secreto profesional cuando el médico es citado al Tribunal para declarar como testigo de los hechos que ha conocido en el ejercicio de su profesión.

Art. 70.- Cuando el médico se vea obligado a reclamar judicialmente sus honorarios se limitará a indicar en forma general el trabajo realizado sin exponer el diagnóstico.

Art. 71.- El profesional solo debe suministrar informe respecto al diagnóstico o tratamiento del enfermo, a los familiares más inmediatos, sus representante o al paciente.

Art. 72.- El médico puede compartir su secreto con cualquier otro colega que intervenga en el caso, el que a su vez está obligado a mantenerlo.

Art. 73.- Si por motivos científicos deben exhibirse o publicarse fotografías que permitan la identificación del paciente, se necesita autorización..... (sic).

Art. 74.- Las visitas médicas hospitalarias a cargo del médico tratante deberán realizarse con toda la prudencia, de tal manera que no se afecte la integridad del paciente.

Art. 75.- Los documentos médicos relacionados con los pacientes, así como el registro de la información por otros medios, tanto en los consultores privados como en los servicios de salud, deben ser manejados con carácter reservado. Al personal paramédico encargado de los mismos deberá instruirle que está obligado a guardar el secreto médico involucrado en dichos documentos.

#### 1.4.- DEBERES Y DERECHOS DEL PACIENTE.

Los pacientes así como los médicos están también obligados a cumplir con ciertos deberes, al igual que gozan de algunos derechos en virtud de su condición. Al respecto, la doctrina y nuestra legislación nos enseñan algunos aspectos.

##### 1.4.1.- Deberes del paciente.- Primeramente hablemos de los deberes del paciente.

**a)** Deber de lealtad de información.- El paciente esta obligado a informar verazmente y a fondo todos sus síntomas, así como debe responder de la misma forma a los cuestionamientos que le haga el profesional médico. El paciente debe tratar de evitar exagerar o simular los síntomas de sus dolencias, en todo caso, es

común que ocurra, para ello el médico debe manejar adecuadamente la información que se le dé.

Para obtener una adecuada información, el médico puede utilizar dos técnicas. La primera consiste en una suerte de monólogo por parte del paciente; y la otra que consiste en una suerte de cuestionamiento por parte del médico, ya sea este espontáneo o que responda a un formato realizado por el médico.

**b)** Deber de cumplimiento del plan terapéutico.- El paciente además está obligado a cumplir con el plan que el médico ha creído conveniente que cumpla para que recupere su salud. El plan debe ser cumplido por el paciente o por quienes lo asistan. Dicho plan debe ser claro, preciso y entregado por escrito.

**c)** Deber de nueva consulta.- El paciente que acudiese a otro profesional a realizar una consulta tiene el deber de comunicar la situación al médico que lo trataba primeramente, y éste a su vez podrá hacer constar esta situación en la historia clínica.

A su vez el paciente que acuda a otro médico suspendiendo el tratamiento debe asumir su responsabilidad, y en general esta situación no ha sido bien vista por la doctrina, a excepción de casos en los cuales la lógica justifique esta actitud del paciente.

**d)** Deber del pago de honorarios.- Existe el principio de onerosidad de la asistencia médica, que justifica el pago de honorarios al profesional de la medicina. Puede eximirse del pago de los honorarios a sus familiares, o a un colega y sus familiares, o en casos que se prohíban por los reglamentos y demás que la moral y la ética provoquen en el médico la eximición del pago de sus honorarios a un paciente.

Nuestra legislación habla de la equidad, que debe regirse a las costumbres locales, a la capacidad y experiencia del médico, carácter de la intervención, condiciones económicas del paciente y el cumplimiento del contrato preestablecido si existiese.

Habla además del cumplimiento de los honorarios que pudieran haber preestablecidos los colegios profesionales.

Al respecto el Código de Ética Médica del Ecuador dice:

Art. 56.- La equidad es la primera y más universal norma moral en el cobro de los honorarios profesionales; en ellos debe atenderse de modo singular a las justas costumbres locales, a la magnitud de servicio, al prestigio y necesidad de la intervención personal, a las condiciones económicas del enfermo y el honesto pacto pre - establecido si lo hubiere.

Art. 57.- El médico acatará las resoluciones sobre honorarios si estuvieren determinados por los respectivos Colegios Médicos, en lo posible deberán ser pre - establecidos antes de la intervención.

Art. 58.- Prohíbese al médico el cobro de honorarios a los pacientes que sean atendidos en las instituciones sociales o públicas del sector salud.

Art. 59.- Las atenciones gratuitas perjudicarán a los colegas y deben limitarse a casos de parentesco cercano, asistencia a colegas y pobreza manifiesta.

Art. 60.- La asistencia del médico tratante, cuando sea solicitada por el enfermo o sus familiares, en una intervención quirúrgica, dará derecho a honorarios especiales.

Art. 61.- En los casos en que un paciente, sin razón justificada se niegue a cumplir los compromisos pecuniarios con el médico, éste, una vez agotados todos

los medios privados, puede demandar el pago de honorarios sin que ello afecte, en forma alguna, el buen nombre o crédito del demandante.

Art. 62.- Las interconsultas, debidamente justificadas, serán abonadas por el paciente. El médico tratante deberá advertir esta circunstancia oportunamente al enfermo.

Art. 63.- Todo médico que sea llamado a realizar un peritaje médico - legal tiene derecho a percibir honorarios por su labor excepto los médicos legistas rentados por el Estado.

Art. 64.- Queda formal y categóricamente prescrita la prescripción de honorarios entre médico y cualquier otro profesional y pacientes.

Art. 65.- Constituye una violación a la ética profesional la percepción de un porcentaje derivado de la prescripción de medicamentos, aparatos para uso médico, lentes, etc. así como la retribución pecuniaria a intermediarios de cualquier clase entre profesionales y pacientes.

1.4.2.- Derechos del paciente.- Ahora examinaremos los derechos del paciente. Al respecto nos remitiremos a lo dispuesto por la Ley de Derechos y Amparo del Paciente, publicada en el Registro Oficial 626-3, del 3 de febrero de 1995.

En las consideraciones de la ley en mención encontramos lo siguiente: “Que los pacientes tienen Derecho a conocer en los centros de salud, la naturaleza de sus dolencias, el diagnóstico médico y las alternativas de tratamiento, respetando su privacidad y dignidad; y”

De igual forma en el Capítulo II, se habla de los Derechos del Paciente concretamente. Al respecto podemos manifestar que se reconocen algunos derechos tales como “Derecho a la Atención Digna”, que hace referencia a la atención oportuna en los centros de salud con la debida dignidad que se merece.

a) Derecho a no ser discriminado. Este derecho habla de la discriminación del paciente en razón de su raza, sexo, edad, condición social y económica.

b) Derecho a la confidencialidad. Hace referencia al carácter confidencial que deben tener todos los procedimientos realizados por el profesional de la medicina.

c) Derecho a la información. Se hace hincapié en el derecho que tiene el paciente de conocer acerca del diagnóstico, pronóstico, tratamiento, consecuencias, riesgos, cuidados, etc. Ello con el fin de que pueda discernir adecuadamente, al igual que sus familiares. Se exceptúan de este derecho los casos de emergencia. Tiene derecho igualmente a ser informado acerca del profesional que le va a atender.

d) Derecho a decidir.- El paciente tiene derecho a decidir si acepta el tratamiento, el centro médico o profesional médico debe informarle de las consecuencias de su decisión.

Igualmente en el Capítulo III de esta Ley se habla del amparo al paciente en situaciones de emergencia.

La situación de emergencia según la misma Ley es “toda contingencia de gravedad que afecte a la salud del ser humano con inminente peligro para la conservación de la vida o de la integridad física de la persona, como consecuencia de circunstancias imprevistas e inevitables...”

Ante ello todo centro de salud está obligado a recibir a un paciente que esté en situación de emergencia, sin que el centro deba incluso exigir previo pago o prenda para ello. Luego de superada la situación de emergencia el centro podrá exigir los pagos.

### 1.5.- PRAXIS Y MALPRAXIS MÉDICA.

Iniciamos a continuación el planteamiento del problema a que vamos a tratar en este estudio: la malpraxis médica.

Al hablar de la praxis médica nos referiremos a lo tan acertadamente señalado por el Dr. Nardelli –Presidente del Concejo Federal de Entidades Médicas Colegiadas de la Argentina-, citado por Yungano y otros (1992) quien que la praxis médica se fundamenta sobre el conocimiento de las condiciones personales del enfermo y los principios racionales del arte médico. El primer aspecto surge del tipo de relación médico- paciente y lo segundo tiene como punto de partida la Universidad, a lo que se agrega luego, la labor de los Colegios, perfeccionamiento en post grados, etc.

La malpraxis médica es la “actuación incorrecta en el ejercicio de la profesión médica, capaz de provocar daño al paciente” (Arteaga, 1984, ps. 26,27)

En el Black's Law Dictionary se define a la malpraxis como “la omisión por parte del médico, de prestar apropiadamente los servicios a que está obligado en su relación profesional con su paciente. Omisión que da por resultado cierto perjuicio a éste”.

La malpraxis tendría pues dos elementos, uno que el médico deje de cumplir con su deber, y otra a que consecuencia de ello cause un perjuicio definido al paciente.(Yungano y otros, 1992)

Pues bien, claro está entonces que nuestro trabajo debe encaminarse a visualizar la responsabilidad del médico en el campo penal cuando en el ejercicio de su profesión incurre en un comportamiento culposo que se hace merecedor de una sanción penal.

#### 1.6.- RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO.

En nuestros días, el problema de la responsabilidad del médico es un tema que causa gran controversia, en especial por el gran número de denuncias que existen en nuestro país en relación al daño ocasionado en las personas como consecuencia de una “mala práctica médica” como ya la definimos al analizar la “malpraxis medica”.

Gisbert Calabuig atribuye el auge universal de los juicios por responsabilidad médica, entre otras causas, al aumento de la actividad médica, el progreso en el tratamiento de enfermedades hasta hace poco incurables, el triunfalismo con que se divulgan los avances de la medicina, todo lo cual lleva a considerar la curación como un derecho y a la búsqueda de beneficios económicos a través de litigios indemnizatorios.

Pensamos que influye también en el fenómeno un paulatino cambio cultural en la forma en que la sociedad considera al médico, cuya palabra y ejercicio eran estimados casi incuestionables hasta hace no mucho tiempo. A ello ha de agregarse el profundo cambio experimentado en la estructura del sistema sanitario y en la forma de la atención médica, que se ha tornado compleja y ha perdido en gran medida de su carácter personalizado.

Resulta muy significativo que los distintos autores coincidan en señalar la quiebra de la relación médico-paciente como el factor determinante de la presentación de demandas contra médicos. Antes, la relación médico paciente podía asimilarse a la visión del médico ordenando y el paciente cumpliendo las órdenes. Posteriormente, los mismos pacientes empezaron a abrirse espacio ya reclamare para sí algunos derechos, como ya mencionamos anteriormente.

Debemos puntualizar que, en primer término se debe analizar racionalmente el problema de la responsabilidad del médico, sin caer, como hemos visto al hacer el análisis histórico, en sanciones impuestas solamente en razón del resultado fatal o sin observar los elementos de la conducta culposa. En segundo lugar no debemos dejarnos llevar por el morbo que en muchas de las ocasiones la prensa siembra entre la opinión pública con respecto al tema. Finalmente hay que dejar en claro que el gremio médico debe estar consciente de que su ejercicio, así implique un riesgo quizás mayor que en otras profesiones, debe responder ante la justicia por sus conductas si estas han causado perjuicio a las personas, sin que se diga que esta apreciación perjudicaría al libre ejercicio profesional y al propio desarrollo de la medicina al verse expuesta a acciones judiciales.

En su acepción jurídica el término responsabilidad significa obligación de responder por los actos cuando han ocasionado un daño.

En otras palabras, hay responsabilidad cada vez que un sujeto de derecho está obligado a reparar el daño sufrido por otro. Es por tanto una relación entre dos sujetos de derecho, y que se resuelve en último análisis en una obligación de reparar. (López Bolado, 1981)

Se puede hablar de esta obligación de responder en un sentido más amplio cuando aludimos a la responsabilidad moral y ética, con independencia de que origine una obligación jurídica.

En el campo de la actividad médica son numerosos los países donde se ha establecido la colegiación obligatoria, por ley, junto con su correspondiente Código de Ética, creando así un ámbito de juzgamiento específico de la conducta de los médicos en el plano ético.

Por responsabilidad profesional se entiende la obligación de reparar o compensar los daños producidos en el curso de una determinada actividad profesional, y por responsabilidad médica, cuando aquellos derivan de un acto médico.

No es que exista un régimen de responsabilidad particular o diferente de los médicos con respecto al resto de los sujetos de derecho, sino que las formas de incurrir en responsabilidad por hechos derivados del ejercicio de la medicina constituye objeto de estudio particular.

La responsabilidad médica puede ser civil o penal. Es la responsabilidad civil aquella que origina una obligación de reparación pecuniaria. El Derecho Civil -a diferencia del Derecho Penal, donde la responsabilidad determina una pena en protección del interés del conjunto de la sociedad- apunta a satisfacer la pretensión del damnificado, tiene carácter pecuniario, es transable y renunciable. En otras palabras, no es de orden público.

Además tenemos que la responsabilidad puede ser extracontractual o aquiliana y contractual. El régimen de responsabilidad contractual supone una relación previa

entre sujetos de derecho y el incumplimiento de una obligación preexistente nacida en un contrato u otra norma jurídica. Actualmente es criterio extendido que la responsabilidad médica es de tipo contractual. Se ha discutido la naturaleza del contrato que rige la asistencia médica, que muy frecuentemente es tácito.

Algunos autores han propuesto el término de contrato innominado o *sui generis*. Yungano y otros (1992) proponen la denominación de contrato de asistencia médica ya que las relaciones jurídicas entre el médico y el paciente no encajan de manera aceptable en ninguna de las figuras clásicas del Derecho.

La controversia sobre la responsabilidad del médico se pueden analizar en tres diversas teorías: a) la que admite la irresponsabilidad absoluta; b) la que solo estima responsabilidad en caso de dolo o mala fe y c) la que impone la responsabilidad derivada de toda acción en que intervenga negligencia, error o impericia (Benzo Cano 1944).

Tenemos así que algunas corrientes hablan acerca de la irresponsabilidad absoluta del médico. Tiene su fundamento en que la medicina, a pesar del avance científico no es una ciencia exacta, sino sujeta a cambios; no se la puede por tanto encasillar en parámetros que delimiten su acción, pues esto hasta que la ciencia no avance. Sostienen que la medicina esta sujeta a riesgos y que existen cuestiones derivadas de la medicina que escapan a la voluntad del médico, y que este no podría responder por lo impredecible. Así Benzo Cano (1944) expresa lo siguiente:

“Aún sin cometer ningún error, con un diagnóstico bien hecho y una terapéutica acertada, médica o quirúrgica, ¿no pueden sobrevenir de pronto complicaciones que acaben con la vida del enfermo? ¿Es que se va hacer responsable al médico de estas complicaciones que acaben con la vida del enfermo?” (p. 53)

Esta teoría debe ser desechada de plano. Es cierto que la medicina no es una ciencia exacta, y que existen muchas cosas que están en discusión. Así como también no existen lineamientos estrictos que seguir, pero es cierto también que hay cosas que están científicamente y generalmente aceptadas, y si el médico ha incurrido en una falta que por todos es aceptada como tal o hubiese contravenido una regla

definitiva, debe ser responsable. Esta situación debe ser comprendida y aceptada por el médico, quien no solamente es responsable ética y moralmente sino legalmente.

No puede existir una profesión vinculada a un privilegio que tornaría irresponsable de las acciones cuando estas hayan causado daño a otras personas. Se estarían violando así principios fundamentales del Derecho, y más aun cuando se trata de normas de orden, salud pública e incluso hasta de la vida misma.

Otra corriente habla acerca de la responsabilidad únicamente en los casos en que el médico haya procedido con dolo o con mala fe. Teoría esta que se reduce a considerar al profesional que ha caído en esta situación a la de un vil delincuente. No podríamos pensar jamás en que el médico actúe de mala fe; como de todo profesional, deberemos pensar que hará exactamente lo contrario.

Finalmente al hablar de la tercera teoría, que admite la responsabilidad del médico cuando en el ejercicio de su profesión produce un daño o perjuicio interviniendo culpa o negligencia, otros autores desechan la posibilidad de la responsabilidad, penal pues no existiría la voluntariedad.

Al respecto, analizaremos mas adelante con detalle lo concerniente a la culpa médica y sus elementos. Tomando la posición del venezolano Arteaga Sánchez (1984), el análisis del comportamiento culposo del médico en este trabajo se asienta además sobre las bases de la previsibilidad y la evitabilidad, es decir que para valorar a la culpa médica debemos hacer referencia a la posibilidad de prever y/o evitar el resultado, refiriéndonos al caso concreto, la situación del profesional del medico, los conocimientos medios, entre otros.

También hemos de considerar que se admiten diversas circunstancias que liberan al médico de la responsabilidad: el error excusable, el estado de necesidad y la causa extraña (caso fortuito o fuerza mayor, conducta del enfermo, hecho de terceros).

El error excusable o error médico propiamente dicho (aquel que no se acompaña de culpa) es un eximente de la responsabilidad. La medicina no es una ciencia exacta

ni exenta de riesgos, por lo que el médico está sujeto a la posibilidad de fallar. Precisamente, la no existencia de culpa determina la falta de uno de los elementos sine qua non de la responsabilidad civil. (Arteaga, 1984)

Por caso fortuito se entiende lo que no ha podido preverse o que habiendo sido previsto no fue posible evitar. Se destacan como características esenciales su imprevisibilidad, extraneidad y muy especialmente la inevitabilidad.

Obviamente hay ciertos casos en que es la propia conducta del enfermo que exime al médico de responsabilidad.

Son los casos de daños producidos por la negativa a recibir derivados de la sangre, el abandono del tratamiento o la consulta con un nuevo profesional. Tampoco existirá responsabilidad del médico cuando el resultado dañoso se debe a la intervención de terceros. Estas situaciones -denominadas en el Derecho Civil como hecho de la víctima y hecho de terceros, respectivamente- determinan la falta de la imprescindible relación causal entre el acto médico y el daño. (Yungano y otros, 1992)

La falta de consentimiento válido (libremente expresado, suficientemente informado, otorgado por persona civilmente capaz y previo al acto médico) constituye una hipótesis de responsabilidad en caso de daño provocado por el acto médico. Sin embargo, el estado de necesidad faculta e incluso obliga al médico a actuar (debemos mencionar al aborto como caso excepcional en este sentido, cuestión que estudiaremos luego). Es clásico señalar que en presencia de peligro cierto para un bien jurídico mayor e indisponible como la vida, el médico no es responsable por actuar sin consentimiento y sí puede serlo por omitir actuar.

El pensamiento bioético y la propia doctrina jurídica cuestionan cada vez más este enfoque, a un tiempo que gana terreno la autonomía del paciente y el derecho a decidir sobre su vida.

La condena a una institución asistencial o un médico a resarcir el daño causado a su paciente como consecuencia del acto médico supone la probanza de los

elementos básicos de la responsabilidad civil o penal ya reseñados: existencia del daño, relación causa-efecto con el acto médico y falta médica.

## CAPITULO II HOMICIDIO Y LESIONES CULPOSAS-CULPA MÉDICA

Nos corresponde ahora entrar a analizar los delitos en los que el médico puede incurrir como sujeto activo en su cometimiento contra las personas, específicamente homicidio, lesiones y aborto.

Empezaremos con el tema del homicidio y las lesiones. De un breve repaso por los tipos penales que abordan la temática del homicidio y las lesiones dolosas, encontramos que cualquier persona puede ser sujeto activo en este tipo de delitos. En consecuencia no nos interesa para el efecto de este trabajo hacer referencia a los homicidios y lesiones dolosas que hayan sido cometidas por médicos, por cuanto debe entenderse que si un profesional de la salud mata o lesiona dolosamente a un individuo, sería como es obvio, un criminal cualquiera.

Nuestro Código Penal tampoco hace referencia a la profesión del médico, ni como agravante, ni como atenuante, etc, con excepción del Art. 457 en relación al Art. 456. “En la infracción mencionada en el artículo anterior, -(homicidio preterintencional por suministro de sustancias)- se presumirá la intención de dar la

muerte si el que administró las sustancias nocivas es médico, farmacéutico o químico; o si posee conocimientos en dichas profesiones, aunque no tenga títulos o diplomas para ejercerlas”.

Al abordar entonces la temática del los homicidios y lesiones culposas, creemos que mas que estudiar cada tipo profundamente, lo que interesa es dejar en claro que se entiende por culpa para de ahí partir a la culpa médica y sus elementos.

Nuestro legislador tampoco ha tocado el tema a tratar. Fiscales y Jueces del país no tienen una correcta normativa que conduzca a sancionar a los médicos que matasen o lesionasen a sus pacientes como producto de conductas culposas.

Insistimos, antes de describir a profundidad el tipo penal del homicidio o las lesiones, creemos que es nuestra tarea en este capítulo tratar de la culpa médica una vez que han sido definidos los homicidios y las lesiones culposas.

## 2.1.- GENERALIDADES ACERCA DEL HOMICIDIO Y LESIONES.-

2.1.1- Homicidio.- Según Cabanellas (1997) el Homicidio es la muerte dada por una persona a otra. Penalmente, es el hecho de privar de la vida a un hombre o una mujer, procediendo con voluntad y malicia, sin circunstancias que excuse o legitime y sin que constituya asesinato ni parricidio (delitos más graves). El homicidio vendría a ser pues la muerte que una persona ocasiona en otra sin que intermedie ninguna agravante o atenuante.

El homicidio, por su gravedad, es el primero de los delitos contra las personas – como llama nuestra Legislación- .

Etimológicamente homicidio viene del latín homo, hominis que significa hombre y caedere, mater, quiere decir entonces matar a un ser humano. Este delito ha sido castigado desde que la civilización tiene memoria, quizás motivado el hombre por su instinto de conservación. El Código de Hammurabi, las Leyes de Manú de la India, las leyes del Dragón, Hebreos, Griegos, Romanos, todos castigaron con severidad a la persona que matase a otra, por lo general el castigo era la muerte, situación que

aún hoy en día es aplicada en algunos países, y que es motivo de controversia. En el Ecuador el homicidio era penado con la condena a muerte en el Código Penal de 1837, posteriormente cambió conforme la evolución de la doctrina punitiva.

El sujeto activo y el sujeto pasivo pueden ser cualquier persona. El homicidio se consuma con la muerte de la otra persona. El bien jurídico protegido es la vida humana, bien jurídico fundamental e irreparable, del cual se derivan muchos de los otros principales como la libertad, salud, etc, motivo este por el cual las legislaciones castigan con severidad este tipo de delitos.

El tipo penal base del Homicidio en nuestro Código Penal se encuentra en el Art. 449 “El Homicidio cometido con intención de dar la muerte, pero sin ninguna de las circunstancias detalladas en el artículo siguiente –asesinato- es homicidio simple...”. Como se ve nuestra legislación no define al homicidio sino lo sanciona inmediatamente.

Nuestra legislación hace distinción entre el homicidio doloso y el culposo. En el primero existe la intención de matar; en el segundo, se comete por imprudencia o negligencia. En el Art. 459 del Código Penal se habla de homicidio inintencional, el cual sería el mismo culposo pues dice la ley que es el causado por imprudencia o negligencia. (Torres Chávez, 2001)

Carrara define al homicidio culposo o preterintencional como “la muerte causada a una persona por quien no se proponía inferirle mal de tanta gravedad. Tal es el caso del que, pretendiendo producir una intoxicación a otro, lo envenena, o el de quien, llevado por el exclusivo ánimo de herir o mutilar alcanza un punto vital del cuerpo de la víctima y le origina la muerte.”.

En el homicidio culposo deberá el agente haber actuado con negligencia o imprudencia o inobservancia de reglamentos, y debe existir un nexo causal entre esta conducta negligente o imprudente y el resultado fatal.

Nuestra legislación tipifica al homicidio preterintencional en el Art. 455 del Código Penal “Cuando las heridas o golpes, dados voluntariamente, pero sin

intención de dar muerte, la han causado, el delincuente será reprimido con tres a seis años de reclusión menor...”

En razón de nuestro estudio, debemos hacer breve referencia a lo que establece el Código Penal en los arts. 456 y 457 en relación al Homicidio preterintencional por suministro de sustancias”. Art 456: “Si las sustancias administradas voluntariamente, que pueden alterar gravemente la salud, han sido dadas sin intención de causar muerte, pero la han producido, se reprimirá al culpado con reclusión menor de tres a seis años”. Art. 457: “En la infracción mencionada en el artículo anterior, se presumirá la intención de dar la muerte si el que administró las sustancias nocivas es médico, farmacéutico o químico; o si posee conocimientos en dichas profesiones, aunque no tenga títulos o diplomas para ejercerlas”.

El art. 456 habla del suministro de sustancias, es decir, de fármacos, remedios, productos químicos que se usan en las boticas o droguerías. Lo fundamental en este tipo penal es el que el suministro de estas sustancias no sea con el fin de causar la muerte. Existe buena fe en relación a la ausencia del deseo de matar.

En el Art. 457, se tiene una presunción de Derecho, que si el médico, químico o farmacéutico es quien administró las sustancias y estas provocaron la muerte, se entiende que hubo voluntad y consciencia para cometer el delito.

Esta fundamentada la disposición en que es el médico y el farmacéutico o químico quienes en razón de su profesión, deben conocer los compuestos de las sustancias suministradas, además de las consecuencias que acarrea su consumo.

2.1.2. Lesiones.- La lesión es el daño que se causa en el cuerpo humano o en la salud mental sin la intención de matar.

El tipo penal básico de las lesiones se encuentra en el Art. 463 del Código Penal: “El que hiriere o golpear a otro, causándole una enfermedad o incapacidad para el trabajo personal, que pase de tres días y no de ocho, será reprimido con prisión de quince días a tres meses y multa de cuarenta a ochenta sucres”.

Nuevamente recurriremos a Guillermo Cabanelas para definir las Lesiones.

“Por concretarse rara vez en un solo ataque y en un solo mal, se habla de lesiones, y no de lesión, para referirse a los daños injustos causados en el cuerpo o salud de una persona; pero siempre que falte el propósito de matar, pues en tal caso se trataría de homicidio frustrado. Ahorra bien, puede darse el supuesto inverso, o sea, que el lesionador, por exceso involuntario, por desconocer los efectos de su acción o por imprevistas complicaciones, origine la muerte de la persona por él lesionada y entonces la figura delictiva se denomina homicidio preterintencional.”. (p.232)

Bonnet, citado por Zabala Baquerizo (1999) define a la lesión como: “una particular forma de daño ocasionado en el cuerpo o en la salud de la persona, sin intención homicida” (p.178).

Pérez Borja (citado por Zabala Baquerizo igualmente) define así a las lesiones como

“lesiones se entiende todo lo que puede causar a una persona enfermedad o incapacidad para el trabajo, hiriéndola, golpeándola, maltratándola, etc, de la modo que la lesión no es sino un término genérico que comprende toda clase de heridas que causan úlceras, desgarraduras, contusiones, equimosis, excoriaciones, fracturas, quemaduras, etc.” (p. 178)

Etimológicamente lesión proviene del latín *laesio* que significa daño o detrimento corporal causado por una herida, golpe o enfermedad.

Al igual que en el homicidio, históricamente, los delitos contra la integridad física han sido desde siempre sancionados. En el Código de Hammurabi ya se establecieron sanciones en relación con el tema que analizamos, y por lo general este tipo de las lesiones tenía una sanción basada en la Ley de Talió en la época antigua. Entre los hebreos se castigaba con pena de muerte al que con intención de matar causaba lesiones en una persona; también aplicaban la ley del talió para sancionar las lesiones, incluso algunas lesiones causadas por los amos a los

esclavos provocaban la libertad de éste. . Entre los romanos la lesión estaba relacionada con la injuria, en la ley de las XII tablas se castigaba como injurias la ruptura de un miembro, (membri ruptio), la fractura de un hueso ( ossium fractio) y la lesión leve (injuria simple). En el derecho germánico se empieza a distinguir entre los simples golpes y las heridas, contusiones y mutilaciones.

En las Partidas se clasificaban a las lesiones en crueles o graves y leves, en razón del lugar del cuerpo de la lesión y la persona lesionada. En la evolución histórica el estudio de las lesiones ha pasado por tres fases; la primera que consideraba un atentado contra la integridad anatómica, la segunda un atentado contra la integridad fisiológica y una tercera atentado contra la integridad física y psíquica.(Torres Chávez, 2001) En nuestro país se encuentra regulada desde la aparición del Código Penal de 1837.

El bien jurídico protegido es la “integridad física”, entendida esta como un todo morfopsicológico (Zabala Baquerizo, 1999), es decir que afecte tanto a la salud biológica o física como la psicológica del individuo.

La lesión requiere una herida o golpe que produzca la lesion y a su vez esta debe acarrear la enfermedad o la incapacidad. Nuestra legislación, al momento de clasificar a las lesiones se basa en los días de curación que estas requieren, estableciendo una “sinomia no realmente valedera entre enfermedad e incapacidad” (p. 480) como anota Efraín Torres Chávez. Quizás es el puro azar el que establece el fin que tiene la conducta humana en este sentido.

Nuestra legislación también hace referencia a las lesiones inintencionales o culposas. En el Art. 472 del Código Penal define a este tipo “Es reo de heridas o lesiones inintencionales el que las ha causado por falta de previsión o de precaución...”.

Para que se produzcan las lesiones culposas basta que el actor la haya producido la herida de modo inintencional, no depende de esta manera el tiempo que la victima necesite para recuperarse de su enfermedad o incapacidad.

Las lesiones culposas deben haber sido causadas por imprudencia, negligencia o inobservancia a las normas legales o reglamentarias, y debe, además existir una relación causal entre la conducta descuidada del agente y el resultado lesivo.

Como mencionamos al principio de este capítulo, una vez que se ha descrito brevemente el homicidio y las lesiones y se ha hecho una breve diferenciación entre lo doloso y lo culposo, pasaremos a tratar mas a fondo la culpa y la culpa médica. Consideramos que el análisis de este tema es fundamental para entender estos dos tipos de delitos culposos en los que puede incurrir el médico.

## 2.2.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CULPA EN DERECHO PENAL.

El Art. 14 del Código Penal conceptúa el delito culposo de la siguiente manera: “La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de ley, reglamentos u órdenes”.

La culpa es el grado más bajo de la culpabilidad y el dolo el mas alto. Se puede entender por culpa la posibilidad de prever el resultado no requerido. Esta es otra de las formas de participación psicológica del sujeto en el hecho, junto al dolo el cual se puede definir como la conciencia de querer y la conciencia de obrar, traducidas estas en una conducta externa; es decir, es la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley prevé como delito.

Mezger (2004) dice al respecto:

“ha actuado culposamente aquel a quien se le reprocha haber desatendido un deber de precaución que le incumbía personalmente y que por esto no ha evitado el hecho ni sus consecuencias. Como la omisión la culpa es, pues, un no hacer algo (esto es lo debido) a saber, no cumplir un deber de precaución, mediante cuya observancia habría evitado el autor el hecho y las consecuencias del mismo” (p. 177)

Jiménez de Asúa (1999) define a la culpa de la siguiente manera:

“llegamos a decir que existe culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no solo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo”. (p. 247)

La imputación de un hecho por “culpa” a un sujeto, es de carácter excepcional, pues la regla sería la imputación por dolo; es así que la culpa viene a ser una forma de participación psicológica del sujeto, en base a lo cual se le puede cargar la responsabilidad penal y consiguiente sanción por el hecho acontecido, pues habrá obrado con un comportamiento contrario al deber de cautela y prudencia que se impone por vivir en una sociedad.

La culpa produce una forma específica de participación psicológica del sujeto en el hecho, como en el caso también del dolo, que pueda serle dirigido el reproche al sujeto, por su actitud contraria a exigencias del ordenamiento jurídico, por haber desplegado un comportamiento contrario al deber de cautela y prudencia. Si se da, pues, un comportamiento culposo, ello, unido a las demás exigencias culpabilistas, puede servir de base a la responsabilidad penal del sujeto. (Arteaga, 1984)

Puesto que en la sociedad, y mejor aún, en la vida social, existen una serie de situaciones que exigen la realización de actividades capaces de producir consecuencias dañosas para terceros, es necesario establecer normas de conducta que se impongan por la autoridad y cuya inobservancia genere el delito culposo. Esta serie de normas se contemplan en el Código Penal cuando se refiere a la negligencia, imprudencia o impericia, además de la inobservancia de reglamentos emitidos por las autoridades.

Según Carrara (1999), se entiende por culpa como la voluntad de omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho. A esta teoría se le han formulado diversas críticas, lo que no implica que no se reconozca que el concepto de previsibilidad juega un papel de importancia en la culpa, sino tan solo que, ese elemento, no puede considerarse como suficiente para servirle de fundamento, dado que en otras razones, aun siendo previsible el

resultado, puede no darse la culpa, si el sujeto ha actuado con la debida diligencia y prudencia.

Así, cabe pensar en todas aquellas actividades que siempre comportan un riesgo y que al ser utilizadas por el sujeto con toda prudencia y diligencia, aun siendo previsibles determinados resultados dañosos, excluyen toda culpa, a pesar de la previsibilidad, en razón de que la conducta no ha sido contraria a las normas de diligencia y de prudencia.

En este sentido, Musotto señala los ejemplos de los trabajos en minas, excavaciones e industrias pesadas, los cuales implican necesariamente riesgos; y señala que no puede, por tanto, hacerse consistir la culpa en no haber previsto lo previsible, ya que fundamentalmente lo que se requiere es la existencia de una norma que imponga especiales deberes de prudencia y diligencia, debiendo entonces decirse con mayor exactitud que la culpa punible no consiste solo en no haber previsto lo previsible, sino en no haber previsto lo que la ley obliga a prever.

Otras de las teorías más conocidas, de naturaleza objetiva, en contraposición a la teoría de la previsibilidad netamente subjetiva, es la de Stoppato, llamada también de la causa eficiente. De acuerdo con esta teoría, la responsabilidad por el comportamiento culposo se fundamenta en dos requisitos: que el sujeto haya sido la causa eficiente de un resultado y que haya actuado o se haya servido de medios antijurídicos. (Lopez Bolado 1981, cita a Bonnet)

Según esta concepción no interesa para nada el criterio de la previsibilidad. Lo que define a la culpa es que el resultado sea el producto de un acto humano voluntario, de una actividad voluntaria, que pueda ser referido a tal actividad como a su causa, y además, que haya actuado con medios contrarios al derecho.

Son numerosas las objeciones que se han formulado a tal teoría. Maggiore, citado por Arteaga (1984) la califica, entre otras cosas, de teoría que "no se basta a sí misma", "ultrapositivista, materialista y amoral" (p. 33) (se reduciría toda la responsabilidad a una relación material y mecánica entre la acción y el resultado), de una teoría que elimina toda distinción entre la culpa y el caso fortuito (también en el caso, cuando está empeñada la obra del hombre, y no se trata del suceso

meramente natural, se da la fórmula "acción voluntaria, evento involuntario"); y además, observa, la interpretación de fórmula "uso de medios antijurídicos" conduce a insuperables dificultades: ¿Cómo ha de entenderse tal expresión?, ¿ Se trata de los medios contrarios al derecho objetivo?.

En este caso, observa Maggiore, solo se considerarían los medios expresamente prohibidos por la ley y se tendría culpa solo por inobservancia de un deber legal, pero no puede olvidarse que el legislador no hace sólo referencia a los casos de inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes, etc., sino que la fórmula es más amplia y según tal concepción quedaría fuera de consideración un vasto campo de transgresiones culposas. (Arteaga, 1984)

Otros autores han señalado como esencia de la culpa la violación de un deber de atención. Al respecto la doctrina discrepa también con agudeza, pues en muchos delitos culposos puede no darse tal falta de atención, como es el caso del médico inexperto que emprende una seria operación sin poseer los conocimientos técnicos indispensables. Este profesional responderá por las consecuencias dañosas de su hecho aun cuando haya prestado la mayor atención.

El delito culposo surge siempre y solamente por la inobservancia de ciertas normas y la infracción justificada por el actuar con ligereza por parte del agente. La esencia de la culpa está en la inobservancia de normas sancionadas por los usos y los principios generales o expresamente previstas por las autoridades a fin de prevenir resultados dañosos. A estas reglas de conducta que derivan de los usos se refiere nuestro Código Penal cuando habla en general de negligencia, imprudencia o impericia.

De lo anotado, tenemos que la previsibilidad carece de importancia absoluta, pues con su sola inobservancia no hablamos de culpa, pues las normas disponen y fijan el deber de cumplir con cuidados determinados. La previsibilidad no debe asimilarse como criterio de comprobación precisa y categórica, por cuanto no sería reprochable una conducta culposa al sujeto que actúa practicando los conocimientos normales puestos a su alcance, ni se le demandan otros conocimientos, por lo que su actuar no sería reprochable, ni se podría pronosticar el hecho dañoso.

La culpa puede manifestarse de dos maneras: la culpa inconsciente; se produce cuando se ha obrado con imprudencia o negligencia, pero no observa el resultado delictuoso de su acción. “La falta de previsión de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió haberse previsto al obrar”. (Yugano y otros 1992, p. 219) Y además existe la culpa consciente que es “ la representación de un resultado típicamente antijurídico que se confía evitar, obrando en consecuencia”.( Yugano y otros, 1992, p. 219). En este tipo de culpa, el autor efectivamente conoce del resultado antijurídico, pero su actuar va encaminado a la esperanza que no sucederá, pero por haber desatendido su deber de precaución el resultado se da. La culpa inconsciente se presenta así como la forma típica de la culpa. Para el análisis de la culpa debe mirarse cada situación en concreto, no debe existir generalidad para juzgar la culpa.

Antes de terminar este breve análisis hacer referencia a los elementos del delito culposo; estos son: comportamiento voluntario, involuntariedad del resultado, relación de causalidad entre el hecho no querido y el comportamiento voluntario del sujeto y que el hecho no querido se verifique por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de reglamentos, órdenes o instrucciones.

El comportamiento voluntario hace referencia al elemento subjetivo que es necesario para que se configure el delito culposo, debe existir voluntad al cometer la acción u omisión. Esta voluntariedad, según la doctrina, va más allá de la acción de impulso o inhibición, sino cuando el sujeto omite tener despierta su voluntad para poder realizar el acto debido en el momento oportuno.(Petrocelli, 1962) La involuntariedad del resultado distingue la culpa del dolo; en este último, sí existe. Debe existir un nexo causal entre el hecho no querido y el comportamiento voluntario del sujeto; es decir, el resultado no querido (lesiones o muerte) sea consecuencia del precedente que sería la acción voluntaria.

Finalmente, que el hecho no querido se verifique por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de reglamentos, órdenes o instrucciones. Al respecto, este momento daremos brevemente conceptos que Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico Elemental da acerca de los temas anotados, a manera de definición, por cuanto más adelante nos ocuparemos de estudiar cada uno de ellos en relación a la culpa médica.

Imprudencia: “ Genéricamente, la falta de prudencia, de precaución./ Omisión de la diligencia debida./ Defecto de advertencia o previsión en alguna cosa; punible e inexcusable negligencia por olvido de las precauciones que la prudencia vulgar aconseja, la cual conduce a ejecutar hechos que, a mediar malicia en el actor, serían delitos. Profesional. Omisión de las precauciones extremas, como consecuencia de la confianza y habitualidad que crea el desempeño de una actividad.”

Impericia.- “Falta de conocimiento o de la práctica que cabe exigir a uno en su profesión, arte u oficio/ Torpeza/Inexperiencia.

Negligencia.- “Omisión de la diligencia o cuidado que debe ponerse en los negocios, en las relaciones con las personas y el manejo o custodia de las cosas/ Dejadez/Abandono/ Desidia/Falta de aplicación/Falta de atención/ Olvido de órdenes o precauciones.

Debemos también, finalmente, hablar del caso fortuito. Se produce cuando el resultado sea consecuencia extraordinaria o excepcional de la acción. Aquí el autor no ha previsto el resultado porque éste no era previsible.( Yungano y otros , 1992). En este caso se excluye a la culpabilidad. Un ejemplo sería el caso de un conductor que este manejando con precaución y respete y observe las normas y, de repente, se cruce un niño y lo atropelle.

### 2.3.- LA CULPA MÉDICA.

La responsabilidad médica constituye parte de la responsabilidad profesional y por lo tanto estará sometida a los principios generales de la institución. Juega por esto un papel o factor determinante de la responsabilidad, la existencia de culpa, el daño ocasionado y el nexo de causalidad entre aquélla y éste, no siendo aplicable una teoría de riesgo objetivo, ya que la existencia de culpa es requisito fundamental para que el daño causado sea susceptible de reparación.

Citaremos en este momento a Zabala Baquerizo, quien a su vez cita a Cuello Calón con respecto al tema que estamos abordando:

“ cuando se cause daño a la salud del paciente y proviene de haberse practicado, por ignorancia o imprudencia, una operación no indicada, o estándolo se hubiere efectuado con infracción a las leyes del arte médico por impericia o negligencia del operador, podrá ser este responsable de lesiones por imprudencia y civilmente de la indemnización del perjuicio ocasionado”. (pg. 208)

La ciencia médica sin duda siempre ha afrontado problemas que deben ser solucionados. Tal es el caso de la negligencia, la impericia médica, la imprudencia, a más de temas de índole moral como la eutanasia, el aborto, etc., En este conocimiento ha existido un sinnúmero de debates y más aún de razonamientos respecto a la culpa médica y cuándo se la considera como culpa grave; es lo que en la mayoría de países se ha legislado por parte de las autoridades.

En este sentido podemos citar a Chiossone (1981), quien en su libro “Responsabilidad Penal del Médico en la Legislación Venezolana”, manifiesta: que en el ejercicio de la medicina se obra dentro de un ámbito permanente de riesgo del cual puede ser responsable el médico porque él no lo crea, sino que lo hace el deber de asistencia.

Por lo tanto, queda claro que por la sola culpa se genera responsabilidad penal, es decir es susceptible de una sanción que varía de acuerdo con cada legislación, pues el tratamiento que requiere la responsabilidad profesional del médico no deja de lado el riesgo y sobre todo el fin noble del médico.

No resulta novedoso afirmar que las acciones por malpraxis resultan cada vez más frecuentes, especialmente en los países de economía liberal donde las responsabilidades derivadas de la actividad médica se ven ampliadas debido al progreso de la tecnología, lo cual ha implicado la multiplicación de los riesgos en los distintos tratamientos. La evolución y el progreso médico son resultado constante del desarrollo de nuevas técnicas diagnósticas, farmacológicas, químicas, físicas, quirúrgicas, pero con su etapa de prueba que aseguren su eficacia y su aceptación como método adecuado de tratamiento.

De acuerdo con Gisbert Calabuig, la responsabilidad médica significa la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios dentro de ciertos límites y cometidos en el ejercicio de su profesión. (Chiossone, 1981). Es decir a nuestro entender diremos que el médico que, en el curso del tratamiento ocasiona, por su culpa, un perjuicio al paciente, debe repararlo y tal responsabilidad tiene su presupuesto en principios generales de responsabilidad, según los cuales todo hecho o acto realizado con discernimiento, intención y libertad genera obligaciones para su autor en la medida en que provoque un daño a otra persona.

En definitiva, la culpa médica se emplaza en la responsabilidad penal que concierne a los médicos en su actuación. La responsabilidad penal se define como la obligación de responder ante la sociedad y ante los demás cuando, por la realización de una conducta determinada, se produzca un resultado tipificado en el Código Penal como delito.

Es opinión prácticamente unánime que el contrato de asistencia médica genera una obligación de medios (obligación de poner todos los medios disponibles en beneficio de la salud del paciente) y no una obligación de resultado (obligación de curar). Por ejemplo, la cirugía plástica cosmética era citada hasta hace poco tiempo como la excepción a este principio general. Sin embargo, cada vez gana más espacio la idea de que en esta especialidad médica también se establece una obligación de medios.

Además, en la responsabilidad contractual, para el demandante, basta probar el incumplimiento de la obligación, por lo que es importante precisar que, tratándose de una obligación de medios, para incumplimiento contractual, no basta el daño del paciente, sino el no haber puesto los medios necesarios para devolverle la salud. Es lo que en términos jurídicos ya referidos sería no haber actuado «con toda la diligencia de un buen padre de familia».

En suma, y a los efectos prácticos: tratándose de responsabilidad contractual, cuando la obligación es de medios, se debe probar tanto el daño como la culpa.

La obligación del médico en el ámbito civil se refiere a la obligación de resarcir daños o perjuicios ocasionados con motivo del ejercicio de la medicina. Involucra a todas las personas que en virtud de un título profesional o técnico realicen actividades destinadas a la conservación de la salud del hombre y abarca la responsabilidad por el hecho propio, por el hecho de los dependientes y por los daños ocasionados por la falta de mantenimiento y limpieza en los equipos e instalaciones. Comprende la obligación de indemnizar daños y perjuicios ocasionados por acciones u omisiones culposas o dolosas del profesional de la medicina, dentro del ejercicio de su ciencia.

Hacemos referencia a este tipo de responsabilidades porque la culpa de los profesionales de la salud, aún en sus aspectos científicos, es la culpa común o corriente que establece el Código Civil, esto es, un concepto de *lex-artis* pues no es posible sustraer al concepto de culpa leve, al de culpa profesional o *lex artis*. Este último dará las directrices por las que el facultativo deberá conducirse en el ejercicio de su ciencia, estas son: la Previsibilidad ya que el sujeto debe prever todos los riesgos conforme a los principios, conocimientos, reglas y técnicas de su profesión. Se entiende que es previsible todo cuanto pertenece a la *lex artis*. También tenemos un criterio hombre medio empírico: con culpa si no puso en la ejecución de su acción, la atención que puede concederle un “hombre medio en el ejercicio de su profesión”; esto es, si no previó lo que para éste era previsible. No se toma en cuenta el talento particular, por ejemplo: Si el “gran” cirujano ha puesto, en la intervención quirúrgica, la atención prescrita por la *lex artis*, no hay culpa, aunque él, personalmente, sea capaz de más.

Además, debemos tomar en cuenta la responsabilidad contractual del prestador de salud institucional o individual quien deberá indemnizar todo daño por:

- 1) No haber cumplido una obligación contenida en el contrato
- 2) Haberla cumplido de manera imperfecta
- 3) Haber retardado su cumplimiento por causas imputables a éste.

Habitualmente el contrato de prestaciones médicas se genera en forma verbal al ir a un centro asistencial a requerir atención médica, no obstante, hay una serie de documentación que van a delimitar el contenido de este contrato, es decir, aquello a lo que se obliga el prestador de salud. El primer documento que se genera como parte integrante de este contrato es aquel en que el paciente expresa su voluntad de someterse a una intervención médica cuya naturaleza y riesgos asociados hacen imprescindible que su consentimiento quede por escrito, previa información de todo lo relacionado con el tratamiento.

Por último, diremos que en la culpa médica han predominado dos criterios: La valoración en abstracto, según un tipo invariable, y la valoración en concreto, que juzga en cada supuesto la culpa del sujeto en atención a la calidad de éste y de las circunstancias particulares del caso. Así lo expresa Rezzónico cuando manifiesta que los deberes de las personas no son siempre idénticos y, a veces, exigen una diligencia especial en su cumplimiento por lo que, en tal caso, la culpa que se cometa siempre será más grave y la responsabilidad mayor si se tratara de una obligación cuya ejecución requiera una atención normal, y si en el cumplimiento de un deber está comprometido el orden público, la culpa será más grave que si lo está el interés privado.

De este modo, podemos decir que se sostiene que, cuando está en juego la vida de un hombre, el descuido o la negligencia más leves adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad; sin embargo, otras legislaciones sostienen que, en la práctica, la gran circunspección con que habrá de juzgarse al médico obligará a no condenarle sino en casos de culpa evidente, y la evidencia estará en relación directa con su gravedad.

Tampoco podemos, en todo caso, confundir el fracaso de un proceso de curación o cirugía con una conducta imprudente o negligente del médico; ni tampoco podemos decir que todo apartamiento de las reglas puede ser señalado como imprudente. Debe mirarse a cada caso concreto, a las condiciones de la enfermo, a la naturaleza de la enfermedad, etc. Diferente es el caso del médico que en el ejercicio de la profesión actúa de manera negligente o imprudente, o irrespeta los reglamentos sanitarios, y que, a causa de esto, provoque una enfermedad, lesión o muerte en el paciente. No podrá en este caso el médico ampararse en el

consentimiento que dio el paciente para la práctica de la cirugía o el tratamiento, por cuanto el consentimiento no se extiende a proteger la irresponsabilidad del médico.

#### 2.4.- ELEMENTOS DE LA CULPA MÉDICA

El delito culposo es un acto dañoso y nocivo, pero inintencional. La ley lo atribuye a consecuencia de la acción u omisión del agente. Siempre se dice que una acción se verifica "sin querer" cuando no es intencional, pero precisamente este acto no querido, que provoca un daño, se castiga como hecho culposo.

La categoría de los delitos de culpa está formada por los conceptos de imprudencia, negligencia, impericia en la profesión, arte, oficio o industria e inobservancia de situaciones regidas por la ley; además, mencionaremos a la relación de causalidad en la actuación médica:

2.4.1.- Impericia.- En el viejo Derecho francés se denomina como base de torpeza la falta de destreza, de habilidad, de propiedad en hacer una cosa, y se dividía en torpeza material y torpeza moral. En esta última, entra la culpa moral de la ignorancia profesional: el agente responde porque ha descuidado adquirir los conocimientos elementales y necesarios para el ejercicio de su profesión o arte. La torpeza es culpable cuando es grosera y podía evitarla el sujeto tomando ciertas precauciones.

El caso típico es el del albañil que desde el andamiaje en el cual trabaja deja caer un ladrillo que mata a un transeúnte.

No debe confundirse la impericia con la poca habilidad profesional, porque la ley exige en las personas que capacita para un determinado ejercicio profesional,

ciertas condiciones de estudio y formalidades probatorias, pero entre los capacitados hay diferencias de ingenio, de habilidad y de estudio.

El concepto de impericia se vincula al ejercicio de una profesión, arte o industria que exigen determinados conocimientos y habilidades y por ello suponen la sujeción de las reglas que impone la ciencia o la práctica y experiencia, considerándose perito quien se sujeta a tales reglas y es por ello sabio, experto, práctico y hábil, e imperito quien no las observa. (Yungano y otros, 1992).

Por lo tanto, la impericia es la falta, total o parcial de pericia, entendiendo por ésta, la sabiduría, conocimientos técnicos, experiencia y habilidad en el ejercicio de la medicina.

Sin duda resulta un tema complejo, en materia de culpa médica, la determinación del alcance y apreciación de la impericia médica in concreto.

Debemos señalar que hay opiniones que dicen que no cabría hablar de impericia en el caso de los médicos, ya que el diploma mismo los acreditaría como peritos, pudiendo darse tal figura generadora de culpa solo cuando alguien ejerce la profesión médica sin el título habilitante. Sin embargo, tales opiniones no tienen fundamento, así lo expresa Battaglini, quien manifiesta que: “el título universitario en todo caso puede constituir una presunción de capacidad o de pericia que resulta desvirtuada cada vez que se demuestra la falta de conocimientos o aptitudes indispensables”.

De Simone se refiere a la impericia como “la falta de la habilidad normalmente requerida para el ejercicio de una determinada profesión”, (p. 830) lo que puede derivar como lo piensa Avecone, de “la carencia de los conocimientos necesarios, o de la necesaria experiencia o de la ineptitud del profesional”.(Arteaga, 1984, p. 40)

De lo anotado, se desprende que la impericia no se da en todo caso de error o de demostrada inhabilidad del médico, sino sólo cuando se evidencia la carencia de los conocimientos y habilidades normalmente requeridos, y al margen de lo

simplemente discutible en el campo científico. La ciencia médica, al igual que otra ciencia, como lo expresa Battaglini, tiene una zona más o menos amplia de afirmaciones y resultados discutibles y un elemento de incertidumbre, sobre el cual no puede fundarse la culpa médica. Por lo tanto, el médico, tiene libertad para moverse en el campo de lo opinable y puede escoger entre uno u otro procedimiento terapéutico, siempre que se trate de medios serios y científicamente fundados, pero por supuesto, esta libertad no se la considera si en un caso concreto, la ciencia, la experiencia y la práctica, indican un medio superior y con las máximas garantías para la salud del paciente.

Alimena, citado por Arteaga (1984) expresa que si bien la impericia proviene de un campo profesional, ello que quiere decir que no pueda existir fuera de tal campo, sino simplemente que, fuera de él, se confunde, desde el punto de vista jurídico, con la imprudencia o la negligencia; y por otra parte, que debe tenerse presente que un profesional, en su ejercicio, puede incurrir simplemente en imprudencia, negligencia o inobservancia de reglamentos, órdenes o instrucciones, sin cuestionarse su sabiduría, práctica o habilidad, como podría ser en el caso de un profesional muy experto o hábil que realice un acto estando ebrio o que no tome en cuenta las precauciones elementales exigibles a cualquier persona, o que incurra en faltas de atención u olvidos, o que no observa normas destinadas a evitar daños a terceros.

Además, diremos que sin duda es muy importante determinar lo que los autores denominan: “pericia médica” que debe poseer el médico y cuya ausencia determina el reproche de culpa, es decir, el médico debe tener, en los casos concretos, los conocimientos normales ordinarios, que corresponden a su profesión.

La pericia que se exige es la pericia media, la pericia normal. Es decir se sancionará por no saber lo que normalmente se debe saber. Como lo señala la doctrina, lo que se castiga es el error profesional, no la falta de una habilidad, y por todo esto, es necesario tener presente que la impericia es un concepto relativo y no absoluto, susceptible de variar en el tiempo y en relación a otras circunstancias.

Finalmente, algunos autores colocan bajo el concepto de impericia, la denominada temeridad profesional, en la cual, el profesional, consciente de sus limitaciones, asume riesgos desproporcionados en homenaje a la más reprochable audacia. Sin embargo, tal vez con mayor precisión, otros autores han considerado que en tal hipótesis estaríamos frente a casos que responden más a un supuesto de imprudencia que de impericia.

2.4.2 Imprudencia.- El concepto de imprudencia exige una acción, consiste en obrar sin cautela, en contradicción con la prudencia. Es la culpa por acción, pues debemos considerar que los individuos están obligados a observar, en todas las circunstancias de la vida, aquellas condiciones bajo las cuales se hace compatible su conducta, de acuerdo con las enseñanzas de la experiencia, con los intereses jurídicos de los demás, y por tanto a dirigir sus cuidados y diligencias en tal sentido y emplearlos en tal medida, que no hay otro remedio sino conocer experimentalmente que ha cumplido con su deber. La conducta contraria es imprudente.

Según Jiménez de Asúa, (1999) la imprudencia supone el emprender actos inusitados, fuera de lo corriente y que, por ello, pueden causar efectos dañosos.

En el Derecho Español, se divide la imprudencia en temeraria y simple. Equivale la primera a la culpa lata, y la segunda a la leve. La imprudencia punible está integrada por tres elementos: una acción u omisión voluntaria no maliciosa, un mal efectivo y concreto y una relación de causa a efecto que ligue por modo evidente ambos extremos.

El concepto de imprudencia no puede definirse sino en relación a la prudencia, de la que constituye su negación, implicando ésta, el discernimiento, el buen juicio, la cautela, la circunspección, la precaución. Prudente es, entonces, quien actúa con tales cualidades o virtudes, e imprudente, quien carece de ellas.

Por lo tanto, el imprudente es quien actúa sin buen juicio, precipitadamente, con desprecio por las consecuencias que puedan derivar de la propia conducta.

Sin duda, la prudencia debe ser una de las virtudes médicas, pues es esencial que el médico ejerza su profesión con cordura, moderación y cuidado. Viene a ser un conocimiento idóneo y apto para realizar el acto profesional y requiere el ejercicio de valores y conductas que se conjugan con la experiencia para saber lo que se debe hacer y el trato que debe dar al paciente y a sus familiares.

La imprudencia es una de las formas que puede asumirse en la culpa; por ejemplo, dejar una pinza de operación dentro de un paciente durante una operación, además se complementa con la negligencia, que sería no sacar la pinza. También debemos decir que la realización de un acto innecesario es una forma de imprudencia. (Arteaga, 1984)

La imprudencia así implica el actuar desconsiderado y excesivo que, apartándose del buen juicio común que impone la experiencia, se materializa en actos precipitados contrarios a las precauciones ordinarias que deben tomarse para evitar daños a los intereses propios y ajenos.

Por lo tanto, podemos recalcar que el médico actúa imprudentemente cuando se comporta sin buen juicio, de una forma precipitada y sin interés en las consecuencias, sin que su comportamiento evidencie una falta de práctica o habilidad, lo que como ya vimos constituye la impericia.

Como señala Avecone, (1967) si un médico se decide a una operación arriesgada en extremo, conociendo los riesgos y sin tomar las precauciones necesarias, calculando solo aspectos científicos o económicos, será imprudente, pero si decide tal operación ignorando los riesgos de la misma, será imperito.

2. 4.3 Negligencia.- La negligencia es una omisión, desatención o descuido. Consiste en no cumplir aquello a que se estaba obligado, en hacerlo con retardo; es la falta de uso de los poderes activos en virtud de los cuales un individuo, pudiendo desarrollar una actividad, no lo hace por pereza psíquica.

Negligencia es, pues, imprevisión pasiva, falta de diligencia.

Según Guadagno (1967), la negligencia es la no realización de los actos a que se está obligado o de su realización desatenta.

Es, entonces, negligente quien deja de hacer o cumplir las exigencias que prescribe la experiencia común y que hacen por ello reprochable tal comportamiento.

Debemos agregar que coexiste una diferencia conceptual entre la negligencia común y la del médico. El médico incurre en este comportamiento cuando desatiende al paciente o no realiza en general los actos debidos, por falta de atención o por la pereza que domina su actuación, por lo que se produce un hecho dañoso. Según Jiménez de Asúa (1999), negligencia es un hacer menos, dejar de hacer o hacer lo que no se debe.

Como ejemplo, diremos los casos, que no son pocos, de suministro de medicamentos sin tomar en cuenta las contraindicaciones.

Sin embargo, también existen doctrinas que señalan que debe atenderse a las circunstancias de cada caso concreto y tomar en cuenta si existen complicaciones, la observancia de las reglas o procedimientos, las circunstancias del tiempo y del lugar, sobre todo en caso de cirugías, cuando por ejemplo sucedió que dejaron algún material de cirugía dentro del paciente.

2. 4.4.- La inobservancia de reglamentos.- La palabra reglamento se la considera en sentido amplio, comprende tanto los decretos reglamentarios propiamente dichos, como las leyes, ordenanzas y disposiciones de la autoridad que tengan por objeto tomar medidas propias para evitar accidentes o daños, para la seguridad pública y para la sanidad colectiva.

Las leyes obligan a todos los ciudadanos; sin embargo, algunas se dictan para determinadas personas, como las que se contraen al ejercicio de la medicina, de la abogacía, de la farmacia, de la odontología, de la ingeniería, etc. El profesional puede obrar de acuerdo con la ley que reglamenta el ejercicio respectivo, pero también con imprudencia o negligencia (Yungano y otros, 1992).

Esta inobservancia de los reglamentos y sobre todo de los deberes del cargo, constituye una forma de responsabilidad que podríamos enmarcarla en el ámbito administrativo, si no se ocasiona un daño al paciente; pero si le provoca un daño, sería susceptible de una sanción con una pena. En la medicina y en el tratamiento médico, sin duda existen una serie de condiciones y reglamentos incluso de carácter interno en una institución, que son de obligatorio cumplimiento.

Los reglamentos generalmente se dirigen a disciplinar a un determinado ramo de la actividad individual o social, a cautelar a señaladas empresas, y pueden emanar de la autoridad, o de los particulares, en las empresas privadas.

Cuando se trata de una violación de los reglamentos, que produce resultado perjudicial, basta la demostración de la trasgresión, sin necesidad de prueba de la previsión o no de las consecuencias, porque el legislador se ha sustituido a los ciudadanos en la tarea de previsión.

2. 4.5.-La relación de causalidad en la actuación médica.- El resultado médico que se produzca con la condición o un antecedente de cierto comportamiento del médico, sin el cual, no existiera tal resultado, es la relación a la que nos referimos en este punto. Y esta relación quedará interrumpida cuando interviene una circunstancia fortuita o excepcional que se hace cargo de tal resultado o que es suficiente por sí misma para producirlo. (Yungano y otros, 1992)

Avecone ( 1967) refiere, en este caso, que subsiste la relación de causalidad en cuanto al comportamiento médico, si el paciente muere como consecuencia de una infección tuberculosa latente en el organismo y que se desarrolló por el trauma padecido por obra de la intervención quirúrgica, y que queda interrumpido dicho nexo de causalidad entre el paciente y el comportamiento médico, en un hecho de negligencia que pone en peligro la vida del paciente, si aquel resultado se produce, por ejemplo, en la convalecencia, por la acción dolosa de una enfermera.

Los elementos de la culpa médica consideran principalmente esta clasificación que hemos analizado, sin embargo existen varios criterios que cuando se trata de este tema, incorporan varios aspectos más que deben analizarse.

Finalmente diremos que los delitos culposos configurados por nuestro Código Penal se componen del elemento subjetivo de la voluntariedad en el hecho inicial y de un coeficiente culposos, consistente en la imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia, que en algunos casos, se exige aisladamente, y en otros, en forma alternativa.

La noción de previsibilidad es necesaria en los casos de imprudencia o negligencia, porque la una y la otra se manifiestan objetivamente como un efecto en la valuación de las consecuencias de la actuación propia.

Además, cuando la imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia son atribuibles a varias personas, cada una responde en la medida de su culpa, la de uno no excusa la del otro, no hay tampoco complicidad. La complicidad exige una misma intención criminal, y en la culpa no existe la voluntad de producir el resultado. La culpa de cada persona forma un elemento constitutivo del delito.

## 2.5.- LA CULPA DEL MÉDICO EN EL DIAGNÓSTICO, PRONÓSTICO, ESCOGENCIA DEL TRATAMIENTO Y EJECUCIÓN DEL TRATAMIENTO

Nos corresponde ahora analizar brevemente las modalidades de la culpa en las diferentes etapas de la actuación del médico.

2.5.1.- En el Diagnóstico.- En el diagnóstico, le corresponde al médico determinar la naturaleza de la enfermedad del paciente y tipificarla en el ámbito de la patología médica. Par ello deberá recolectar todos los datos acerca de la enfermedad, el estudio y la interpretación exacta de los síntomas, la utilización de todos los medios que la técnica entrega, la interpretación de los fenómenos que presenta el cuerpo en caso concreto, así como su evolución, etc.

Puede el médico errar en este caso, ya sea por cuanto los datos obtenidos son errados o por una errada interpretación de los mismos. Debemos manifestar que el diagnostico en verdad es susceptible de error, pero no por ello podemos decir que el médico está libre de culpa en todos los caso ni tampoco podemos decir que todos los casos de error en el diagnóstico deben acarrear una sanción.

Se debe observar que, con el avance de la técnica y el conocimiento científico, existen en la actualidad casos en que el diagnóstico exacto es posible y en otros casos no. Con este mismo criterio, podemos decir que la ciencia médica cada día va llegando a conclusiones, ciertamente serias, confiables y seguras, por lo que el médico ve cada vez más reducida su posibilidad de interpretar el diagnóstico. El médico empero puede con su criterio basado en la experiencia, con el análisis del caso concreto interpretar los síntomas y datos obtenidos para dar un diagnóstico, y si este es erróneo no siempre será sujeto a reproche, lo será si interviene uno de los elementos de la culpa médica analizados anteriormente y que produzcan un resultado típico.

2.5.2.- En el pronóstico.- Al diagnóstico le sigue el pronóstico de la enfermedad “que tiene que ver con la opinión del médico sobre la evolución del mal y sus efectos previsibles, de acuerdo con los conocimientos científicos y con su experiencia en el campo del ejercicio profesional.” (Arteaga, 1984, p. 69)

Si existe un error en el pronóstico, existirá error en el tratamiento, es decir puede suministrarse medicamentos o someterle al paciente a curaciones inútiles si el pronóstico es equivocado. O si no puede ocurrir que exista una omisión en cuanto a posibles efectos. Puede existir un diagnóstico correcto y un pronóstico equivocado, o ambos pueden ser equivocados.

2.5.3 En la escogencia del tratamiento.- Posterior al diagnóstico y al pronóstico viene el tratamiento que es el camino que se debe seguir para curar la enfermedad del individuo. Con el avance de la técnica y los conocimientos científicos que se tiene hoy la probabilidad de error en este caso es muy reducida pero puede darse y es punible por culpa si se dan los presupuestos antes enunciados al analizar la culpa médica. Debe considerarse que para que sea punible por culpa además debe considerarse a cada caso concreto en particular y además debe hacerse un análisis adecuado sobre la base de criterios científicos y de la experiencia para poder hablar de culpa, pues es fácil decir que porque se ha escogido suministrar tal o cual medicina se produjo la muerte o porque no se lo hizo se obtuvo tal resultado fatal.

2. 5. 4.- En la ejecución del tratamiento.- En esta fase se manifiestan los errores cometidos en el diagnóstico, en el pronóstico o en escogencia del tratamiento.

A este respecto, vamos a citar a Arteaga Sánchez (1984), quien a su vez cita a Alberto Crespi al manifestar que:

“los errores en esta etapa pueden ser de la más diversa especie, desde un tratamiento completamente equivocado, sobre la base de un diagnóstico erróneo hasta la más variada gama de lamentables y funestas equivocaciones y comportamientos reprochables. Pueden tomar forma en indicaciones erradas en cuanto a un medicamento, por ignorancia (impericia), o por descuido, al no tomar en cuenta las contraindicaciones (negligencia), o por la prescripción de medicinas de cierta peligrosidad a un paciente corriendo riesgos innecesarios y desproporcionados (imprudencia)” (p. 70).

En el análisis de este punto, debemos hacer especial referencia a la actuación del cirujano, quien por su delicada actividad y por lo riesgosa de ella puede dar lugar a resultados infaustos. En este caso, luego del estudio de cada caso concreto, se deberá establecer si el cirujano es responsable a título de culpa por las lesiones que produjo o por la cercenación innecesaria de un miembro, o por el daño en la salud o en el cuerpo del paciente, o por practicar la intervención sin considerar las condiciones o preparación para ello, o el olvido de gasas o instrumentos en el interior del cuerpo, todo ello por cuanto ha obrado con negligencia, imprudencia, impericia o no ha observado adecuadamente las normas.

### CAPITULO III

#### El ABORTO

En nuestro estudio acerca de la responsabilidad penal del médico en los delitos contra las personas, nos corresponde ahora analizar al aborto. El legislador ecuatoriano ha endurecido las penas en razón de la profesión del médico si es ésta persona quien practica el aborto. Pensamos que es acertado este agravante, mas creemos que se debe aplicar la misma formula para los casos de las lesiones y el homicidio culposo, pues como tratamos en el capítulo anterior es una situación muy compleja y responde ala realidad actual. Lamentablemente la culpa médica no esta contemplada en nuestra legislación; el Ministerio Público y la Función Judicial deben estirar al máximo el cuerpo legal existente para tratar de encontrar las pautas que guíen los pocos procesos que por estos delitos se instauran en contra de médicos en nuestro país. Al desarrollar este capitulo creemos pertinente partir de algunas generalidades en relación al aborto, para posteriormente hablar de los diferentes tipos que contempla nuestra legislación.

#### 3.1.- GENERALIDADES

Se estima que alrededor de 50 millones de mujeres al año recurren al aborto inducido para terminar con un embarazo no deseado. La legislación acerca del tema varía de un país a otro, pero la tendencia a nivel global es la adopción de leyes más liberales. Desde 1985, una veintena de países alrededor del mundo han liberalizado las leyes en relación con el aborto. Cerca del 70% de la población

mundial vive en países donde el aborto inducido está permitido , ya sea sin restricciones en cuanto a su causa o por razones socioeconómicas, mientras que el 25% vive en países que lo prohíben completamente o lo permiten solo para salvaguardar la vida de la madre.

Los casos de aborto se van multiplicando con el pasar de los años, quizás debido a muchas circunstancias de índole económica, social, al debilitamiento de las costumbres o al cambio de épocas, y de actitud frente a los problemas morales, etc. En definitiva, los casos de aborto aumentan día a día, y es precisamente por ese motivo que se hace cada vez más polémica la temática. Justamente hoy, a nivel mundial, entra a debate su despenalización, en ciertos casos algunos países adoptarán esa vía o ya lo han hecho, como lo hemos expuesto al principio del capítulo.

Nuestro país no escapa a la problemática y es común escuchar, en campañas de diferente índole, argumentos a favor y en contra del aborto y su actual reglamentación. El aborto como hemos dicho, ocurre, y a diario; en nuestro país, las cifras de algunos análisis muestran que el aborto prácticamente no es sancionado; incluso si comparamos con otros tipos de delitos los casos de penas impuestas por el delito de aborto son mucho menores, y los casos que han llegado a los Tribunales son aquellos que han causado tal alarma que su ocultamiento no ha sido posible. Esta situación, calificada por Jorge Zabala Baquerizo como “la cifra negra” es provocada por la incriminación en el acometimiento del delito desde la misma madre, hasta el entorno familiar y social más íntimo, y el desinterés ciudadano por denunciar este tipo de delito. Debemos recordar empero, que nuestra legislación si sanciona al aborto y que nuestro Código Penal hace referencia al tema claramente, pero, lamentablemente quizás el legislador, el Estado, o el ciudadano mismo, se contentan con saber que en nuestro país se regula el aborto pero que en la práctica es un hecho que a pesar de ser considerado en muchos casos como delito, queda en la impunidad.

Como lo estudiaremos más adelante, nuestra legislación, así como en la mayoría de los países, deja abierta la ventana a quien puede ser el sujeto activo del aborto, es decir cualquier ciudadano (Art. 441, 445 del Código Penal por ejemplo); en tal

virtud, el médico no escapa de ser sancionado como agente que realiza medios abortivos. Mucho más aún, nuestra legislación agrava al delito en relación de la profesión si el aborto es provocado por los médicos (Art. 446 del Código Penal “En los casos previstos en los Arts. 441, 443 y 445, si el culpado es médico, tocólogo, obstetrix, practicante o farmacéutico, la pena de prisión será reemplazada con reclusión menor de tres a seis años, la de reclusión menor con reclusión mayor de cuatro a ocho años y la de reclusión mayor ordinaria con la extraordinaria de doce a diez y seis años”. Esto por la situación del profesional de la medicina de ser el agente que cuida la vida y la salud de las personas. Es más en nuestro país los abortos se practican principalmente en clínicas y consultorios clandestinos, donde son los médicos quienes realizan estas prácticas, y, como hemos dicho, en el noventa por ciento de los casos estos quedan en la impunidad por cuanto es la madre, luego su familia y el entorno social los que lo consienten y, por ende, ocultan el aborto.

Ahora bien, históricamente el aborto fue citado, aunque no de una manera general, desde el Código de Hammurabi; incluso se lo trató de normar entre los pueblos asirios y persas, también entre los judíos. Es famosa la cita que hace el Antiguo Testamento, según la Biblia Hebrea, en el Éxodo XXI, : “22. Si en riña de hombres golpeare uno a una mujer encinta haciéndola parir y el niño naciere sin más daño, sea multado en la cantidad que el marido de la mujer pida y digan los jueces; 23. Pero si resultare algún daño, entonces dará vida por vida...”. En India y en Egipto no fue considerado un ilícito. En Grecia, en principio no se castigó el aborto por cuanto se consideraba al feto una parte del cuerpo materno, y lo que más bien se protegía era el interés del padre quien tenía la última palabra en el caso de procedibilidad del aborto. Platón y Aristóteles aconsejaron el aborto como medida para detener el excesivo crecimiento poblacional. El orador Lisias acusó a un autor de aborto como reo de homicidio, esto sin duda obedeciendo que en las leyes lacedónicas pusieron al feto ya bajo protección del Estado. En el derecho romano se lo conoció como *procuratio abortus*; el niño en esa época, igualmente era considerado parte de la madre, por cuya razón el aborto era impune. A partir del año 200 D. C. a partir de la era de Séptimo Severo, se empiezan a emitir penas, condenando incluso a la mujer al destierro si fuese ella quien provocó el aborto. Se trataba de proteger principalmente el derecho del hombre a quien se le afectaba en

su posibilidad de ser padre. Posteriormente, con la influencia del Cristianismo se sancionó al aborto ya no solamente por afección de los derechos del hombre sino por la trasgresión de las leyes morales.

Con posterioridad, Mezger (2004) analiza que en el Derecho Germánico se considera al aborto como una especie de hechicería o una especie de homicidio, esto principalmente por la influencia cristiana.

La iglesia consideró al aborto como una especie de homicidium, y siempre ha considerado al aborto como un asesinato; y como es fácil colegir, en todas las legislaciones de países en que domino la civilización Cristiana se consideró al aborto como un crimen. La Iglesia siempre vio con horror al aborto, y ha tratado por todos los medios de impedirlo. La penas que la iglesia ha dado a los autores del delito siempre fueron muy severas, incluso negando la comunión aun en trance de muerte; posteriormente estas penas fueron suavizándose, ya que eran proclives a abusos.

Mas tarde los Códigos Penales de todo el mundo empezaron a incriminar al aborto, desde muchas ópticas, la moral, la racial, etc; pero en definitiva es general el hecho de que el aborto se llegó a penalizar en todo el mundo, los últimos países en hacerlo fueron la URSS a mediados del siglo XX y el Uruguay en 1938. En cambio, en los últimos años, muchos países lo despenalizaron por completo o lo permiten en ciertas circunstancias.

En nuestro país, desde la aparición del Código Penal de 1837 hasta el actual, se ha sancionado al aborto, al cual se lo ha incluido en diferentes capítulos e igualmente se lo ha visto de diferentes ópticas, pero en general nuestra legislación permanentemente ha sancionado al aborto.

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, al hablar del aborto lo define así, en su segunda acepción: “Interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas. Puede constituir eventualmente un delito”.

La palabra aborto proviene del latín abortus (ab=separación; ortus de oriri= nacer), que podría traducirse como mal nacimiento, mal parto, parto anticipado, lo nacido antes de tiempo. Debemos en este punto recordar que nuestra legislación protege al ser desde que es concebido; por tal motivo es fácil distinguir que lo que tiende a defenderse al ser tratado como figura delictiva es la vida del ser humano desde que es concebido hasta que nace, pues desde ese momento vendría a calificarse como homicidio; en este sentido, el aborto vendría hacer según Mezger (2004) un “delito contra la vida incipiente”. (p.37).

Según López Bolado (1981) el aborto puede definirse como :“la interrupción del proceso fisiológico de la preñez, con muerte del producto de la concepción en el seno materno o mediante expulsión”. (p. 115) Debe destacarse en esta definición que no encontramos la condición de que se dé la expulsión para que se dé el aborto, sino que se puede producir, incluso sin que esta situación se produzca. Se justifica ello con lo que nos enseñó Carrara al manifestar que puede producirse el aborto sin que el feto sea expulsado, o que este efectivamente sea expulsado pero que se trate de un parto prematuro, y así un sinnúmero de situaciones.

Jorge Zabala Baquerizo (1999) conceptúa al aborto como “la conducta dirigida intencionalmente a matar al feto, cualquiera que sea la fecha de gestación del mismo”.

Las leyes penales, en la mayoría de los países, no dan una definición de lo que es el aborto. Nuestra legislación se ha sumado a esa corriente y no consagra un concepto legal del aborto. La legislación mexicana es la única, de entre las iberoamericanas, que define al aborto “...es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez” (Goldstein, 1983, p. 9)

El bien jurídico que se quiere proteger es, sin duda el de la vida humana. Este es el más alto bien jurídico; la libertad, el honor, etc; están ligados a la persona mientras esta tenga vida; por ello el Estado protege al titular de ese bien desde sus primeros orígenes y no solo desde el momento en que nace.

Han existido varias legislaciones que no han considerado que la vida sea el bien jurídico protegido cuando se trata del aborto, especialmente en países de Europa, donde se ha hablado de la moral, factores raciales, la nación, la familia o en autores como Jiménez de Azua han manifestado que el bien jurídico protegido es el interés demográfico de la sociedad.

Para nosotros, y en nuestra legislación, queda claro que el bien jurídico protegido es la vida humana aunque sea en desarrollo o “incipiente” como anotamos en líneas anteriores. Tampoco es que se protege a una esperanza de vida, sino a la vida misma, ya que esta se encuentra en el embrión o en el feto, los mismos que tienen vida (Zabala Baquerizo, 1999). Nuestro Código Penal incluye el delito de aborto en el Título VI, reservado a los delitos contra las Personas y dentro del Capítulo I, que describe los delitos contra la vida. Quizás este encasillamiento ha causado reparos entre algunos estudiosos del Derecho, quienes plantean que el aborto no es un delito contra las personas, pues el feto no es persona biológicamente ni jurídicamente; en cambio, si es un delito contra la vida; en fin, criterios valederos que deben ser tomados en cuenta por el legislador, quien tiene el deber ineludible de acudir a ellos para, de la manera más precisa, elaborar la normativa.

El aborto también trae consigo algunas consecuencias en relación a la madre, pues resultaría protegida la vida del germen con independencia a la vida de la madre, a pesar de que ambas se encuentran entrelazadas. Estas consecuencias serían si la madre consciente o no, igualmente, la muerte de la mamá resultaría una agravante, porque además de la vida por nacer, la vida de la madre se vería afectada.

De igual manera si peligra la vida de la madre o su salud, se podría recurrir al aborto sin que se incrimine a persona alguna. La doctrina también considera que si el embarazo es producto de una violación puede ser interrumpido.

En estos casos, en la mayoría de legislaciones se hace hincapié al médico y su relación con este nuevo objeto de estudio. Nuestra legislación agrava como hemos dicho anteriormente al delito en caso de que sea producido por un médico, ya sea que el aborto se haya dado sin el consentimiento de la madre, o que este

efectivamente haya sido dado, o que el resultado de las prácticas abortivas sean la muerte de la mujer. En cambio hace referencia a la inimputabilidad en el caso de que el médico haya practicado un aborto terapéutico o eugenésico ( Art. 447 del Código Penal).

La ley penal trata de manera especial y privilegiadamente al aborto, incluso con menor severidad si comparamos con otros delitos contra la vida por cuanto “lo que se destruye es un germen y no una vida independiente definitivamente adquirida”. (López Bolado, 1981)

Los medios abortivos pueden ser muchos pero para algunos se los ha dividido en dos grupos o categorías, químicos y mecánicos (Chico Peñaherrera, 2004), según se empleen para ello sustancias (químico) o acciones (mecánico). Otros autores como Carrara los dividen en físicos (sustancias), morales ( sustos o temores) y mecánicos (golpes), Giovanni Carmignani, en cambio, los divide en físicos o mecánicos y morales.

No debemos olvidar tampoco que no todo está dicho con relación al tema. El avance de la ciencia, la fecundaciones in Vitro o el progreso de la genética puede variar los criterios en relación al aborto e incluso por ejemplo podríamos en el futuro mediante la genética tener casos en que pueda el embrión y el feto surgir fuera de la matriz materna, en cuyo caso se debería reescribir gran parte de la doctrina y legislación con relación al aborto.

3.1.1- Diversos criterios.- Las legislaciones de todo el mundo tratan de diversa manera el aborto. Así por ejemplo países como Chile y El Salvador prohíben el aborto en cualquier situación, otros como Panamá, Paraguay o Venezuela permiten el aborto para salvar la vida de la mujer, o por razones de salud mental o física de la mujer, como en el caso de Argentina, Suiza, Uruguay, España, Australia o Botswana, además por razones socioeconómicas como el caso de Finlandia, Gran Bretaña, India, Japón y Taiwán y finalmente encontramos legislaciones que permiten al aborto sin que exista ninguna condición relacionada con la causa del mismo con ciertas “restricciones” como el consentimiento de terceras personas, la

voluntad de la mujer, etc. Ejemplos de este tipo de legislación encontramos en Canadá, China, Francia, Hungría, Sudáfrica, Camboya, Guyana, Puerto Rico.

Lo que ahora nos corresponde analizar los diversos criterios que han adoptado esas legislaciones para regular de tal o cual manera al aborto.

Partamos del criterio del aborto provocado sin el consentimiento de la madre. Es aceptado generalmente como delito en todas las legislaciones incluso en la nuestra, como lo prueba el Art. 441, del Código Penal cuando dispone: “El que por alimentos, bebidas, medicamentos, violencias, o cualquier otro medio hubiere intencionalmente, hecho abortar a una mujer que no haya consentido en ello, será reprimido con tres a seis años de reclusión menor...”

Es un poco ocioso analizar este primer tema, pues como hemos dicho el aborto sin consentimiento, es mundialmente aceptado como delito, fundamentado por principios generales y criterios razonables. El problema y la controversia se sucede cuando analizamos el aborto consentido. A escala mundial el problema y los argumentos en pro y en contra son múltiples.

Nosotros analizaremos el tema a continuación siguiendo el enfoque que en su obra “Los médicos y el Código Penal”, toma Jorge López Bolado.

El mentado autor manifiesta que para unos el aborto es siempre un delito, y que por ello debe ser siempre incriminado y sancionado, así medie el consentimiento de la madre; esto por cuanto lo que se trata de proteger es la vida de las personas y que la legislación –como la nuestra- protegen al ser humano –biológica y jurídicamente- desde el momento de su concepción. La madre por lo tanto, a pesar tener el Derecho de disponer de sí misma, no podría irrespetar el producto de la concepción; es decir, de la vida de otro.

En igual forma, esta posición manifiesta que existen una serie de bienes jurídicos tutelables que se verían afectados de dar cabida al aborto consentido, tales como el Derecho del padre a tener descendencia, la ética, la moral, las buenas costumbres, etc. Así mismo se dice que provocaría el cometimiento de algunos delitos como

son adulterio o el duelo. La moral sexual se vería gravemente lesionada de existir la libertad de abortar.

El aborto provocado por médicos, a pesar de mediar el consentimiento de la mujer, constituye un grave peligro para la vida de la mujer y del producto de la concepción, el médico, además podría caer en censurables actos que contrarían su ética profesional y personal que siempre debe llevar consigo.

En cambio, la posición en contrario, expone lo siguiente:

El aborto consensual es un hecho que no puede ser incriminado por cuanto el producto de la concepción forma parte de la madre, y aunque eso fuese discutible, la situación escapa al Derecho Penal. Se sostiene que la mujer puede lesionarse o suicidarse y que en tal virtud puede disponer de su cuerpo mediante el aborto con la misma libertad.

Se manifiesta así mismo que no existe claramente un bien jurídico tutelable por cuanto este reside en la mujer misma. Que los criterios demográficos u otros no caben por cuanto en la misma medida se debería sancionar a los métodos anticonceptivos o la esterilización voluntaria. Se dice que el Derecho Penal no puede inmiscuirse en el ámbito de lo moral o lo ético, pues de darse este caso, muchos delitos quedarían en la impunidad. Se dice que con el aborto se evita en el ser humano traumas, sufrimientos, degeneraciones.

Se cree además que la ley resulta ineficaz por cuanto el aborto se practica con el mayor secreto o por la benevolencia de los jueces, y que serían las clases menos pudientes las realmente afectadas. Que los médico pudieran realizar el aborto de una manera mas técnica y con las condiciones que se exigen en toda práctica médica y que la prohibición del aborto lo que hace es que este se vuelva más peligroso por cuanto se lo realiza de una manera clandestina.

Nuestra legislación, en cambio, como la mayoría de países del mundo, recoge una tercera posición. Reconoce al aborto como un delito, pero se deben considerar algunos elementos como la atenuación de la pena en caso de que concurra el consentimiento, y el establecimiento de excepciones razonables.

Así, nuestra ley se adhiere a este último criterio, mas generalizado a nivel mundial, como se advierte en la siguiente disposición:

El Art. 441 del Código Penal, primer inciso dice “El que por alimentos, bebidas, medicamentos, violencias o cualquier otro medio hubiere, intencionalmente hecho abortar a una mujer que ha consentido en ello será reprimido con tres a seis años de reclusión menor.”.

Igualmente el mismo Código Penal, en el art. 443 dice: “El que por alimentos, bebidas, medicamentos o cualquier otro medio hubiere hecho abortar a una mujer que ha consentido en ello, será reprimido con prisión de dos a cinco años”.

El Art. 447 del Código Penal: “ El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer encinta, o de su marido o familiares íntimos, cuando ella no estuviere en posibilidades de prestarlo no será punible:

1.- Si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o salud de la madre, o si este en peligro no puede ser evitado por otros medios, y;

2.- Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en mujer idiota o demente. En ese caso, para el aborto se requerirá el consentimiento del representante legal de la mujer”.

### 3. 2.- EL ABORTO DELITO EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

Como manifestamos anteriormente, nuestra legislación, como en la mayoría de países, no define al aborto, pero podemos partir de un tipo base o conducta base (Zabala Baquerizo, 1999), la misma que está presente en el Art. 441 del Código Penal “El que por alimentos, bebidas, medicamentos, violencias o cualquier otro

medio hubiere, intencionalmente, hecho abortar a una mujer que no ha consentido en ello será reprimido con tres a seis años de reclusión menor. Si los medios empleados no han tenido efecto se reprimirá como tentativa.”

Del tipo base, podemos deducir que la existencia del embarazo es la condición indispensable para que exista el delito. La mujer debe estar fecundada al tiempo de cometerse el delito; si lo que se impide es la fecundación, no podríamos hablar de aborto. Dicho embarazo implica la existencia de un feto el cual debe estar con vida y debe morir a raíz del aborto, esto por cuanto, como ya hemos analizado antes, el feto es protegido como embrión de la vida humana, como vida misma, y si el feto muere fuera del vientre debe morir consecuencia de la expulsión; si viviese y se lo mata luego vendría a constituirse un homicidio.

Tenemos, además, al sujeto pasivo, el feto, el cual vendría a ser el titular del bien jurídico protegido, por cuanto debemos recordar que el Estado lo que protege es la vida y, por ende, el feto vendría a ser titular de ese derecho, a pesar de que para algunos tratadistas fuese algo errado por cuanto el feto no es persona y las personas son las únicas titulares de derechos. El feto, para que sea considerado como sujeto pasivo debe estar vivo, no es suficiente que existan maniobras abortivas dentro del vientre materno para que se constituya el delito de aborto, sino es indispensable que el feto exista y esté vivo y que muere como producto de las maniobras abortivas.

El Estado hace una diferenciación entre la vida del feto y la vida de una persona, pues, efectivamente, existe una diferencia entre la expectativa de ser persona y la persona misma. Esta distinción se hace visible en tanto en cuanto el Estado reconoce diferente penalidad cuando se trata de la extinción de una vida o de otra o cuando reconoce el aborto terapéutico y el eugenésico donde el valor de la vida del feto cede ante el valor de la vida y salud de la madre. (Zabala Bauqrizo, 1999)

Se considera además que, en el caso del tipo base ( art. 441 del Código Penal) la madre vendría a ser un sujeto pasivo secundario, por cuanto se viola su Derecho a ser madre y se causan lesiones en su cuerpo.

Tenemos las maniobras abortivas idóneas (medios idóneos). En este tema, se considera generalmente que deben ser violentos, aunque en la realidad cualquiera puede ser el medio utilizado que provoque el aborto, inclusive medios psíquicos, como señala López Bolado, o medios morales, como los llama en cambio Zabala Baquerizo. En fin hay una serie de divisiones y subdivisiones propuestas por algunos autores, como citamos líneas arriba; pero está claro que toda violencia ejercida sobre la mujer encinta con el objeto de hacerle abortar es un medio idóneo para lograr el resultado positivo; esto es el uso de golpes, la introducción de aparatos extraños al cuerpo, etc. De igual manera tenemos los venenos, que vendrían a ser sustancias químicas provocadoras de abortos.

Los medios psíquicos o morales son de difícil comprobación; pero, efectivamente, existen; por ejemplo las amenazas, o el causar gran temor o susto en la mujer embarazada a sabiendas de que es muy susceptible, son medios idóneos.

En definitiva, cualquier medio puede ser idóneo para provocar el aborto; no existen por lo tanto medios exclusivos, por cuanto insistimos todo medio en determinadas circunstancias puede ser abortivo. Así el citado Art. 441 del Código Penal claramente y acorde a lo antes anotado, manifiesta “El que por alimentos, bebidas, medicamentos, violencias o cualquier otro medio hubiere...hecho abortar a una mujer...”.

Tenemos entre los elementos subjetivos al dolo, calificado en el Art. 441 del Código Penal con la palabra “intencionalmente”. Al tratar el tipo base que es el artículo antes citado, podemos fácilmente colegir que el dolo está dado con la voluntad dirigida –en el caso del aborto- de matar al feto, en la forma prevista y deseada por el agente, utilizando para ello cualquier medio.

Un segundo elemento subjetivo es el consentimiento de la mujer, es un elemento negativo. El Art. 441 del Código Penal establece que “...hecho abortar a una mujer que no ha consentido en ello...”. Este elemento es de suma relevancia, con su concurrencia o falta varía además la penalidad de la misma (nos referimos a los arts. 441 y 443 del Código Penal). El consentimiento en el caso del Art. 441, no debe existir por regla general.

El consentimiento, de existir –excepción- se da para que se produzcan las maniobras abortivas dentro del organismo de la mujer mismo. El consentimiento que la mujer da, no debe presumirse jamás, debe ser expreso mediante un acuerdo o en forma tácita, mediante actitudes o actos positivos o medios inequívocos mediante los cuales un tercero colija que la mujer ha consentido en la práctica del aborto. El consentimiento no debe estar viciado por error o ignorancia. La mujer puede retractarse de haber consentido en el aborto hasta el momento mismo en que va a ser intervenida.

El consentimiento debe ser dado por la mujer embarazada. No puede darse el consentimiento que provenga de ninguna otra persona o de una delegación o representación, ninguna persona puede excusarse al cometer el delito de aborto diciendo que es padre y que actuaba en representación de su hija menor de edad o que es guardador, etc. Con excepción del Art. 447 del Código Penal, el cual estudiaremos en adelante, pero en lo que respecta al tipo base (art. 441 Código Penal), la regla es la anotada en líneas anteriores.

Nuestra legislación hace solamente la excepción manifiesta en el citado Art. 447 del Código Penal en el caso del aborto terapéutico o eugenésico: “El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer o de su marido o familiares íntimos, cuando ella no estuviere en posibilidad de prestarlo, no será punible: 1. Si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; y, 2. Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente. En este caso, para el aborto se requerirá el consentimiento del representante legal de la mujer”.

Debemos anotar que el consentimiento en materia de aborto, difiere del consentimiento que involucra a la capacidad en materia civil. Pongamos el ejemplo de la menor de diez y siete años, quien presta su consentimiento para que se realicen prácticas abortivas en su cuerpo, estando ella en plena lucidez, simplemente si da ese consentimiento ¿legalmente no existiría? Quizás como señala Jorge Zabala Baquerizo debería ser el juez quien valore esa conducta, por

cuanto no se trata de convalidar un negocio jurídico sino de que ese consentimiento fue dado por la mujer en plena capacidad psíquica. Además, corresponde a la mujer decidir sobre si aborta o no, y si esta es menor de edad debería pues considerarse su consentimiento en materia de aborto.

Para fines de nuestro estudio en lo que tiene relación a la responsabilidad penal del médico en los delitos contra las personas, es preciso hacer referencia al aborto consentido y al aborto seguido de muerte.

3. 2.1.- Aborto Consentido.- En relación al aborto consentido nuestro Código Penal, en el art. 443 dice: “El que por alimentos, bebidas, medicamentos o cualquier otro medio hubiere hecho abortar a una mujer que ha consentido en ello, será reprimido con prisión de dos a cinco años”. Ya hemos hablado del consentimiento como elemento fundamental para establecer la responsabilidad de una u otra persona frente al delito de aborto.

En este caso, tenemos que existe una relación directa entre el autor y la mujer, dándose a entender quizás que lo que ocurre es que, luego de súplicas o presiones, la mujer ha consentido en abortar, lo que ocurre en realidad es al revés, puesto que en la mayoría de los casos es el agente el que cede a los ruegos y presiones de la mujer. A quien se reprime es solamente a quien hace abortar. (Torres Chávez, 2001)

Debemos tener en claro que se debe distinguir entre el consentimiento que exige la ley penal en el caso del aborto, y el consentimiento de aquella mujer que es imputable penalmente, es decir de la mayor de edad. Al respecto, y para que quede clara la situación, Xavier Zabala Egas, citado por Zabala Baquerizo, al respecto expresa:

“El consentimiento para abortar puede ser otorgado por una mujer embarazada menor de 18 años; pero eso no significa que la punición de la menor sea posible, pues la ley penal sólo supone la imputabilidad de la mujer como sujeto activo del delito, pero es válido jurídicamente el consentimiento y la responsabilidad penal es inexistente”. (p. 75)

En el caso del aborto consentido, debemos manifestar que la mujer vendría a ser coautora del delito de aborto, por cuanto la víctima exclusiva vendría a ser el feto que está en su vientre, el cual como hemos dicho anteriormente es una vida independiente; es coautora conjuntamente con la persona que practica el aborto, quien actúa con el consentimiento de la madre. El agente o tercero que provoca el aborto debe estar completamente seguro de que el consentimiento se dio, y este consentimiento debe ser, como manifestamos ya expreso o tácito y no debe suponerse jamás. Si es que el tercero hace abortar creyendo que la mujer tenía ese deseo o creyendo que la mujer ha consentido sin que efectivamente haya ocurrido ello, responderá por el delito de aborto no consentido, de igual manera si lo que la mujer consintió es la extirpación de algún tumor u otro elemento y lo que en verdad existe es un feto, el agente no puede decir que hubo consentimiento por cuanto el consentimiento de la mujer no era para practicar el aborto. Se debe distinguir como anota Zabala Baquerizo (1999) entre el aborto sin consentimiento y el aborto contra el consentimiento, en el primero se actúa obligando a la madre a permitir el aborto; en el segundo, se obtiene el consentimiento mediante el engaño.

3.2.2.- Aborto seguido de muerte.- Nos corresponde ahora analizar el aborto seguido de muerte. El Art. 445 del Código Penal establece que “Cuando los medios empleados con el fin de hacer abortar a una mujer hubieren causado la muerte de esta, el que los hubiere aplicado o indicado con dicho fin será reprimido con tres a seis años de reclusión menor, si la mujer ha consentido en el aborto; y con reclusión mayor de ocho a doce años, si la mujer no lo ha consentido”.

En este ilícito podrían existir dos clases de autores, los ejecutores directos y los indirectos que podrían ser consejeros o guías. El medio utilizado puede ser cualquiera que busque la muerte del feto. De igual manera se actúa dolosamente con respecto a que se busca la muerte del feto, y los medios utilizados son dirigidos en ese sentido, y son estos mismos medios los que causan la muerte de la mujer. Es decir, debe existir un nexo entre el resultado muerte de la mujer y los medios abortivos, sean estos los idóneos o no. Esta disposición para algunos autores como Efraín Torres Chávez, tiene un claro delito preterintencional, porque el agente no quiso la muerte de la madre, sino solamente el aborto o muerte del

feto, situación –la muerte de la mujer- que puede ser provocada por la falta de previsibilidad.

Existe gran discusión en la doctrina con respecto a la ubicación correcta del tipo penal que estamos analizando. Algunos manifiestan que se trata efectivamente de un delito preterintencional, otros que se trata de un delito agravado por el resultado, etc. Nosotros recogeremos lo que tanto acierto y claridad manifiesta el profesor Jorge Zabala Baquerizo (1999) al momento de hacer prevalecer su criterio con respecto al tema:

“...hemos explicado la diferencia que existe entre el delito calificado por el resultado y el delito preterintencional, y hemos dicho que aquel es el que, suprimido el resultado, no desaparece el delito, en tanto que el delito preterintencional es aquel que desaparecido el resultado no querido, desaparece también el delito. Así, en el caso del incendio intencional con resultado de una muerte no querida, desaparecida esta se mantiene el delito de incendio, en tanto que, en el homicidio preterintencional, desaparecido el resultado más grave desaparece el delito, sin perjuicio de que la conducta inicial pueda adecuarse a otro tipo de delito.” Con este criterio debemos concluir que el aborto que causa la muerte de la mujer es un “delito calificado por el resultado, pues si este desaparece, no desaparece la infracción del aborto.” (p.90)

Se trata además de un delito complejo que en sí mismo tiene dos actos que por sí solos constituyen delito (aborto y muerte) y que incluso no es necesario que se haya producido lo que se quiso provocar (aborto) sino que se dé solamente el resultado fatal (muerte de la mujer).

Una vez estudiados brevemente los diferentes tipos de aborto, ya sea el tipo base que está regulado en el Art. 441, del Código Penal, o el consentido y el que acarrea la muerte de la mujer, que están enunciados en los Arts. 443 y 445 del mismo cuerpo de leyes, tenemos claro que el sujeto activo puede ser cualquier persona, obviamente un médico puede serlo, pero la ley afortunadamente haciendo hincapié en la espacialísima situación del profesional de la salud, agrava la pena si éste ha cometido el delito de aborto, podemos entrar ahora a analizar la agravación de estos delitos en razón de la profesión sanitaria.

### 3. 3.- AGRAVACION DEL DELITO EN RAZÓN DE LA PROFESIÓN.-

El artículo 446 del Código Penal, establece: “En los casos previstos en los artículos 441, 443 y 445, si el culpado es médico, tocólogo obstetiz, practicante o farmacéutico, la pena de prisión será reemplazada con reclusión menor de tres a seis años, la de reclusión menor con reclusión mayor de cuatro a ocho años y la de reclusión mayor ordinaria con la extraordinaria de doce a dieciséis años.”.

Como podemos observar es una agravante del delito de aborto en razón de la profesión u oficio de quien lo practica, quien dirige su conducta a la muerte del feto (dolo). Se sanciona al abuso de su ciencia o arte que haga el profesional de la medicina, se hace extensiva la sanción a los farmacéuticos, practicantes, etc, por la vinculación de su profesión con la medicina. La severidad de la pena está justificada por la especial peligrosidad de estos delincuentes, quienes gracias a los conocimientos que han logrado alcanzar debido a su profesión, encuentran facilidades para el cometimiento de este ilícito, dejando a un lado los fundamentales aspectos éticos y normas que inspiran a la profesión sanitaria.

El Estado protege a la vida desde su concepción; en tal virtud considera al aborto un delito contra la vida y siendo el profesional de la medicina el llamado a precautelar la salud, la integridad física y la vida de la humanidad, resulta agravante que sea partícipe como sujeto activo en el cometimiento del ilícito de aborto por la obligación que tiene de respetar la salud de de las personas y por la enorme alarma social que causa el aborto producido por estos profesionales. Resulta indiferente que el profesional actúe con o sin pago o que esté en el ejercicio de su profesión; basta que la persona que practica o coopera en el ejercicio de las prácticas abortivas sea poseedor de un título que acredite su profesión.

Debemos comentar que en la actualidad existen casos de profesionales de la medicina que han hecho del aborto su labor habitual, llegando a convertirse en criminales de alta peligrosidad, ocultándose en clínicas y consultorios clandestinos para cometer semejando ilícito. Resulta, pues, lamentable, como hemos ya anotado

que este ilícito sea tan poco sancionado por cuanto por las razones antes ya señaladas, queda impune, oculto en la memoria de mujeres, familiares, amigos y profesionales partícipes en uno u otro grado en el delito.

Para la tipificación del delito se requiere que los sujetos activos, que son solamente los mencionados en el artículo analizado (médico, tocólogo obstetrix, practicante o farmacéutico), realicen maniobras abortivas con resultado fatal (muerte del feto), así se hagan estas sin el consentimiento de la madre (en tal virtud el artículo 446 hace referencia al art. 441 del Código Penal) o con el consentimiento de esta (hace referencia al art. 443) o que el uso de los medios abortivos causen la muerte de la mujer (hace referencia al art. 445 del Código Penal).

Es necesario destacar que la ley hace uso del adjetivo “culpado” (la palabra culpado hace referencia en nuestra ley a responsabilidad; debemos recordar los tres grados de responsabilidad: autoría, responsabilidad y encubrimiento), como manifiesta Zabala B. (1999), haciendo de esta manera partícipes en el delito de aborto no solo al que lo practicó sino también a quien colabora o coopera en su cometimiento, estableciéndose de esta manera una suerte de complicidad típica, aumentando la pena no solo al autor principal sino al autor secundario –siempre y cuando sea profesional sanitario o médico.

Es indispensable mencionar que la agravante irá contra el médico o profesional sanitario, si es él quien practica el aborto, mas no contra el que coopera si éste no posee las profesiones indicadas en el artículo 446. Pero si quien practica el aborto no es profesional sanitario y quien coopera sí lo es, la agravante ira contra el segundo más no contra el primero. Ahora bien, si es que tanto quien practica como quien colabora son médicos o profesionales sanitarios, la pena aumentará según su grado de participación; esto es, al un médico como autor principal y al otro como cómplice, por cuanto debe distinguirse la escala de culpabilidad de uno y otro. Esta última distinción no es aceptada por gran parte de la doctrina, por cuanto se manifiesta que la misma pena agravada debe imponérsela tanto al médico autor principal como al médico cómplice.

Conviene considerar en este punto que la ley hace referencia a los practicantes. Entendemos por practicantes a quienes estudian medicina y que antes de obtener su título hacen prácticas en casas de salud como requisitos para el cumplimiento de su pensum académico, y que bien podrían en determinado momento, mientras se encuentren realizando esas prácticas, ser partícipes del cometimiento de aborto ya sea como sujetos principales o cómplices. Pero si estos practicantes no se encuentran en el ejercicio de sus prácticas –valga la redundancia- y participan en el ilícito que estudiamos no serán sujetos de la agravante comprendida en el Art. 446 del Código Penal, por cuanto serían personas comunes, sin ninguna distinción de acuerdo a su profesión u oficio y caerían en las sanciones dispuestas en las demás normativas impuestas en relación al aborto de acuerdo a las circunstancias del mismo. No podemos llamar practicante a ninguna otra persona que no sea estudiante por cuanto ¿cómo calificar de practicante a alguien que no se encuentra estudiando y realizando sus practicas previas a la obtención de un título de profesional sanitario? ¿Acaso practicante puede ser cualquier persona –o empírico- que se le ocurra practicar la medicina o la farmacéutica porque cree tener aptitudes para ello sin siquiera tener los conocimientos fundamentales necesarios? La respuesta es obvia y puede incurrir, además, en otro tipo de delitos.

Tocólogo equivale a ginecólogo u obstetra, por lo que primeramente tiene que ser médico.

### 3. 4.- ABORTO IMPUNE PRACTICADO POR PROFESIONALES

Volveremos sobre lo que el artículo 447 del Código Penal establece “El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer o de su marido o familiares íntimos, cuando ella no estuviere en posibilidad de prestarlo, no será punible:

1. Si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; y,

2. Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente. En este caso, para el aborto se requerirá el consentimiento del representante legal de la mujer.”

Del texto de la disposición anterior debemos señalar que para que la impunidad opere es necesario que existan dos circunstancias o presupuestos indispensables; esto es, que el aborto sea realizado por un médico y que exista el consentimiento de la mujer encinta o del marido o de sus familiares más cercanos.

De la primera circunstancia podemos decir que solamente puede practicarlo un médico diplomado, desechando así la posibilidad de que sea un obstetra, farmacéutico, etc; y si estos llegasen a practicar el aborto, caerían en el cometimiento de un delito. Se desecha de igual manera la posibilidad de que sea un estudiante de medicina quien practique este tipo de aborto, así sea un egresado de la facultad y este realizando sus prácticas con el fin de graduarse. Esta situación es lógica, puesto que se trata de amparar la vida de la madre y no se la puede poner en peligro con una operación realizada sin las debidas seguridades y sin la atención adecuada que solo un médico, en un centro de salud puede prestar como advierte Torres Chávez (2001). Es el médico quien debe realizar el diagnóstico del aborto, y él debe firmar un documento en donde exponga las circunstancias que le han llevado a dicha conclusión; incluso debería llevarlo a consulta a la junta médica. Pensamos que al ser el médico el único facultado para realizar este tipo de aborto que estudiamos, surgirían algunos inconvenientes en la práctica, como por ejemplo: ¿Qué ocurriría en las comunidades rurales donde no existen médicos y por el estado de salud de la mujer la práctica del aborto es inminente? Quizás en este sentido la regulación es muy estricta.

La segunda circunstancia hace referencia al consentimiento que debe dar la mujer o en su defecto su marido o familiares íntimos al médico, para que éste pueda practicar el aborto; sin ese consentimiento, no podrá obrar el médico así este en juego la vida de la madre. Esta última situación es muy especial por cuanto el médico tiene el deber de salvaguardar la vida de las personas y si en el caso que tratamos, la madre no presta su consentimiento y no se practica el aborto, ella moriría, quedando el médico atado de manos y sin poder ejercer las labores que su

profesión exige, situación extraña pero que es correctamente satisfecha por el texto de la ley penal. Debe en todo caso el médico exponer, previo a la práctica del aborto, el consentimiento de la madre.

Se entiende que el consentimiento lo debe dar la madre, y solo ella es quien lo da, pero por excepción, si el estado de salud de esta persona es tal (inconciencia por ejemplo) que le incapacite efectivamente de dar su consentimiento, el marido será quien consienta, o a falta de este sus familiares más cercanos. Esto es obvio por cuanto si la mujer por su estado no lo puede dar no podría dejársela morir, y por otro lado si la mujer se encuentra en plena lucidez y ésta no consiente el aborto, el médico no puede pues acudir al marido o a los familiares a que estos consientan la practica del aborto en contradicción con la decisión de la mujer; caería el médico en el cometimiento de un delito.

Podrían presentarse otros casos, como el de que la mujer deje a criterio del marido la toma de este tipo de decisión, como comúnmente ocurre; o que simplemente sea el marido o los familiares más cercanos quienes transmitan la decisión de la mujer. En todo caso, a pesar de que la ley da la capacidad de suplantar a la mujer en el consentimiento y si se diesen los casos antes anotados sería conveniente que se deje anotado o expuesto la decisión de la mujer, ya sea que esta ha acatado el criterio de su marido o sus familiares.

La normativa del Art. 447 también deja en el limbo una situación que podría comúnmente darse, la de que el médico no tenga a quien comunicar el estado de la mujer, y que esta no pueda consentir el aborto por inconsciencia por ejemplo, quizás los familiares se encuentran ausentes o simplemente la mujer se encuentre sola; ¿a quien acudir? O puede darse el caso de que el estado de la mujer sea tal que no haya tiempo de comunicar a nadie acerca de su salud. Situaciones estas que se producen principalmente en el caso del aborto terapéutico que vamos a tratar posteriormente

De lo dispuesto en el Art. 447 del Código Penal podemos identificar dos tipos de aborto, el terapéutico y el eugénésico.

3.4.1.- Aborto terapéutico.- El aborto terapéutico se encuentra regulado según lo dispuesto en el primer numeral del artículo 447 del Código Penal. Se produce en aquellos casos que sea imposible, conforme el diagnóstico del médico, salvar la vida o salud de la madre sin que se de muerte al feto el cual pone en grave riesgo real y actual la vida de la madre. Se trata pues de salvaguardar la vida o salud de la madre a la del feto por cuanto, ésta es una esperanza de vida o vida incipiente y que incluso si se considera que “con la muerte de la madre sobreviene la del feto, que en todo caso no tiene esperanzas de vida fuera del útero, por no ser aun viable”(Benzo Eduardo, 1944)

El aborto terapéutico vendría a ser una causa de justificación, que desecha el actuar antijurídico del médico (dar muerte al feto) quien procede de esa manera para salvaguardar la vida de la madre. Este criterio es acogido por la legislación chilena, y muchos de los tratadistas nacionales también la acogen como propia, en contra de la tesis que fundamenta al aborto terapéutico en el estado de necesidad.

Al respecto, Efraín Torres Chaves en sus comentarios al Código Penal Ecuatoriano del año 2001 al hablar del Art. 447 del cuerpo de leyes anotado, cita a Manuel López-Rey y Arroyo, asesor penal de las Naciones Unidas, quien saca a relucir las grandes discordancias existentes al momento en que los Códigos Penales –incluido el ecuatoriano- han basado y regulado el aborto terapéutico conforme a criterios que no se ajustan a los que se fundamenta el estado de necesidad –tesis que defiende López- Rey como fundamento del aborto terapéutico- en esos mismos Códigos Penales. Por ejemplo dice que el estado de necesidad exige en general que la situación no haya sido creada voluntariamente; en el aborto terapéutico la situación puede ser creada en dicha forma; la fórmula del estado de necesidad se aplica tanto al interesado como a un tercero, mientras que en el aborto terapéutico incluye la intervención de la interesada o de un tercero y admite solo la del médico, que el estado de necesidad no contiene referencia alguna al consentimiento, etc. Por todo lo anotado, y por esas diferencias antes descritas por López-Rey, es que justamente autores como Zabala Baquerizo fundamentan el aborto terapéutico, en la legislación ecuatoriana, no en el estado de necesidad sino más bien la “fincan como causa de justificación”.

Trae consigo el aborto terapéutico los dos presupuestos generales anotados anteriormente; esto es, que sea practicado por un médico y que sea con el consentimiento de la madre o su cónyuge o familiares íntimos.

Además de estos presupuestos hay otros especiales propios de éste, esto es que se de para salvaguardar la vida o salud de la madre y que el aborto sea el único medio para dicha salvación. (Art. 447 del Código Penal numeral 1 “Si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; y,”

De estos presupuestos podemos colegir, como ya anotamos, que efectivamente debe existir un riesgo real, actual, y debidamente diagnosticado por un médico, el que produzca el acto de hacer abortar. Y por otro lado el médico debe buscar por todos los medios salvar la vida del feto, y el de la madre, y que si ha agotado efectivamente todos los recursos que la ciencia médica da o el medio pone a su disposición, y que a pesar de ello no se encuentre otra alternativa que sacrificar al feto para salvaguardar la vida o salud de la mujer, se procederá a la practica del aborto.

3.4.2.-Aborto Eugénésico.- Nos corresponde ahora abordar el tema del Aborto Eugénésico. Leamos lo que el numeral 2 del art. 447 del Código Penal establece “Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente. En este caso, para el aborto se requerirá el consentimiento del representante legal de la mujer.”

El aborto eugenésico tiene dos elementos fundamentales, primero que haya provenido el embarazo de violación o estupro en mujer idiota o demente; segundo que se requiere el consentimiento del representante legal de la mujer.

En cuanto tiene que ver con el primer elemento, debemos notar que el legislador, al hablar de estupro en una mujer idiota o demente, ha caído en un error muy grave, pues el estupro, como bien señala Zabala Baquerizo, no puede darse pues en mujer idiota o demente ya que se supone que la mujer tiene que ser capaz de dar su

consentimiento –viciado- para el acceso carnal, y que si se produce en mujer idiota o demente lo que se da es simplemente violación.

La Ley en este tipo tiene fines eugenésicos; es decir, de superación de la raza humana y conservación de la misma. La ciencia, en la actualidad, mediante la genética, biología y eugenesia ha pronosticado efectivamente que la preñez de una mujer en estado de demencia o idiotez, como dice nuestra ley, podría engendrar un niño con serias deficiencias físicas o mentales. Además, la aceptación que la ley penal da a este tipo de aborto también viene de la actitud que toma la sociedad hacia estas circunstancias: es decir, hacia la violación, claro que nuestra ley solamente se refiere a la producida sobre mujeres idiotas o dementes. Lo que trata en todo caso, el Estado es prevenir el nacimiento de estos niños si ha habido violación a mujeres dementes o idiotas.

Cuando hablamos de este tipo, el legislador circunscribe la práctica del aborto cuando la violación haya sido producida en mujer idiota o demente; pero qué ocurre si el hombre que viola es el idiota o demente y lo hace en una mujer sana; ¿no debería la ley operar de la misma manera?.

De igual modo, si analizamos el segundo elemento de este tipo de aborto el cual es el consentimiento que debe dar el representante legal de la mujer idiota o demente, caeríamos en algunas circunstancias analizadas anteriormente, y que en la práctica pudieran ocurrir de mayor manera en este tipo de casos; esto es, el abandono de la mujer demente o el caso de mendigos. ¿A quien debería el médico acudir a solicitar el consentimiento? De igual forma en el caso de la inminencia de la práctica del aborto por el estado de la mujer, si no hay tiempo de solicitar el consentimiento, el médico simplemente se encuentra atado de manos.

### 3.5.- ABORTO PRODUCTO DE UNA MALA PRACTICA MÉDICA.

Como ya habíamos estudiado la mal praxis médica es el perjuicio producido en el paciente producto de una indebida actuación del médico.

Ahora bien hemos hablado ya acerca de los diferentes tipos de aborto, que se encuentran tipificados en nuestro Código Penal. Al estudiarlos hemos podido colegir que el médico –como cualquier individuo- puede ser sujeto activo del aborto con o sin consentimiento, por cuanto la misma ley deja abierta esa posibilidad. La misma situación ocurre en el caso de los abortos practicados por los profesionales, en donde la ley hace referencia explícita a los médicos, farmacéuticos, etc. En ese sentido de ser esos profesionales quienes practiquen los abortos, consentidos, no consentidos o que son producto de practicas abortivas causaren la muerte de la madre, la pena para ellos se agrava en razón justamente de su profesión.

Como vemos algunos de los delitos tipificados en nuestra ley hacen referencia exclusiva al aborto como un delito doloso. Ahora bien, ¿qué ocurriría en los casos en que el médico por negligencia, impericia, imprudencia, etc con los elementos ya antes estudiados al tratar acerca de la culpa médica, provoca un aborto?

Quizás nuestra legislación debería tratar al aborto culposo practicado por profesionales, por cuanto es una situación que en la práctica ocurre y como hemos visto en el caso de los homicidios y las lesiones, el médico caería en peligrosas situaciones si no observa adecuadamente las normas o su actuar es negligente, imprudente o actúa sin el suficiente conocimiento, etc, que por su especial situación esta llamado a mirar, obviamente, analizando cada caso en particular.

No vamos este momento a hablar nuevamente de la culpa y de los elementos de la culpa pero creemos que la misma teoría estudiada en el capítulo anterior es válida para el tema del aborto. Quizás debemos hacer hincapié en que la culpa médica in specie no es tratada por nuestra legislación, es hora de que esta situación sea superada por el Legislador nacional.

## CAPITULO IV

### ASPECTOS ÉTICOS- CASO PRÁCTICO

Hablaremos ahora sobre los aspectos éticos a los cuales debe sujetarse el médico en el ejercicio de su profesión. En el ejercicio de la profesión del médico, siempre se han planteado problemas éticos y se ha exigido al profesional una muy elevada calidad moral.

Este análisis nos será de gran utilidad para poder notar cómo los diferentes códigos de ética de los médicos que desde la antigüedad formaban parte de la literatura o de la filosofía, en la actualidad, muchos de sus preceptos se han incorporado a la legislación de nuestro país. Podremos además tener una idea de qué es lo que éticamente le está permitido al médico y que no, podemos partir en busca de su responsabilidad.

La ética médica para la doctrina internacional está normada en los códigos de ética médica internacionales y en los nacionales, y en la consciencia del profesional. En nuestro país, existe el Código de Ética Médica, que se encuentra en plena vigencia. En el primer capítulo de nuestro trabajo, analizamos cuáles son los más importantes deberes y obligaciones del médico, y cual debe ser el proceder de éste en ciertos aspectos, por tal motivo creemos que en el desarrollo de éste capítulo no

hace falta volver sobre nuestro Código de Ética Médica; más bien haremos hincapié en los principios en los cuales se funda el cuerpo normativo citado que sigue la tendencia internacional de la deontología y la bioética.

#### 4.1.- RESPONSABILIDAD ETICA Y MORAL.-

La responsabilidad ética y moral del médico es la obligación que existe en todo profesional de la medicina de responder por los incumplimientos de las normas emanadas de los diferentes Códigos de Ética y los dictados de su conciencia, es decir de la moral. Las normas éticas y morales e incluso las del honor, si bien no tienen ninguna relación con normatividad jurídica, y son más bien solo obligatorias a la conciencia de cada individuo, en lo relacionado con la medicina y su ejercicio profesional, no deben dejar de observarse, más aún si de un mal proceder del médico se derivan daños ocasionados en contra de la integridad o la vida de las personas.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, los conceptos de ética y moral son los siguientes:

“ético, a.- recto, conforme a lo moral/persona que estudia o enseña moral/parte de la filosofía que trata de la moral y las obligaciones del hombre/conjunto de normas morales que rigen la conducta humana”

“moral.- perteneciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia/que no pertenece al campo de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la consciencia/ que no concierne al orden jurídico sino al fuero interno y al respeto humano/ ciencia que trata del bien en general y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia/conjunto de facultades del espíritu por contraposición a físico”.

Como podemos observar, las palabras ética y moral tienen prácticamente el mismo significado: manera de conducirse por el camino del bien. Pero en la práctica, al término moral se le ha relacionado con al fe y la conciencia del individuo. La ética en cambio, se define según Dobler (2002) como “la parte de la filosofía que se

encarga del tratado de la moral, de las obligaciones del hombre, estudia la naturaleza del bien, el origen de la naturaleza del bien, el origen y la validez del sentido del deber, así como el carácter y la autoridad de las obligaciones morales que abarcan todos los aspectos de la conducta humana”. (p. 95)

Algunos Códigos exteriorizan las normas que indican el camino que deben seguir los médicos. En nuestro país, como ya hemos estudiado, el Estado protege a la vida y a la salud como bien jurídico tutelado; por ello se encuentra vigente el Código de Ética Médica el cual regula las obligaciones morales a que se deban sujetarse los médicos en el ejercicio diario de sus actividades relativas a la protección, fomento, reparación y rehabilitación de la salud individual y colectiva. Dobler (2002) dice que para establecer la responsabilidad ética y moral, las instancias de control deberían ser los Colegios Médicos y la consciencia.

Desde la antigüedad, los aspectos morales y éticos relacionados con la profesión médica han sido motivo de enorme preocupación. Es así que Hipócrates, considerado el padre de la medicina occidental dictó el Juramento, que ha sido considerado como el código moral del médico durante toda esta época. En este Juramento se recogen los principios que han regido la profesión médica: Agradecimiento a los maestros, y la transmisión del conocimiento a sus descendientes, perseguir el beneficio de los enfermos, respeto a la vida, abstención de abuso, mala acción o corrupción de los enfermos y el secreto y respeto a la intimidad de los enfermos.

Posteriormente, a principios del siglo XII, Maimónides San Maimón, estableció una oración que era más una adecuación religiosa al Juramento Hipocrático.

Durante siglos, la situación referente a la moral y a la ética del médico fue olvidada. En 1803 se vuelve a retomar la temática, cuando se establece el Código de Ética Médica en los Estados Unidos. En el año de 1845 se empieza a utilizar el término deontología para referirse a la moral en el ejercicio de la medicina.

En 1919 se da a conocer el Momento u Oración del médico, que se basaba en preceptos católicos. En los años cuarentas se presenta ante las Naciones Unidas el

Código Internacional de Ética Médica formulado por la Asociación Médica Mundial, posteriormente enmendado en 1968 y la Declaración de Ginebra. Tenemos también la Declaración de Helsinki de 1964, en relación a investigación en seres humanos, la Declaración de Sydney de 1968, en relación a la determinación de la muerte, la Declaración de Oslo de 1970, sobre el aborto terapéutico, la Declaración de Tokio de 1975, en relación a la participación del médico en los casos de tortura.

En la actualidad, como en ninguna otra época, se han plantado tantos problemas morales a los médicos pero no se les ha exigido una adecuada formación ética a los profesionales de la medicina. Según Gracia Guillén, Broggi Trias, Salva Lacombe y Costa Pages, citados por Ferreraz- Rozzman (2000), existen tres razones o factores para ello:

A) Progreso tecnológico.- El progreso tecnológico que la medicina ha tenido en los últimos treinta años ha sido sorprendente; así los diferentes procedimientos de sustitución de funciones orgánicas consideradas vitales ha permitido medicalizar el periodo final de la vida. Incluso el concepto mismo de muerte ha sido cambiado por cuanto, con la técnica existente se puede establecer la muerte cerebral. Por otra parte, la aparición de las Unidades de Cuidados Intensivos en los Hospitales plantea además una serie de problemas éticos como ¿a quiénes se debe ingresar en esas unidades y a quienes no? ¿Cuándo hay que desconectar los respiradores? ¿Hay que tomar en cuenta el criterio del paciente, familiares o compañías aseguradoras y cual es su función?, etc. Para evitar el exceso en el uso de estas Unidades se han creado los llamados cuidados paliativos para los enfermos en estado terminal, pero frente a estos surgen otras interrogantes como ¿a quienes se les debe dar esos cuidados? o ¿en que estado se debe buscar el confort del paciente terminal y desechar dolorosos tratamientos?, etc.

De igual manera, tenemos los nuevos criterios del principio de vida con la ingeniería genética, inseminación artificial, etc. En este sentido quedan igualmente muchas interrogantes, pues a través de estas técnicas es posible manipular la vida desde un principio mismo.

La revolución tecnológica de los últimos años ha hecho que se cambien los criterios en cuanto tiene que ver con la toma de decisiones que afecten al cuerpo de una persona. Es decir que, con la ciencia, la medicina puede prolongar la vida mas allá del límite considerado como natural, de darse una situación así quien debería tomar las decisiones sobre la salud y vida del paciente, ¿la familia? ¿el médico? ¿el paciente mismo?.

B.- Relación Médico- Paciente.- Para la ética médica clásica, la relación médico-paciente era vertical, es decir el médico era el que decidía todo, quien tomaba decisiones e incluso hasta cierto punto “ordenaba”, y el paciente obedecía. Desde hace algunos años, esta relación ha ido cambiando y se ha convertido más en una especie de negociación. Se cuenta pues, ahora, con la capacidad de los pacientes para otorgar el consentimiento, y una serie de derechos que los pacientes incluso tienen amparados en Códigos que muchos países, incluido el nuestro, han adoptado en este sentido.

C.- Acceso y distribución equitativa.- Este aspecto tiene que ver con el acceso de todos a los servicios sanitarios y la distribución equitativa de los recursos limitados y escasos. Al respecto, cabe preguntar ¿qué debe entenderse por necesidades sanitarias y qué por lo superfluo? Los expertos han señalado que en el campo sanitario toda oferta crea su propia demanda, con lo cual el consumo es ilimitado. Entonces se debate sobre la obligación moral de cubrir las necesidades crecientes en virtud del principio de justicia. Y, además, dado que las necesidades sanitarias siempre serán superiores a los recursos existentes, se debate cómo poder asignar equitativamente esos recursos.

4.1.1.- Deontología y Bioética.- La palabra Deontología proviene del griego deontos que significa el deber, y logos que significa tratado o estudio.

Se denominó deontología al estudio de los deberes del médico –y otros profesionales- con sus pacientes –clientes- sus colegas, la sociedad y el estado, no solamente basados en un Código Ético, sino en una serie de normas que ejerzan coacción con el fin de que el médico mejore su desempeño.

Posteriormente en los años setenta, se creó el concepto de Bioética, considerada como la disciplina que norma la conducta del hombre para todo lo que interviene o interfiere con la vida. (Dobler, 2002) La bioética médica “es la parte de la bioética que intenta poner a punto métodos de análisis y procedimientos de resolución de los problemas éticos planteados por las ciencias médico sanitarias”. (Ferreraz-Rozman, 2000, p. 63)

La bioética debe cumplir por lo menos con los siguientes requisitos:

- a) Debe ser civil o secular, no religiosa. Los mandatos morales que deberán seguir los centros de salud o profesionales de la salud deben ser racionales, civiles o seculares y no deben partir de preceptos religiosos, por cuanto se debe respetar a la pluralidad de creencias que pudiese tener una comunidad hoy en día.
- b) Debe ser una ética pluralista; es decir, que acepte las diferentes posturas y enfoques y los eleve a una superior con el fin de llegar a una ética médica humana.
- c) Debe ser participativa y deliberativa; es decir, que se permita la participación de todos los involucrados en el proceso de deliberación, médicos, enfermeros, administradores, ciudadanos, etc, con el fin de llegar a una bioética médica adecuada que sea superior a los principios morales que cada involucrado tenía al principio de la deliberación. Se debe tomar en consideración todo tipo de posibilidades, circunstancias y consecuencias.
- d) Será una ética de la responsabilidad; es decir, que sea respetuosa con todos los seres morales, y por tanto de todos los seres humanos.

- e) La ética médica debe ser autónoma; es decir el criterio de moralidad debe ser a partir del propio ser humano, que él mismo es el tribunal que debate lo moral. (consciencia).
- f) La ética médica debe ser racional.
- g) Finalmente, la ética médica aspira a ser universal, fijando leyes universales, desechando los convencionalismos, pero siempre dispuesta a ser revisada.

Sobre la base de estos principios formales, es preciso formular normas o criterios concretos, que indiquen qué es lo que está permitido y qué es lo que está prohibido hacer. Estos criterios, además, deben formularse mediante cuatro principios básicos: autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia.

En lo que se refiere a la autonomía, tiene que ver con la felicidad misma del individuo; es decir, que el hombre sea quien tenga por objeto llegar a ese nivel; es su primera obligación moral. El principio de la beneficencia hace relación a que el hombre, al tratar de llegar a un modelo de vida, estaría tratando de llegar a un estado que es beneficioso para sí mismo; por ello, ambos principios, tanto el de autonomía como el de beneficencia, son complementarios.

Los principios de no maleficencia y justicia tienen que ver con la moralidad pública, con las relaciones con el resto de seres humanos; el primero hace relación a la integridad física; el segundo hace referencia a la no discriminación social.

Con la bioética médica se ha impulsado el reconocimiento de los derechos de los pacientes y de quienes intervienen en investigación, así como el consentimiento informado. Con la bioética se han enseñado el camino que deben seguir por los médicos en el ejercicio de su profesión y se han establecido los principios de la relación médico-paciente.

Reproducimos a continuación los principales Códigos de índole universal que sientan las bases de la ética y la moral en el actuar del médico en el ejercicio de su profesión. Como ya lo expusimos, veremos como, muchos de los preceptos que

eran o son considerados como éticos por la literatura, son ahora parte del ordenamiento jurídico de muchos países, incluido el nuestro. Nos fijaremos además en la forma como los fundamentos de estos códigos se asientan sobre los principios estudiados anteriormente.

#### 4.1.2.- Carta de Esculapio a su hijo.-

(<http://www.cies.edu.ni/cs/comision/co5/Etica%20Medica/DEONTOLOGIA%20Y%20ETICA%20MEDICA.doc>)

“QUIERES SER MEDICO, HIJO MIO ?

Aspiración es esta de un alma generosa, de un espíritu ávido de ciencia. ¿Deseas que los hombres te tengan por un Dios que alivia sus males y aleja su espanto?

¿Has pensado bien lo que va a ser de tu vida?> Tendrás que renunciar a tu vida privada; mientras la mayoría de los ciudadanos pueden, una vez terminada su tarea, aislarse lejos del infortunio, tu puerta deberá estar abierta a todos. A toda hora del día o de la noche vendrán a tumbar tu descanso, tus placeres, tu meditación. Ya no tendrás horas que dedicarle a tu familia, a los amigos o al estudio. Ya no te pertenecerás. Los pobres acostumbrados a padecer no te llamarán sino en caso de urgencia, pero los ricos te tratarán como su esclavo, encargado de remediar sus excesos, sea por una indigestión o por un catarro.

¿Eras estricto en escoger a tus amigos, buscabas la sociedad con hombres de talento, con artistas, de almas delicadas?.En adelante no podrás desechar a los fastidiosos o a los escasos de inteligencia, a los despreciables. El malhechor tendrá

tanto derecho a tu asistencia como el honrado. Prolongarás la vida de nefastos y el secreto de tu profesión te prohibirá impedir crímenes de los que seas testigo.

¿Tienes fe en tu trabajo para conquistarte una reputación?. Ten en cuenta que te juzgarán no por tu ciencia, sino por casualidades del destino, por el corte de tus ropas, por la apariencia de tu casa, por el número de tus criados, por la atención que dediques a las charlas y por los gustos de tu clientela. Los habrá quienes desconfíen de ti si no usas barba, si no vienes de Asia, si crees en Dioses, otros si no crees en ellos.

¿Te gusta la sencillez?. Habrás de adoptar la actitud de un augur. Eres activo, sabes lo que vale el tiempo, no habrás de mostrar fastidio ni impaciencia, tendrás que soportar relatos que arrancan desde el principio de los tiempos para explicar un cólico, ociosos te consultarán solo por el placer de charlar, serás el vertedero de las nimias vanidades.

Sientes placer por la verdad, ya no podrás decirlo tendrás que ocultar a algunos la gravedad de su mal, a otros la insignificancia pues les molestaría. Habrás de ocultar secretos que posees, consentir en parecer burlado, ignorante o cómplice.

No cuentes con agradecimiento cuando el enfermo sana, la curación es debida a su robustez, si muere, tu serás el que lo ha matado. Mientras está en peligro, te tratará como a un Dios, te suplica, te promete, te colma de halagos. No bien está en convalecencia, ya le estorbas. Cuando se trata de pagar los cuidados que le has prodigado, ya se enfada y ya te denigra. Cuanto más egoístas son los Hombres, mas solicitud exigen.

No cuentes con que este oficio penoso te haga rico. Te lo he dicho: esto es un sacerdocio. Te compadezco si sientes afán por la belleza; verás lo mas feo y repugnante que hay en la especie humana, todos tus sentidos serán maltratados. Habrás de pegar tu oído contra el sudor de pechos sucios, respirar el olor de nauseabundas viviendas, los perfumes subidos de las cortesanas .palpar tumores, curar llagas verdes de pus, contemplar orines, escudriñar esputos, meter el dedo en muchos sitios.

Cuantas veces un día hermoso, soleado y perfumado, al salir de un banquete te llamarán por un hombre que molesto por dolores de vientre te presentará un bacín nauseabundo diciéndote satisfecho: Gracias a Dios que he tenido la precaución de no tirarlo. Recuerda entonces que habrá de parecerte interesante aquélla deyección hasta la belleza misma de las mujeres, consuelo del hombre se desvanecerá para ti. Las verás por la mañana, desgredadas y desencajadas desprovistas de bellos colores, olvidando sobre los muebles parte de sus atractivos. Cesaran de ser Diosas para convertirse en pobres seres afligidos por la desgracia. Sentirás por ellas menos deseos que compasión.

Tu oficio será para ti una túnica de Neso. En la calle, en los banquetes, en los teatros en tu misma casa los desconocidos, tus amigos, tus allegados te hablarán de sus males para pedirte un remedio. El mundo te parecerá un vasto Hospital, una asamblea de individuos que se quejan.

Te verás solo en tus tristezas, solo en tus estudios. La conciencia de aliviar males te sostendrá en tus fatigas, pero dudarás si es acertado hacer que sigan viviendo hombres atacados por un mal incurable, niños enfermizos que ninguna probabilidad tienen de ser felices.

Cuando ha costa de mucho esfuerzo hayas logrado que la existencia de algunos se prolongue, vendrá una guerra que lo destruirá todo.

Piénsalo bien mientras estés a tiempo. Pero si indiferente a la ingratitud, si sabiendo que te verás solo entre las fieras humanas, tienes un alma lo bastante estoica para satisfacerse del deber cumplido sin ilusiones, si te juzgas pagado lo bastante con la dicha de una madre, con la cara que sonrío porque ya no padece, con la paz de un moribundo a quien ocultas la llegada de la muerte; si ansías conocer al hombre, penetrar a todo lo trágico de su destino, entonces , hazte médico, hijo mío.

#### 4. 1.3.-Juramento de Hipócrates.-

([www.smu.org.uy/publicaciones/libros/laetica/nor-hipocr.htm](http://www.smu.org.uy/publicaciones/libros/laetica/nor-hipocr.htm))

«Juro ante Apolo, médico, ante Asclepio, ante Higea y Panacea, así como ante todos los dioses y diosas, tomándolos como testigos, que en lo que me fuere posible y alcanzara mi inteligencia cumpliré éste mi juramento y ésta mi obligación. A aquel que me enseñare este arte, lo apreciaré tanto como a mis padres, compartiré con él lo que posea y le ayudaré en caso de necesidad. A sus hijos los tendré por hermanos míos, y, si desean aprender este arte, los iniciaré e instruiré en el mismo, sin percibir por ello retribución alguna ni obligarles con ningún compromiso. Dictaré según mi leal saber y entender prescripciones dietéticas que redunden en beneficio de los enfermos, y trataré de prevenirles contra todo lo que pueda serles dañino o perjudicial. No administraré veneno alguno, aunque se me inste y requiera al efecto; tampoco daré abortivos a las mujeres. Ejerceré mi arte y transcurriré mi vida en la pureza y en la piedad. No ejecutaré la talla, dejando tal operación a los que se dediquen a practicarla. En cualquier casa que entre no me guiará otro propósito que el bien de los enfermos, absteniéndome de cometer voluntariamente faltas injuriosas o acciones corruptoras, y evitando sobre todo la seducción de las mujeres o de los hombres, libres o esclavos. Todo lo que yo viere u oyere con ocasión de la práctica de mi profesión, o incluso fuera de ella en el trato con los hombres, y que posiblemente sea de tal naturaleza que no deba propalarse, lo guardaré para mí en reservado sigilo, reputándolo todo ello como si no hubiera sido dicho. Si mantengo y cumplo éste mi juramento y no lo quebranto con infracción alguna, concédaseme disfrutar de la vida y de mi arte y ser honrado y venerado siempre por todos. Si lo violo y resulto perjuro, quépame en suerte lo contrario».

#### 4.1.4.- Oración del médico.-

([www.conciertoairedeti.blogspot.com/2006/05/oracion-del-medico.html](http://www.conciertoairedeti.blogspot.com/2006/05/oracion-del-medico.html))

Dios Mío

Infunde en mí un gran Amor para estudiar y practicar la medicina.

Inspírame caridad y cariño para todos mis enfermos.

No permitas en mí, deseos de lucro ni vanidad  
ni envidia en el ejercicio de mi profesión.

Dame paciencia;

Para que siempre esté dispuesto al llamado del que sufre y solicita  
mis servicios,

Obligándome a veces hasta sacrificar mis horas de sueño, descanso o esparcimiento.  
Haz que pueda atender con igual empeño al que carece de RECURSOS  
Y al que paga mis servicios.  
Que recete con igual cuidado al amigo como al enemigo,  
Al de buena como el de mala conducta,  
Y hasta al ATEO que impío se niega.  
Concederme la gracia que cuando examine y recete a mis enfermos,  
Ninguna idea ni preocupación, distraigan mi mente para que mi diagnóstico terapéutica no tenga error  
Y con tu ayuda devolverles la vida si tus altos designios no determinan lo contrario;  
Porque cuando tú decretes el fin, la ciencia y todo afán son inútiles.  
Permíteme siempre que mis enfermos confíen en mí y sigan mis prescripciones y consejos fielmente.  
Que nunca hagan caso de charlatanes y curanderos, amigos o parientes que pretenden saber medicina  
Empíricamente y solo ocasionando graves perjuicios.  
Mientras me concedes la vida y el ejercicio de mi profesión, dame suficientes energías para perseverar  
En continuo estudio y lograr acrecentar y renovar mis conocimientos en beneficio de mis enfermos.  
Jamás permitas que me crea un sabio que todo lo puede,  
Pues sin dedicación y estudio diario y sin tu ayuda nada se alcanza.  
Concédeme pueda quitar sufrimientos a mis enfermos y aliviarlos  
Y cuando sea imposible curarlos, haz que tu divina voluntad les lleve fe en ti, resignación y consuelo

Amén.

4.1.5.- Oración diaria del médico (Oración de Moses Moimónides)  
(<http://www.unav.es/cdb/claoracion.html>)

Dios Todopoderoso, Tú has creado el cuerpo humano con infinita sabiduría. Tú has combinado en él diez mil veces, diez mil órganos, que actúan sin cesar y armoniosamente para preservar el todo en su belleza: el cuerpo que es envoltura del alma inmortal. Trabajan continuamente en perfecto orden, acuerdo y dependencia.

Sin embargo, cuando la fragilidad de la materia o las pasiones desbocadas del alma trastornan ese orden o quiebran esa armonía, entonces unas fuerzas chocan con otras y el cuerpo se desintegra en el polvo original del cual proviene. Tú envías al hombre la enfermedad como benéfico mensajero que anuncia el peligro que se acerca y le urges a que lo evite.

Tú has bendecido la tierra, las montañas y las aguas con sustancias curativas, que permiten a tus criaturas aliviar sus sufrimientos y curar sus enfermedades. Tú has dotado al hombre de sabiduría para aliviar el dolor de su hermano, para diagnosticar sus enfermedades, para extraer las sustancias curativas, para descubrir sus efectos y para prepararlas y aplicarlas como mejor convenga en cada enfermedad.

En Tu eterna Providencia, Tú me has elegido para velar sobre la vida y la salud de Tus criaturas. Estoy ahora preparado para dedicarme a los deberes de mi profesión. Apóyame, Dios Todopoderoso, en este gran trabajo para que haga bien a los hombres, pues sin Tu ayuda nada de lo que haga tendrá éxito.

Inspírame un gran amor a mi arte y a Tus criaturas. No permitas que la sed de ganancias o que la ambición de renombre y admiración echen a perder mi trabajo, pues son enemigas de la verdad y del amor a la humanidad y pueden desviarme del noble deber de atender al bienestar de Tus criaturas.

Da vigor a mi cuerpo y a mi espíritu, a fin de que estén siempre dispuestos a ayudar con buen ánimo al pobre y al rico, al malo y al bueno, al enemigo igual que al amigo. Haz que en el que sufre yo no vea siempre a un ser humano.

Ilumina mi mente para que reconozca lo que se presenta a mis ojos y para que sepa discernir lo que está ausente y escondido. Que no deje de ver lo que es visible, pero

no permitas que me arrogue el poder de inventar lo que no existe; pues los límites del arte de preservar la vida y la salud de Tus criaturas son tenues e indefinidos.

No permitas que me distraiga: que ningún pensamiento extraño desvíe mi atención cuando esté a la cabecera del enfermo o perturbe mi mente en su silenciosa deliberación, pues son grandes y complicadas las reflexiones que se necesitan para no dañar a Tus criaturas.

Concédeme que mis pacientes tengan confianza en mí y en mi arte y sigan mis prescripciones y mi consejo. Aleja de su lado a los charlatanes y a la multitud de los parientes oficiosos y sabelotodos, gente cruel que con arrogancia echa a perder los mejores propósitos de nuestro arte y a menudo lleva a la muerte a Tus criaturas.

Que los que son más sabios quieran ayudarme y me instruyan. Haz que de corazón les agradezca su guía, porque es muy extenso nuestro arte.

Que sean los insensatos y locos quienes me censuren. Que el amor de la profesión me fortalezca frente a ellos. Que yo permanezca firme y que no me importe ni su edad, su reputación, o su honor, porque si me rindiera a sus críticas podría dañar a tus criaturas.

Llena mi alma de delicadeza y serenidad si algún colega de más años, orgulloso de su mayor experiencia, quiere desplazarme, me desprecia o se niega a enseñarme. Que eso no me haga un resentido, porque saben cosas que yo ignoro. Que no me apene su arrogancia. Porque aunque son ancianos, la edad avanzada no es dueña de las pasiones. Yo espero alcanzar la vejez en esta tierra y vivir en Tu presencia, Señor Todopoderoso.

Haz que sea modesto en todo excepto en el deseo de conocer el arte de mi profesión. No permitas que me engañe el pensamiento de que ya sé bastante. Por el contrario, concédeme la fuerza, la alegría y la ambición de saber más cada día. Pues el arte es inacabable, y la mente del hombre siempre puede crecer.

En Tu eterna Providencia, Tú me has elegido para velar sobre la vida y la salud de Tus criaturas. Estoy ahora preparado para dedicarme a los deberes de mi profesión.

Ayúdame, Dios Todopoderoso, en este gran trabajo para que haga bien a los hombres, pues sin Tu auxilio nada de lo que haga tendrá éxito.

#### 4.1. 6.- Decálogo del buen trabajador de la salud (Dobler, 2002)

I Ofrece un trato humanitario y respetuoso al paciente

II Reconoce la importancia del expediente clínico y lo utiliza en todos los casos

III Solo indica los estudios y tratamientos necesarios

IV Sabe que es importante explicarle al paciente su enfermedad y ser claro cuando se le indica el tratamiento

V Sabe la importancia de las acciones prevenidas de salud y las transmite a sus pacientes

VI Es respetuoso con la intimidad del paciente

VII Es honesto, evita el desperdicio y cuida sus instrumentos de trabajo

VIII Reconoce el trabajo de sus compañeros y lo respeta

IX No falta, se actualiza, cumple con su horario y le da su tiempo al paciente

X Promueve una cultura médica dentro de su comunidad

#### 4.1.7.- Declaración de Ginebra (Juramento de Fidelidad Profesional) ([http://es.wikipedia.org/wiki/Declaraci%C3%B3n\\_de\\_Ginebra](http://es.wikipedia.org/wiki/Declaraci%C3%B3n_de_Ginebra))

Adoptada por la 2ª Asamblea General de la A.M.M. en Ginebra, Suiza, en septiembre de 1948 y enmendada por la 22ª Asamblea Médica Mundial Sydney, Australia, agosto 1986 y la 35ª Asamblea Médica Mundial Venecia, Italia, octubre 1983 y la 46ª Asamblea General de la AMM Estocolmo, Suecia, septiembre 1994 y revisada en su redacción por la 170ª Sesión del Consejo Divonne-les-Bains, Francia, mayo 2005, y por la 173ª Sesión del Consejo, Divonne-les-Bains, Francia, mayo 2006.

EN EL MOMENTO DE SER ADMITIDO COMO MIEMBRO DE LA PROFESIÓN MÉDICA:

PROMETO SOLEMNEMENTE consagrar mi vida al servicio de la humanidad;

OTORGAR a mis maestros el respeto y la gratitud que merecen;

EJERCER mi profesión a conciencia y dignamente;

VELAR ante todo por la salud de mi paciente;

GUARDAR Y RESPETAR los secretos confiados a mí, incluso después del fallecimiento del paciente;

MANTENER, por todos los medios a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica;

CONSIDERAR como hermanos y hermanas a mis colegas;

NO PERMITIRÉ que consideraciones de edad, enfermedad o incapacidad, credo, origen étnico, sexo, nacionalidad, afiliación política, raza, orientación sexual, clase social o cualquier otro factor se interpongan entre mis deberes y mi paciente;

VELAR con el máximo respeto por la vida humana;

NO EMPLEAR mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas, incluso bajo amenaza;

HAGO ESTAS PROMESAS solemne y libremente, bajo mi palabra de honor.

4. 1.8.- Declaración de Tokio de la Asociación Médica Mundial, en torno al médico frente a la tortura.- (<http://www.colegiomedico.cl/Default.aspx?tabid=233>)

Normas directivas para médicos con respecto a la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, impuestos sobre personas detenidas o encarceladas.

Adoptada por la 29ª Asamblea Médica Mundial, Tokio, Japón, octubre 1975

Introducción

El médico tiene el privilegio y el deber de ejercer su profesión al servicio de la humanidad, preservar y restituir la salud mental y corporal sin prejuicios personales y aliviar el sufrimiento de sus pacientes. Él debe mantener el máximo respeto por la vida humana, aun bajo amenaza, y jamás utilizar sus conocimientos

médicos contra las leyes de la humanidad.

Para fines de esta Declaración, la tortura se define como el sufrimiento físico o mental infligido en forma deliberada, sistemática o caprichosamente por una o más personas, que actúan solas o bajo las órdenes de cualquier autoridad, para forzar a otra persona a entregar informaciones, hacerla confesar o por cualquier otra razón.

#### Declaración

1. El médico no deberá favorecer, aceptar o participar en la práctica de la tortura o de otros procedimientos crueles, inhumanos o degradantes, cualquier sea el delito atribuido a la víctima, sea ella sospechosa, acusada o culpable, y cualquiera sean sus creencias o motivos y en toda situación, incluido el conflicto armado o la lucha civil.

2. El médico no proporcionará ningún lugar, instrumento, substancia o conocimiento para facilitar la práctica de la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o para disminuir la capacidad de resistencia de la víctima a soportar dicho trato.

3. El médico no deberá estar presente durante ningún procedimiento que implique el uso o amenaza de tortura, o de otro trato cruel, inhumano o degradante.

4. El médico debe gozar de una completa independencia clínica para decidir el tipo de atención médica para la persona bajo su responsabilidad. El papel fundamental del médico es aliviar el sufrimiento del ser humano, sin que ningún motivo, personal, colectivo o político, lo aleje de este noble objetivo.

5. En el caso de un prisionero que rechace alimentos y a quien el médico considera capaz de comprender racional y sanamente las consecuencias de dicho rechazo voluntario de alimentación, no deberá ser alimentado artificialmente. La decisión sobre la capacidad racional del prisionero debe ser confirmada al menos por otro médico ajeno al caso. El médico deberá explicar al prisionero las consecuencias de su rechazo a alimentarse.

6. La Asociación Médica Mundial respaldará y debe instar a la comunidad internacional, asociaciones médicas nacionales y colegas médicos a apoyar al médico y a su familia frente a amenazas o represalias recibidas por haberse negado a aceptar el uso de la tortura y otras formas de trato cruel, inhumano o degradante.

4.1.9.- Declaración de Venecia, de la Asociación Médica Mundial Sobre la enfermedad Terminal.- (<http://www.unav.es/cdb/ammvenecia2.html>)

Adoptada por la 35ª Asamblea Médica Mundial, Venecia, Italia, octubre 1983

1. El deber del médico es curar y cuando sea posible, aliviar el sufrimiento y proteger los intereses de sus pacientes.

2. No habrá ninguna excepción a este principio, incluso en caso de enfermedad incurable o de malformación.

3. Este principio no excluye la aplicación de las siguientes reglas:

3.1. El médico puede aliviar el sufrimiento de un paciente que padece de una enfermedad terminal, al interrumpir el tratamiento con el consentimiento del paciente o de su familia inmediata, en caso de no poder expresar su propia voluntad.

La interrupción del tratamiento no libera al médico de su obligación de ayudar al moribundo y darle los medicamentos necesarios para aliviar la fase final de su enfermedad.

3.2. El médico debe evitar emplear cualquier medio extraordinario que no tenga beneficio alguno para el paciente.

3.3. Cuando el paciente no puede revertir el proceso final de cesación de las funciones vitales, el médico puede aplicar tratamientos artificiales que permitan mantener activos los órganos para trasplantes, a condición de que proceda de acuerdo con la legislación del país o en virtud del consentimiento formal, otorgado por la persona responsable y siempre que la certificación de la muerte o de la

irreversibilidad de la actividad vital haya sido hecha por médicos ajenos al trasplante y al tratamiento del receptor. Estos medios artificiales no serán pagados por el donante o sus familiares. Los médicos de éste deben ser totalmente independientes de los médicos que tratan al receptor y del receptor mismo

4.1.10.- Declaración de Oslo de la Asociación Médica Mundial sobre el aborto terapéutico.- (<http://www.wma.net/s/policy/a1.htm>)

Adoptada por la 24ª Asamblea Médica Mundial Oslo, Noruega, agosto 1970 y enmendada por la 35ª Asamblea Médica Mundial Venecia, Italia, octubre 1983 y la Asamblea General de la AMM, Pilanesberg, Sudáfrica, octubre 2006

1. La AMM pide al médico que mantenga el respeto de la vida humana.
2. Las circunstancias que ponen los intereses de la madre en conflicto con los intereses de su criatura por nacer crean un dilema y plantean el interrogante respecto a si el embarazo debe o no ser deliberadamente interrumpido.
3. La diversidad de respuestas a esta situación es producida en parte por la diversidad de actitudes hacia la vida de la criatura por nacer. Esta es una cuestión de convicción y conciencia individuales que debe ser respetada.
4. No es función de la profesión médica determinar las actitudes y reglas de una nación o de una comunidad en particular con respecto a este asunto, pero sí es su deber asegurar la protección de sus pacientes y defender los derechos del médico en la sociedad.
5. Por lo tanto, donde la ley permita el aborto terapéutico, la operación debe ser realizada por un médico competente en la materia y en un lugar aprobado por las autoridades del caso.

Si las convicciones del médico no le permiten aconsejar o practicar un aborto, éste puede retirarse

#### 4.2.- CASO PRÁCTICO.-

Como ya hemos venido manifestando a lo largo de este trabajo, los casos de “malas prácticas médicas”, día a día aumentan, y por ende la temática se vuelve

cada vez más polémica. En nuestro país es común escuchar que muchas personas que han acudido a diversos centros de salud, han sido perjudicadas en su integridad física e incluso les ha costado la vida, como producto del actuar imprudente o carente de provisión del médico, y que, en la gran mayoría de los casos, no son ni siquiera denunciadas.

No podríamos jamás generalizar ni calificar la conducta del cuerpo médico con ningún adjetivo. Existen profesionales médicos de enorme valía, a quienes se les debe por mucho el avance de la ciencia médica en nuestro país. La creación de nuevas clínicas y hospitales privados ha hecho que la atención médica se perfeccione e incluso alcance niveles internacionales. Pero tampoco por estas razones podemos cegarnos ante una realidad cada día mas evidente: existen profesionales que con su conducta han quebrantado todo principio ético que, como ya hemos estudiado, en el caso del médico es tan necesario tener en cuenta al momento de ejercer su profesión. Y peor aún, por un mal proceder han causado grave daño a sus pacientes.

Lamentablemente, las malas prácticas médicas no abundan en los Tribunales de Justicia, si comparamos con otro tipo de delitos, a pesar de que es una realidad tan común como el giro de cheques sin provisión de fondos. Los casos por las consecuencias de un mal proceder del médico son miles, pero muy poco denunciadas. ¿Escandaloso?; si, en nuestra realidad, no es de sorprenderse. El cuerpo médico, tan influyente por cierto, no ha permitido nunca que las malas prácticas médicas sean correctamente tipificadas y sancionadas por nuestra legislación. Obviamente se tiene que hacer para ello un análisis objetivo del tema; pero de este análisis los médicos parecen querer ser ajenos y entonces la situación se vuelve prácticamente insuperable.

El escudarse en el espíritu de cuerpo profesional, en criterios como el consentimiento del paciente, en el error o en el caso fortuito, etc, no hace más que provocar que la impunidad impere y, lo que es peor, las malas prácticas se multipliquen debido al mal ejemplo y al quemeinportismo del cuerpo médico. Los ciudadanos se ven atados de manos, si tienen que acudir a un médico, una vez que otro le ha lesionado; el primero difícilmente va a colaborar con el esclarecimiento de la verdad; el segundo acudirá a todo mecanismo que el cuerpo colegiado tiene

para evitar que esto ocurra. Si el ofendido acude a la justicia, Fiscales y Jueces tienen un tortuoso camino para poder encajar la conducta del médico en la legislación penal ecuatoriana, que es insuficiente en este tema.

En nuestra ciudad, ocurre lo ya analizado. Ha habido algunos casos que han sido denunciados, pero muy pocos, quizás los dedos de una mano sobren para enumerar, los que han llegado a sentencia en los Tribunales Penales. Quizás sea un secreto a voces, pero el problema existe, y es misión del Estado ecuatoriano solucionarlo para beneficio de los profesionales de la salud y de la ciudadanía.

Como ejemplo, analizaremos un caso práctico, ocurrido en nuestra comunidad. Para ello hemos escogido el Juicio No 008-06, seguido en el Tribunal Segundo de lo Penal del Azuay, por Lesiones en contra de Luis Remigio Serrano Serrano seguido por Luis Gerardo Calvache, mismo que llegó a sentencia. Debemos destacar que en este caso existe pronunciamiento de la Corte Superior de Justicia, ratificando la sentencia emitida por el Tribunal inferior, situación difícil de encontrar a nivel nacional, misma que servirá de Jurisprudencia para casos análogos.

4. 2.1.- Juicio No 008-06, Segundo Tribunal Penal del Azuay.- Este juicio tuvo sus raíces en la denuncia presentada por Luis Gerardo Calvache en contra del Dr. Luis Remigio Serrano Serrano, el día 16 de julio del 2004, denuncia que recayó por sorteo en la Fiscalía II de lo Penal del Distrito del Azuay, a cargo del Dr. Oscar Medardo Guillen. Para el análisis es indispensable la transcripción de la parte medular de la denuncia presentada; así:

“ING. LUIS GERARDO CALVACHE, ciudadano ecuatoriano, de cuarenta años de edad, de profesión Ingeniero Civil, de estado civil casado, domiciliado en la ciudad de Loja, en mi calidad de representante legal de mi hija menor de edad Mariangel Calvache Torres, conforme se desprende de la partida de nacimiento que acompaño. ante usted respetuosamente comparezco con la siguiente denuncia:

**NOMBRES - APELLIDOS Y DOMICILIO DEL DENUNCIADO:**

El denunciado responde a los nombres de LUIS REMIGIO SERRANO SERRANO, domiciliado en la ciudad de Cuenca en el pasaje Federico Proaño 2-2 en los Altos de la farmacia Fybeca donde funciona la Fundación FUNOR.

#### RELACIÓN CIRCUNSTANCIADA DEL HECHO DENUNCIADO

DÍA: miércoles 11

MES: diciembre

AÑO: 2002

HORA: Entre las 11h30m y las 12h30m.

LUGAR: En la Clínica FUNOR c/ la Fundación FUNOR, la misma que se encontraba ubicada en la calle Alfonso Cordero 1-54 y José Peralta de esta ciudad de Cuenca.

Mi pequeña hija Mariangel Calvache Torres, a través de los correspondientes exámenes clínicos y paraclínicos fue diagnosticada con un absceso -inflamación ganglionar a nivel de la región submaxilar derecha; diagnóstico establecido por los Doctores : Luis Alfonso Castillo y Dalton Arroyo de la ciudad de Loja, sustentado en los exámenes de sangre y el correspondiente ecosonograma realizado por el radiólogo Dr Fabián Lozano. Estas opiniones médicas se vertieron a partir de las molestias causadas en el cuello de mi hija desde el 03 de noviembre hasta el 04 de diciembre del 2002 de conformidad con los exámenes referidos y las recetas médicas prescritas por los facultativos que en copias certificadas y en un disco compacto acompaño a la presente. ( Anexo 1)

Es de recalcar que el mismo informe del Radiólogo Dr. Fabián Lozano concluye diagnosticando la existencia de un absceso -inflamación ganglionar tal como consta en el certificado de lectura del ecosonograma adjuntado a esta denuncia, en cuya razón se prescribieron antibióticos como Buprex y Mesulid conforme consta en las recetas médicas constantes en el anexo No 1.

Siendo el día miércoles 11 de diciembre del 2002 aproximadamente a las 10h30m concurrimos al consultorio médico del denunciado Dr. Luis Remigio Serrano Serrano ubicado en la calle Alfonso Cordero 1-54 y José Peralta donde funcionaba la Clínica FUNOR de esta ciudad de Cuenca a efectos de que a través de una consulta clínica especializada se valorara la salud de mi pequeña hija Mariangel y

que como resultado de esa valoración se prescribiera un tratamiento para el absceso que padecía. El Utorrinonaringólogo Serrano Serrano nos pidió copias de los exámenes realizados en Loja y una vez que revisó el examen de sangre y el Disco Compacto del ecosonograma realizado por el Dr. Lozano y su respectivo informe manifestó casi textualmente " señores, los colegas de Loja les informaron que se trata de un absceso...: pues están muy equivocados..;

¡ que mal diagnóstico!.. Este ecosonograma está muy bien realizado, el Dr Lozano es un buen radiólogo; las nueve tomas que le ha efectuado revelan claramente que se traía de un tumor maligno canceroso. Si ustedes quieren salvar la vida de su hijita debemos proceder este instante y hoy en la tarde aplicarle radioterapia y quimioterapia." A lo que junto con mi esposa respondimos que para diagnosticarla Cáncer a nuestra hija debía contar con otros exámenes clínicos y paraclínicos. Respondiendo el denunciado que no se necesitaba más análisis. El Dr. Luis Serrano S. nos solicitó que nos tranquilizáramos y comentó que él era un prestigioso médico de Cuenca que había salvado muchas vidas y devuelto la voz a cientos de pacientes y que tenía como record más de 18.000 (diez y ocho mil) cirugías de tumores de cuello y cabeza, haciendo hincapié que mi hija debía ser sujeta de una biopsia para obtener en ese instante muestra de los ganglios cancerosos, y que para ello era necesario llamar a un oncólogo de su absoluta confianza para que tomara los ganglios que el extraería del acto quirúrgico y los analizara para determinar la etapa del cáncer y prescribir las dosis de quimioterapia y radioterapia que debían aplicársele en la tarde de este mismo fatídico día 11 de diciembre del 2002.

Acto seguido y frente a nuestra terrible angustia, nerviosismo, estado depresivo, y absoluta desesperación provocados por el tétrico diagnóstico, el denunciado arrancó de nosotros una autorización para practicar la biopsia a nuestra pequeña hija ingresándola al quirófano de esta clínica aproximadamente a las 11h30m, saliendo del quirófano el denunciado y el médico anestesiólogo de quien desconocemos su nombre cerca de las 12h30m .

Casi de inmediato escuchamos el llanto de nuestra hija que había sido trasladada a la sala de recuperación constatando que su boca estaba totalmente desviada hacia

el lado izquierdo simulando un derrame facial por lo que solicitamos explicación pero el denunciado y su anesthesiólogo habían abandonado la clínica.

En estas circunstancias y frente al abandono deliberado del denunciado, solicitamos a la enfermera de turno que se nos entregara las muestras de la biopsia para llevarlas a un médico patólogo y que estas sean examinadas habiendo recibido dos ganglios inflamados extraídos del submaxilar derecho los mismos que se encontraban depositados en un frasco y seis ganglios adicionales muy pequeños de color blanco que estaban guardados en otro frasco de vidrio los mismos que fueron extraídos de la parte posterior de la oreja derecha a decir del médico denunciado.

Siendo las 15h00 apareció el Dr. Luis Serrano en la habitación donde estaba alojada nuestra hija afectada, y nos indicó que debíamos esperar el cese de la anestesia, al mismo tiempo al enterarse de que nosotros habíamos enviado al patólogo los ganglios extraídos se enfureció con nosotros y con su enfermera expresando que estas evidencias quirúrgicas debieron ser analizadas por su oncólogo de confianza y no por otro profesional escogido por nosotros; consecuentemente volvió a abandonar la habitación, para regresar a las 17h00 momento en que nuestra hija se había recuperado de los efectos de la anestesia, instante en que inquirimos enérgicamente al médico denunciado el POR QUE la boca de la niña estaba completamente virada hacia la izquierda, y su ojo derecho paralizado, respondiéndonos que se trataba de una " PARÁLISIS POSTRAUMÁTICA PROPIA DE ESTE TIPO DE CIRUGÍAS" acto seguido exclamó " NO SE PREOCUPEN QUE LA PARÁLISIS EN CUATRO O SEIS SEMANAS VA A PASAR"

Al día siguiente es decir el 12 de diciembre retiramos los resultados del examen patológico suscrito por el Dr. Lauro Montesdeoca, quien revela quejamos ha existido tumor maligno, y que los ganglios examinados (dos de ellos) comportaban simplemente células inflamadas.

Con este nefasto resultado quirúrgico, tuvimos que retirar a nuestra hija de la clínica del Dr Luis Serrano Serrano, por lo que en los días posteriores su estado de salud se complicó; su ojo derecho paralizado se empezó a enrojecer acompañado

de dolor intenso, agregándose a ello su abertura permanente por lo que la conciliación del sueño era imposible.

Frente a este tétrico cuadro post operatorio, cuyos resultados jamás fueron advertidos por el denunciado Serrano Serrano, hemos tenido que recorrer un inmenso vía crucis provocado por la acción deliberada de causarle daño a nuestra hija, toda vez que todos los exámenes médicos determinan que no era necesaria tamaña intervención que de por sí constituye una lesión, la misma que se agrava con la acción negligente y dañosa del profesional denunciado. Es de entender a la sana crítica y deontología médica que el acto quirúrgico realizado a nuestra hija debió ser científicamente justificado, y que esta sea una medida adecuada para mejorar y restaurar la salud física de nuestra querida hija. Sin embargo de las evidencias puestas en este proceso se constata la existencia de un contenido doloso por parte del Dr. Luis Serrano Serrano, quien no solo perjudicó nuestro patrimonio económico sino el más alto de los valores la salud y el físico y estética de nuestra hija.

El denunciado jamás podrá alegar como atenuante el consentimiento dado para que nuestra hija fuera intervenida quirúrgicamente, ya que este fue atrancado con fuerza y con dolo en base a la instauración del temor de perder la vida de nuestra pequeña y es más de que su post operatorio comprendía inmediatamente la aplicación de sesiones de quimioterapia y radioterapia, prescripción médica que jamás se necesitó puesto que mi hija jamás tuvo cáncer y ni siquiera existió un informe médico que arroja tal diagnóstico.

La consecuencia del acto delictivo cometido por el denunciado Dr Serrano, se agrava cuando de manera deliberada a intentando eludir nuestra reclamación por el estado en que salió del quirófano nuestra hija fue el de alejarse del lugar es decir abandonando la clínica FUNOR y por lo tanto omitiendo los cuidados debidos de emergencia que el caso ameritaba y por lo tanto creando un ambiente de acentuación del mal causado en su nervio facial. Al quedar nuestra hija sola en manos de la enfermera de la clínica existió en ese instante el alejamiento de ella a la asistencia del medio de protección a su salud que era la presencia permanente del médico denunciado o en su defecto haber solicitado la presencia de un médico

neurólogo para que de forma inmediata prescribiera acciones y fármacos. Frente a esta realidad es que volvió a operar el principio de la responsabilidad penal del denunciado. Existió plena voluntad y conciencia de parte del denunciado para que mi hija quede desamparada de atención médica por más de tres horas posterior a la traumática operación a pesar de que el mismo Dr. Serrano Serrano conocía del peligro que ese desamparo acarrearía para la salud de mi hija.

Todo este escenario de irrefutable responsabilidad penal pudo haberse evitado si la actuación del denunciado se hubiera encuadrado en los principios científicos, semeológicos; de la deontología médica, todo ello apoyados en la revisión y examen exhaustivo de mi pequeña hija, así como la realización de pruebas clínicas y paraclínicas que jamás la dispuso el denunciado antes de aventurarse y aprovecharse de nuestra desesperación para irresponsable y mercantilmente operar sin necesidad alguna a mi representada.

Este accionar que ha dejado durante todo este lapso afectada física y psicológicamente a mi hija así como a nuestra familia tiene que ser sancionado penal y civilmente, por lo que pido se inicien y se practiquen las diligencias necesarias para la comprobación del delito que denuncio.

El peregrinaje por el que atravesamos es tan grande que hasta la presente fecha seguimos realizando ingentes gastos médicos en busca de una recuperación, para lo cual hemos tenido no solo que ponerla en manos de especialistas médicos de Quito, sino que a nuestra hija la hemos trasladado a la Habana República de Cuba sin que obtuviéramos resultados positivos respecto de la recuperación”.

Una vez transcrita la denuncia que se presentó en el año 2004 en el Ministerio Público del Distrito del Azuay, podemos encontrar que, efectivamente, estaríamos frente a un caso de las llamadas “malas prácticas médicas”, por cuanto para nuestro entender quizás el médico (quizás por el momento procesal) obró de manera precipitada (impudentemente) al diagnosticar un tumor en un área tan sensible del cuerpo y que esta situación provocó que haya operado sin tener un claro panorama del estado real de la paciente y que, como producto de esta operación, la menor haya tenido graves secuelas que afectaron su integridad física.

Del texto de la denuncia se puede observar que se insinúa un actuar doloso del médico, situación ésta que no compartimos en este momento por cuanto es difícil demostrar que el médico haya querido intencionalmente lesionar a su paciente; más bien podríamos establecer que el médico, al realizar esta operación, en un área tan sensible, y a sabiendas de las posibles consecuencias que esta operación traía, no obró con la debida prudencia y negligencia y tampoco en pro de obtener un criterio más objetivo y veraz, libre de todo apresuramiento; y, creyendo que lo que hacía era para salvar la vida de la niña, lo que hizo es empeorar su estado de salud. Podríamos cuestionar la falta de previsión del médico, pero no calificar de dolosa la conducta del profesional.

En este momento se puede apreciar que se trata de un error en el diagnóstico, por cuanto el médico contaba con una serie de elementos y exámenes que aparentemente demostraban que lo que tenía la paciente era un absceso o una inflamación y lo que diagnostica el Dr. Serrano es un tumor maligno. Sobre la base de ese diagnóstico, escoge el tipo de tratamiento y su ejecución, esto es, la operación para extirpación del supuesto tumor.

El señor Fiscal II de lo Penal, dio inicio a la Indagación Previa, para posteriormente ordenar algunas diligencias que fueron evacuadas adecuadamente. Es indispensable hacer referencia al examen médico pericial elaborado por la Dra. Leticia de los Ángeles Bustamante Alvarado, perito médico del Ministerio Público, quien en algunas de sus conclusiones manifiesta textualmente que:

2.- “Haciendo referencia al objeto específico de la denuncia, una vez realizada la valoración clínica correspondiente aproximadamente a los veinte meses de acaecido el suceso, se puede concluir presumiblemente que se encontraba en buen estado de salud antes de los hechos acaecidos”.

6.-“Que en el transoperatorio se han recolectado algunas muestras que han sido llevadas para estudio histopatológico....No hay tumor, Diagnóstico: Parótida, fragmentos, inflamación crónica activa (pared de absceso). Ganglio linfático normal. Lo que indica que existió un proceso inflamatorio de la glándula parótida.

9 “Que la mayoría de los agrandamientos de las glándulas se deben a causas tan benignas como las de carácter inflamatorio o a la formación de mucocelos”

10 “Que globalmente los tumores de las glándulas son relativamente poco frecuentes y representan menos del 2% de los tumores humanos”

12 “Que por topografía indicada en el párrafo anterior, la escisión total de los tumores de este tipo de glándula se dificultan, ya que esta es atravesada por el nervio facial, por lo que en lo posible es necesario evitar este tipo de intervención quirúrgica”

15 “Que...se indica que se ha producido una sección incompleta del nervio facial, y una posterior regeneración aberrante del nervio...”

16 “Que por lo tanto, por los datos expuestos se determina que la lesión postraumática que presenta la paciente : Parálisis Facial del lado derecho, es permanente y que produce alteración de la estética facial por desviación de su hemicara izquierda (lado sano) lo cual se hace mas notorio con diversos gestos o facciones: sonrisa, frunsir la ceja, el seño, silbar, hablar, etc.”

Este examen médico elaborado por un perito del Ministerio Público es fundamental dentro del proceso. Creemos que aporta con algunas de las ideas que se han venido sosteniendo a lo largo de este trabajo. Por ejemplo: la Dra. Bustamante hace referencia a lo que la ciencia médica permite según los criterios científicos que se tienen; es decir, el tipo de anomalía de la paciente no podía presumirse como un tumor maligno, ya que la mayoría de estas inflamaciones son producto de otras enfermedades y que la ciencia médica manda a evitar a toda costa este tipo de operaciones en el área que la paciente tenía afectada, justamente porque podía producirse una sección de los nervios faciales o de otros que causen graves estragos en el paciente, a no ser obviamente que esté en peligro la vida misma del paciente. Lamentablemente, ocurrió todo lo contrario; el médico no acumuló para sí una serie de elementos que le pudieran hacer objetar su primer diagnóstico de tumor maligno, lo que apoya nuestra apreciación de que se trata de un caso producto del cual el médico tratante debe responder penalmente por el

daño ocasionado, ya que efectivamente habría obrado con algunos de los elementos de la culpa, como son: imprudencia, negligencia, etc, lo que provoca el grave daño permanente de la paciente.

Esta última apreciación nuestra se ve consolidada con lo manifestado por el Dr. Luis Lauro Montesdeoca Campoverde, quien fue la persona que realizó los exámenes post operatorios a los ganglios extraídos de la paciente. El Dr. Montesdeoca en la parte medular de su versión rendida ante el Fiscal II de lo Penal del Distrito del Azuay dice:

“...c.- En la "microscopía" se describe todas las características que el anatomopatólogo observa al microscopio. Por tratarse de características microscópicas, excluidas para que lo entienda únicamente el anatomopatólogo, no se puede realizar un desglose detallado, los que no son necesarios para el presente trámite. Pero en términos generales, menciono que la descripción corresponde a todas las características de un absceso y no de un tumor.

d.- En el “diagnóstico”, el patólogo anota lo que definitivamente tiene el paciente, en este caso únicamente una “inflamación crónica y activa de los tejidos”, o lo que es lo mismo decir “pared de absceso”. Además se encontró un “ganglio linfático normal”

2. -"En cuanto a comentario que debo realizar es lo siguiente: a pesar de que hay varios síntomas, signos y exámenes previos a mi examen anatomopatológico a favor de un absceso de parótida, a esta niña le intervinieron con el diagnóstico de un tumor, no existiendo un razonamiento lógico para esto. Además, si el cirujano, mantenía dudas sobre los exámenes previos, existía otra posibilidad para descartar si se trataba realmente de un tumor o de un absceso, me refiero a que debió realizarse un examen Transoperatorio o Estudio por Congelación, que consiste en lo siguiente: el momento en que el cirujano empieza su cirugía, escinde ó extrae una mínima cantidad de tejido y lo envía para que se realice un examen anatomopatológico por Congelación a cualquiera de los laboratorios que en Cuenca se realizan, y que no duran más de ocho minutos, cuyo informe, el Anatomopatólogo lo realiza inmediatamente por escrito o por teléfono, para que de acuerdo a si es tumor maligno o benigno, o una simple inflamación, como en este caso, el cirujano proceda a sacar mas o a suspender la cirugía, o hacer únicamente

una limpieza de los tejidos, como en este caso debió realizarse. Este examen Transoperatorio o por congelación se realiza actualmente en SOLCA en el Hospital Vicente Corral Moscoso, en la Clínica Santa Ana {donde trabajo yo), y en la Clínica Santa Inés...”.

Insistimos: la transcripción de esta versión refuerza los criterios emitidos en este trabajo.

El sospechoso (por el momento procesal) rindió su versión ante la autoridad que llevaba adelante la Indagación Previa. creemos importante transcribir partes de su versión, pues en ella se observa la manera como encamina su defensa tanto él como sus abogados.

“...El día de once de diciembre del dos mil dos acude a mi consultorio en unión de sus padres la niña Mariágel Calvache Torres quien presenta masa cervical en el lado derecho del cuello, la tumoración o la masa cervical es móvil y no da para pensar en un absceso de glándula derecha como sugiere un examen ecográfico practicado en Loja Ecuador... por lo que se procede a la extirpación. Procedo a intervenir quirúrgicamente previo las indicaciones y riesgos de la cirugía tanto mediatos como inmediatos y con la autorización del padre de la menor Ing. Luis Gerardo Calvache. En la cirugía se encuentra una masa muy adherida y por debajo de la cola de la parótida, la que se procede a su extracción como consta en la clínica. Posteriormente a la intervención la niña presenta paresia (parálisis incompleta) de la rama cervical del nervio facial, la que puede deberse a que se englobó dentro de un punto de sutura esta rama y que es consecuencia lógica del tipo de cirugía que se realizó...Debo aclarar que la cirugía practicada en la menor es un procedimiento necesario el comportamiento de las masas cervicales puede llevar a complicaciones que ponen en riesgo la vida del paciente, en el cuello se puede realizar punción biopsia o biopsia insicional, ya que pueden diseminar el contenido de la masa cervical, por eso es necesario realizar biopsias excionales con extirpación de toda la masa cervical, el encontrar o no tumor es resultado del examen patológico...”.

Pensamos que la defensa del profesional implicado en este caso, debió respaldar con una amplia doctrina médica lo que asevera el Dr. Serrano. Es decir, si el médico tenía la certeza de que la operación que realizó era la única forma de reestablecer la salud de la paciente y alejar todo peligro sobre ella, debió respaldar sus criterios con bibliografía adecuada y con testimonio de peritos acerca del tema. Esto por cuanto pensamos que en el señor Fiscal, y posteriormente en el Juez y en el Tribunal Penal, se podría haber generado dudas con respecto al actuar culposo del médico, ya que la ciencia médica no es exacta, y si es que en algunos casos la doctrina no dicta claramente que algo esta prohibido de hacer según los criterios generalizados acerca del tema, deja pues en la experiencia y conocimientos científicos del médico la decisión de realizar tal o cual tratamiento en pro del bienestar el la niña. Pero en el presente caso, la defensa no genera dudas en el Fiscal, luego, como veremos, tampoco en el Tribunal, a pesar de que su cliente es un profesional con enorme trayectoria.

En fecha 9 de febrero del 2005, se lleva a cabo la Audiencia de Inicio de Instrucción Fiscal, diligencia llevada realizada en el Juzgado II de lo Penal de Cuenca, cuyo titular conoció la causa por sorteo. El señor Fiscal que impulsa el expediente hace referencia a los elementos por él recogidos, esto es la denuncia con su respectivo reconocimiento de firma, la versión del denunciante Ing. Calvache que es concordante con el contenido de la denuncia, así como los exámenes realizados y demás versiones receptadas, que han hecho presumir la existencia de un delito de lesiones tipificado en el Art. 466, en relación al Art. 472 del Código Penal en contra del imputado Luis Remigio Serrano Serrano.

El delito por el que se inicia la Instrucción Fiscal es el de lesiones tipificado y sancionado en el Art. 466 en relación al Art. 472 del Código Penal.

Art. 466.- “ Si los golpes o heridas han causado una enfermedad o incapacidad para el trabajo personal, que pase de noventa días, o una incapacidad permanente para los trabajos a que hasta entonces se había dedicado habitualmente el ofendido, o una enfermedad grave, o la pérdida de un órgano no principal, las penas serán de prisión de uno a tres años y multa de treinta y un a ciento veinte y cinco dólares de los estados Unidos de Norteamérica.”

Art. 472.- “Es reo de heridas o lesiones inintencionales el que las ha causado por falta de previsión o de precaución, y será reprimido con prisión de ocho días a tres meses y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, si el acto no estuviere más severamente castigado como delito”.

Ya en la etapa de Instrucción Fiscal, se designa al Dr. Gabriel Tenorio Salazar como perito para que responda a una serie de cuestionamientos que hace la defensa del imputado, cuestionamientos de carácter eminentemente médico. A continuación vamos a repasar lo más importante del informe preparado por el Dr. Tenorio:

“4.- Que el señor Perito Médico determine que en Cirugía de cuello es axiomático, no realizar punciones ni biopsias, porque se podrían producir lesiones de estructuras del cuello y diseminaciones tumorales?

Respuesta: la región del cuello, por la gran cantidad de elementos nerviosos, vasculares y órganos que contiene es muy delicada y se dice en medicina que en ella no se deberían realizar punciones o exploraciones no diseccionadas por control visual directo y por cirujanos con experiencia; y por ello todos sabemos que intervenciones en esa región pueden dejar secuelas sobre todo de tipo neurológico.

5.- Que el señor perito médico determine si con los exámenes presentados en esta investigación, el Dr. Montesdeoca puede concluir que se trata de un simple absceso y de que la lesión de paresia facial de la niña Calvache es yatrogénica; pues exámenes de topo diagnóstico como el test de Shinner, y el Test de Blatt, y el reflejo Estapedial no han sido presentados?.

Respuesta: el Dr. Montesdeoca, con el examen microscópico realizado, puede concluir que la lesión extirpada es la pared de un absceso, no si es simple o complejo, eso es otro criterio que depende de las circunstancias que se explican en la respuesta a la pregunta número nueve de este interrogatorio. En cuanto a que la lesión de un segmento del nervio facial, luego de la cirugía por el sector del cuerpo que ese nervio transcurre es o no iatrogénica, debo informar que se da ese nombre a las lesiones no intencionales, producidas por el médico en o durante el accionar del mismo. Si cualquier médico, sabiendo la zona por la que transcurre este nervio, sabiendo la cirugía practicada y conociendo que los síntomas y los signos que

demuestran la lesión de ramas del nervio facial aparecen inmediatamente luego de la cirugía, hubiera dicho, afirmado o pensado, que la lesión neurológica se produjo dentro del acto médico realizado en la niña; por tanto, para nosotros, la lesión sería iatrogénica, mientras no se demuestre lo contrario.

...Respuesta (a la pregunta 15): no puedo responder porqué la Dra. Bustamante da tanta importancia en su informe a la glándula parótida y a las glándulas salivales y sus lesiones. Si el criterio de un médico es extirpar la glándula entera o una parte de ella, ese criterio orientará la intervención. Si el criterio del médico es realizar una punción o una biopsia, el médico tomará las precauciones debidas y hará la intervención. Si la literatura médica contraindica la realización de ciertas pruebas o exámenes, el médico no las realizará.

Podemos observar que el informe emitido por el Dr. Gabriel Tenorio Salazar, es un elemento de convicción que hace presumir efectivamente que el Dr. Serrano es autor de un delito de lesiones inintencionales, mas no que es inocente o libre de culpa como quería argumentar la defensa al presentar el interrogatorio. Creemos que este cuestionario conjuntamente con el examen de la Dra. Bustamante y el criterio del Dr. Montesdeoca, son fundamentales para la posterior acusación que realiza la Fiscalía, pues en cierta manera refuerza los elementos aportados por los profesionales antes citados. Este informe, lejos de ser prueba a favor, es un elemento decisivo en contra y lesiona enormemente la defensa del imputado.

El imputado a lo largo del proceso no presenta bibliografía ni versiones que respalden lo que él argumenta, pensamos que quizás no existen, no podemos tampoco hacer un análisis científico – técnico de aspectos médicos, dado nuestro desconocimiento del tema. Pero podemos deducir esta situación por cuanto lo que se aporta más bien son elementos que hablan de la buena conducta y la labor loable del profesional, mas no que rebatan el argumento de la fiscalía y del denunciante, lo que crea certezas en el Fiscal sobre el actuar culposos del médico.

En esta etapa se presenta la debida acusación particular, previo al dictamen acusatorio del representante del Ministerio Público.

El día 16 de Marzo del 2005, a las 08h47, el Dr. Oscar Medardo Guillén, Fiscal II de lo Penal del Azuay, emite el dictamen acusatorio en contra de Luis Remigio Serrano Serrano. El representante del Ministerio Público hace referencia a los elementos de convicción que ya hemos analizado. Vamos a transcribir las conclusiones a las que llega el Dr. Guillén por cuanto, nuevamente, aportan con criterios que concuerdan con los expuestos en este trabajo.

“5.-CONCLUSION:

Del análisis de los elementos de convicción que obran del expediente aparecen cumplidos los presupuestos establecidos en el tipo penal de lesiones inintencionales, ya que pueden presentarse tanto por la conducta negligente del ciudadano cualquiera como la de un profesional, siendo culposa la conducta de quien presta asistencia sin la diligencia debida, es decir que cuando el médico pese a estar bien formado actuó con descuido en el caso concreto...”

Se hace referencia además en las conclusiones del Dr. Guillen a la negligencia, imprudencia o impericia y la inobservancia de reglamentos del arte médico en los que el Dr. Serrano habría caído y por lo cual se produce el resultado. En esta virtud, la Fiscalía lo acusa de autor del delito de lesiones inintencionales, conforme el Art. 472 del Código Penal.

Si bien no hace referencia concreta a si es un obrar negligente, imperito o imprudente o si violó los reglamentos, pensamos que el médico actuó imprudentemente y además no observó las reglas que la medicina entrega en sus manos para salvar la vida y cuidar de la salud de la persona, cuestión esta que incluso está mencionada en el Código de Etica Médica. Los conceptos de imprudencia aplicados son los de la culpa en general, por cuanto la culpa in specie, no está normada en nuestra legislación.

Pero podemos fácilmente encasillar esta conducta como imprudente, dentro de la culpa médica, analizada y estudiada en el capítulo II de este trabajo. Imprudente es quien actúa sin buen juicio, precipitadamente, con desprecio por las consecuencias que puedan derivar de la propia conducta. Sin duda, la prudencia debe ser una de las virtudes médicas, pues es esencial que el médico ejerza su profesión con

cordura, moderación y cuidado. Viene a ser un conocimiento idóneo y apto para realizar el acto profesional y requiere el ejercicio de valores y conductas que se conjugan con la experiencia para saber lo que se debe hacer y el trato que debe dar al paciente y a sus familiares. Como señala Avecone, si un médico se decide a una operación arriesgada en extremo, conociendo los riesgos y sin tomar las precauciones necesarias, calculando solo aspectos científicos o económicos, será imprudente, pero si decide tal operación ignorando los riesgos de la misma, será imperito. Es claro entonces que nos encontramos frente a un actuar impudente.

Con posterioridad, se cuenta con el Auto de llamamiento a Juicio emitido por el señor Juez II de lo Penal de Cuenca, el día 30 de mayo del 2005, las 16h40, en contra de Luis Remigio Serrano Serrano.

Del análisis del auto en referencia podemos apreciar que el Fiscal sostiene el dictamen acusatorio sobre la base de los elementos por él recogidos, la parte acusadora respalda lo actuado por la Fiscalía, pero en cambio rebate en relación al tipo penal por el que se acusa, ya que para la Fiscalía es el Art. 472 del Código Penal (lesiones inintencionales), y para la acusadora debería ser el Art. 467 (lesiones que provocan incapacidad permanente). La defensa del imputado hace referencia al Código de la Salud como instrumento legal que debería sancionar al Dr. Luis Serrano. Ante ello, el señor Juez emite el auto considerando que efectivamente se estaría tratando de un delito culposo, así enumera varios criterios al respecto emanados de tratadistas como Zavala Baquerizo o Arteaga Sánchez, los mismos que han sido fundamento para la realización de este trabajo. Desecha la defensa del imputado así como lo manifestado por la acusadora particular. Llama a juicio por lo establecido en el Art. 472 del Código Penal; esto es, lesiones inintencionales. Se dispone el embargo de bienes hasta por veinte mil dólares”

La parte acusadora insiste en impugnar el tipo penal, y es así que se apela el auto de llamamiento a juicio. El 11 de enero del 2006, el Tribunal de la Primera Sala de lo Penal de la H. Corte Superior de Justicia de Cuenca, una vez que analiza a fondo el proceso penal que se sigue en contra de Luis Remigio Serrano, efectivamente acepta el recurso de apelación interpuesto, es decir llama a juicio al imputado pero reforma el tipo penal, y procede el tipo de lesiones conforme el Art. 466 de Código

Penal en relación al Art. 472 del cuerpo de leyes citado, ratificando las medidas cautelares dictadas por el Juez de primera instancia, además de la captura del prenombrado para legalizar su detención, por cuanto, de la reforma del tipo, la sanción que acarrearía sería de más de un año de prisión.

En este momento, nos ratificamos en el criterio expuesto al iniciar este análisis. No se trata de un delito doloso, sino de un delito culposo. Si bien la defensa habla de que el médico provoca un diagnóstico equivocado, de que obró con mala fe al insinuar un diagnóstico “tétrico” a los padres, etc, no podemos hablar de dolo, por cuanto para que el dolo surja es necesario demostrar que el médico ha obrado de mala fe o ha obrado conscientemente con el fin de causar daño. No podemos sostener que el médico actuó de mala fe o que quiso hacer daño a la paciente; el médico la atiende como atiende a cualesquier otro paciente, y lo que hace es aparentemente lo que estaba obligado hacer. Lo que ocurrió, a nuestro parecer, es que actuó precipitadamente, no se formuló un cuadro objetivo y certero de lo que tenía la paciente a pesar de tener los instrumentos para ello, lo que provoca la lesión o el resultado dañoso es su conducta imprudente. No se podrá alegar que no actuó libre de culpa, si no demuestra que la ciencia médica puede facultar a hacer lo que hizo, pues la larga trayectoria del profesional apoya la presunción del actuar culposo del médico.

Si bien pudiese existir dolo, por cualquier consideración, incluso de tipo económica, y si en el trasfondo del tema, esta situación esté latente y sea esa un estigma que en la actualidad lleva consigo la profesión médica, esta situación no se ha demostrado fehacientemente dentro del proceso, y tampoco nos corresponde juzgar al profesional en ese sentido. Además, debemos notar que del análisis del expediente se demuestra que el médico obra conforme a los principios establecidos en el Código de Ética del Médico, esto es haber realizado una ficha clínica, comunicar a los parientes, etc., lo que también aporta para desvirtuar la tesis del dolo.

Posteriormente, el 21 de febrero del 2006, se procede a pasar la Audiencia Pública, para conocer y resolver la situación jurídica de Luis Remigio Serrano Serrano, ante el Segundo Tribunal de lo Penal del Azuay.

En la sentencia dictada el día 3 de Marzo del 2007, las 11H00, podemos apreciar que se da paso a los testimonios de la parte ofendida como de la acusada; se receptan las versiones de los testigos y peritos, así como se inician los debates. Consideramos ocioso volcarnos a analizar estos aspectos por cuanto, como es obvio, el señor Fiscal (quien para este momento no es el mismo que conoció la causa, por un cambio administrativo, y el nuevo asume la acusación sobre la base del delito tipificado en el Art. 466 en relación al 472 como así lo estableció el Tribunal Superior) y la acusadora particular, manifiestan que se trata de un delito doloso, por cuanto el médico con conciencia de que se trataba de un tipo de absceso, procede a practicar una operación de alto riesgo en un paciente con un supuesto tumor maligno, y que esta situación es provocada por motivos de índole económica, y que incluso habría el médico infundido temor a los padres con un diagnóstico premeditadamente equivocado; hasta se traen antecedentes penales del acusado. Se habla de un diagnóstico deliberadamente equivocado, etc. La defensa habla de que el profesional actuó conforme a su conciencia, que es un médico con enorme trayectoria, y que conoce a fondo el tema y que esa era la única manera de salvaguardar la vida de la paciente, etc.

En este punto, creemos que es muy importante transcribir los considerandos de la sentencia del Tribunal, por cuanto nos va a ilustrar adecuadamente sobre el tema y va a reforzar todo lo estudiado en este trabajo.

“...Deliberado por el Tribunal para dictar la sentencia que corresponda, se considera: PRIMERO: Por haberse observado las solemnidades legales sustanciales inherentes al presente trámite se declara su validez, tanto más si existe ya una decisión sobre su validez tomada por el superior, según lo dispone el Art. 363 del Código de Procedimiento Civil, ley supletoria del Procedimiento Adjetivo en caso.- SEGUNDO: La del enjuiciamiento penal consiste en establecer tanto la existencia material de la infracción y el nexo causal que determine la responsabilidad penal de los acusados, siendo obligación del Tribunal valorar la prueba aportada y en base a los méritos expedir sentencia apegado a la Justicia y al derecho, la resolución que corresponda a la verdad histórica y procesal, conforme lo disponen los Arts. 79, 83, 85, 86, 90, 150 y 252 del Código de Procedimiento

Penal.- TERCERO: Con relación a la , existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, se hacen las siguientes consideraciones: A) Sobre la existencia de la infracción resulta fundamental establecer que desde el punto de vista jurídico el término lesión es genérico, se refiere a todo daño orgánico que afecte a la integridad corporal de una persona, constituido por cualquier detrimento, que debe ser establecido como injusto y antijurídico, es una violencia que causa daño anatómico, físico o funcional.- En el caso de la ofendida Mariangel Calvache Torres, la pericia médico legal de la Doctora Leticia Bustamante, concluye que "la lesión postraumática que la paciente; Parálisis Facial del Lado Derecho, es permanente y produce alteración de la facial por desviación de su hemicara izquierda (lado sano), la cual se hace notoria con diversos gestos o facciones: sonrisa, fruncir la ceja y el seño, silbar, hablar, etc. Que al momento la paciente, debido al tratamiento de rehabilitación que ha venido recibiendo, se aprecia que existe una leve atrofia de su hemicara derecha; que la paciente amerita continuar con tratamiento de fisioterapia para evitar que se produzca una mayor atrofia de su hemicara derecha, en la que existe poca conducción motora por lesión incompleta del nervio facial", informe ratificado por la médico en la audiencia. Las respuestas al interrogatorio formulado por el Dr. Gabriel Tenorio, nombrado perito (sic) Fs. 123~130vta. No tiene el carácter de pericia médico legal, pues contiene a las inquietudes médicas del acusado, sin haber examinado a la ofendida, conforme lo afirmó el testigo. Los múltiples informes de carácter médico, y los testimonios de los de la ofendida, y de los Doctores Gabriel Tenorio y Franco Romero, que examinaron físicamente a la ofendida durante la audiencia, concluyen que efectivamente Mariangel Calvache presenta una lesión en parcia del lado derecho de la hemicara, que la lesión es con posibilidades de rehabilitación en un 90%, siempre que se mantengan un adecuado tratamiento fisiatra, o una microcirugía, o un injerto de células madre, tratamientos que todavía no son posibles de practicarlas en nuestro país.- Según el testimonio del ofendido Ing. Calvache, el Dr. Luís Serrano, en calidad de médico en la especialidad de Otorrinolaringología, de revisar el historial de la paciente de cuatro años de edad, conoció que los Médicos clínicos de la ciudad de Loja, diagnosticaron que la dolencia de la menor consistía en un ABSCESO, no obstante a sabiendas sin tornar ninguna medida de prevención o precaución y hasta desestimando la sugerencia oportuna da los de la niña, en el sentido de que aquel diagnóstico debía ser

confirmado o desechado sometiendo a nuevos exámenes, el Dr. Serrano argumenta no era necesario tal sugerencia porque los médicos estaban totalmente equivocados en su diagnóstico, ya que la enfermedad de la niña era un tumor canceroso de los ganglios de la parótida que debía ser sometida de inmediato a cirugía para salvarle la vida, asegurando que su "estándar" como médico de conocimientos científicos y experiencia con más de mil operaciones garantizaba su diagnóstico a cirugía y que por la tarde aplicaría quimioterapia y radioterapia, por lo que por la gravedad del diagnóstico, los padres de la niña, no les quedó otra alternativa sino de autorizar al Dr. Serrano para que obtenga una biopsia, quien no puede ampararse en que para actuar obtuvo el consentimiento del padre de la paciente, el predicho consentimiento no se extiende a proteger la Irresponsabilidad del médico, el cual está obligado a prestar toda la atención y el cuidado necesario en la práctica de su importante profesión. En contexto, según Alfredo Achaval, en su obra Manual de medicina Legal, que "El diagnóstico es sólo una hipótesis que el médico elige entre las más probables". Por tanto, los médicos que examinaron a la paciente con responsabilidad han diagnosticado que tenía un absceso, particular que ha sido confirmado luego con el examen de laboratorio del Dr. Luis Montesdeoca quien dice que no había tumor canceroso, sino una simple Inflamación de los tejidos de la parótida. De suerte que, el acusado Dr. Luis Serrano, luego de conocer los criterios de los médicos clínicos, tenía la obligación de disponer nuevos exámenes para confirmar los diagnósticos de aquellos médicos tratantes para luego dar un tratamiento adecuado, examinando a la niña, según las reglas de la deontología médica, empleando todo el tiempo previsión o precaución en los exámenes para luego aplicar el método científico más adecuado no causar daño Irreparable a la paciente. Guillermo Uribe Cualla en su obra Medicina Legal y Psiquiatría Forense, en la página 230, dice: "La sección de los filetes nerviosos del facial da origen a parálisis y desviaciones de la cara, que constituyen deformidades y perturbaciones funcionales más o menos notables"; y, en la pág. 250, enseña que "La palabra Deformidad viene del latín *deformitas*, y su significado es este: falta de proporción o de regularidad en la forma. En medicina legal y de acuerdo con nuestras leyes penales, debe entenderse por deformidad física todo efecto que cambie la integridad, la proporción, el orden o la armonía que normalmente tienen o guardan entre sí las partes constitutivas del cuerpo humano en su configuración exterior. Es decir, todo aquello que altere la modalidad normal con la que Proporcionalmente

intervienen los elementos objetivos de la belleza en la constitución de lo que acostumbramos llamar las formas, constituye una deformidad física. El cambio puede afectar la hermosura del semblante, o bien la esbeltez, soltura y elegancia del cuerpo en reposo o en movimiento, que es lo que constituye deformidad propiamente dicha.". El profesor Merlo Rojas, citado por Uribe, en la pág. 243, sostiene que "En medicina se entiende por lesión una destrucción o alteración en la anatomía de un órgano, ya sea por un proceso patológico o por un traumatismo, pero en este último caso, cuando hay sección de tejidos -como en el presente caso- se usa sobre todo el termino de herida", criterio que encaja perfectamente con el Art. 472 del C. Penal que dice "Es reo de heridas o lesiones intencionales el que las ha causado por falta de previsión o de precaución, y será reprimido con prisión de ocho días a tres meses de prisión y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norte América, si el acto no estuviere más severamente castigado como delito especial."; adelante, -dicho autor- agrega que "La deformación debe tener cierto grado: perjudicar la belleza del rostro en forma visible y que la atención, sin ser necesario que llegue a la desfiguración extrema causante de horror o asco, o desagrado". Lo que es mas, la deformidad facial según los peritos médicos, es permanente y por consiguiente, no se modificará con métodos científicos ni con el transcurso del tiempo, por tratarse de una enfermedad funcional grave. Precisamente a este respecto, el Profesor Carrara (italiano) en su Tratado de Medicina Legal, al hablar de las lesiones personales: "sustancialmente, en el *sfregio* (grave) hay una alteración de la estética de la cara, de la de sus lineamientos, y en la cual no se alteran la expresión ni el mecanismo de la mímica, mientras que en la *deformozoides* (gravísima) hay una alteración mas grave, no solamente en la cara sino en su morfología, tornandola en repugnante, mientras el *sfregio* es simplemente desagradable a la vista". El precepto penal anotado "exige la víctima haya sufrido la herida o la lesión de manera Inintencional para que la conducta lesiva sea penada, sea cualquiera la gravedad de la lesión o el tiempo de curación o el trabajo que requiera el sujeto pasivo", comenta Jorge Zavala Baquerizo en el Torno IV sobre Delitos contra las personas; y luego agrega que "Este fundamento se encuentra en el hecho de que en la conducta del agente no existe Intención de causar un daño, sino que éste, es causado por la conducta Imprudente o falta de precaución del autor...para que se llegue a consumar la lesión In intencional es necesario que el agente la haya causado por falta de previsión o

de precaución" . Mas adelante Zavala, sostiene que "Los profesionales, particularmente los de la profesión sanitaria, están expuestos a que con toda ligereza se los acuse de haber cometido el delito de lesiones intencionales por la llamada y no entendida "mala práctica profesional". Sobre este punto es importante hacer presente que no se debe confundir la falta de precaución de un profesional con un resultado no exitoso dentro de un proceso de curación o de cirugía. A este respecto, se debe tomar en consideración que todo médico, actúa de acuerdo con las normas de su ciencia o arte y que es muy poco frecuente que lo haga con imprudencia y falta de cuidado. Dice Cuello Calón en su obra Derecho Penal que "cuando se cause daño a la salud del paciente y proviene de haberse practicado, por ignorancia o Imprudencia una operación no Indicada, o estando se hubiere efectuado con infracción de las reglas del arte médico por impericia o negligencia del operador, podrá ser responsable de lesiones por imprudencia y civilmente de la Indemnización del perjuicio causado". En el presente caso, el Art. 472 del C. Penal, categóricamente regula que solo habrá herida o lesión intencional cuando "la falta de previsión o de precaución" ha sido la causa de heridas o lesiones. B) Sobre la Responsabilidad del acusado Dr. Luis Remigio Serrano Serrano, se hacen las siguientes consideraciones: 1) El Tribunal está para juzgar la conducta antijurídica del acusado, por el hecho que produjo la lesión descrita, y no sobre la pertinencia médica de la Intervención quirúrgica o los criterios científico-médicos, que son Incumbencia exclusiva de los profesionales de esa rama, sobre cuya responsabilidad establece privativa competencia el Código de Ética Profesional de los medicos, conforme dispone su Art. 6. "El médico desde que es llamado atender a un enfermo, se responsable de proporcionarle todos los cuidados médicos necesarios que recupere su salud. Su responsabilidad mayor será la conservación de la vida del enfermo". 2) El Acusado ha demostrado que su procedimiento se ajustó a los dictados científicos, éticos que se estilan a! efecto, (Arts. 7, 15, 19, 78 y 124 Ibídem), esto es: la ficha clínica escrita de su paciente y la evaluación de los resultados de su procedimiento ( fs. 73 a 75), la autorización previa del enfermo o su representante, la autorización Incluirá el tipo de intervención, los riesgos y las posibles complicaciones, (fs. 71) la misma que si bien no contiene el nombre de la paciente, inobjetablemente se trata de un error de forma que no la esencia de lo que se conoce, tanto más que el de la ofendida ha reconocido haber suscrito dicha autorización; la obligación de advertir el diagnóstico a pacientes o los familiares,

en estricto al estudio de la patología encontrada y en concordancia con su real capacidad, conforme lo reafirmó el acusado, a! decir que si fuera e! caso volvería a operar, porque el caso que se le presentó, vistos los exámenes de sangre y ecosonográfico hacían presumir la existencia de un tumor, el mismo que si era benigno o maligno sólo era posible mediante el examen del laboratorio patológico, lo cual resultaba indispensable intervenir quirúrgicamente, lo pronto posible, por el peligro que entrañaba, dada su ubicación en el cuello y su posibilidad de diseminación; Que en su caso, tratándose de una cirugía en el cuello, y que por su larga trayectoria profesional, con muchos reconocimientos a su favor y de doce mil intervenciones, resultaba ser la persona mas indicada para la Intervención; y, finalmente que no requería de más auxiliares de diagnostico y tratamiento, que con los que le presentaron los padres de la niña, eran suficientes; 3) La ley y la doctrina refieren que las lesiones deben ser causadas ya en forma dolosa ya en forma culposa. En materia penal, el obrar consciente del médico tiene dos aspectos; si es su voluntad causar daño, habrá dolo si su intención es causar daño a su paciente, lo cual no ha sido probado, ya toda la prueba Indica que hubo un trato normal, con el propósito de restablecer la salud de la paciente Calvache Torres; si la voluntad y propósito es bueno y no obstante falla por no adecuar cuidadosamente su obrar de acuerdo con esa intención, culpa. dice el Dr. Aníbal Guzmán en su Diccionario Explicativo del Derecho penal, Tomo II (pp 550 y 551) dice que: "El asunto de Intervenciones quirúrgicas nos lleva a considerar la conducta del médico que puede incurrir en el campo penal. Conviene hacer acotaciones al respecto: el ejercicio de la profesión médica, al igual que todas debe ser altamente ética. Su finalidad es la defensa de la vida y de la salud. En la realización de intervenciones y más aún si ellas implican extirpación de algún órgano o parte de él, mediar el consentimiento del afectado, de su representante legal o familia a cargo, si no pudiere darlo el Interesado. Además, debe haber la explicación del riesgo y de las posibilidades a favor o en contra. Puede haber de parte del médico descuido o culpa y en ciertos casos dolo...Dentro de los diversos campos de la medicina todo descuido puede ser de graves consecuencias:...siendo la curación un acto de responsabilidad, el descuido o culpa y con mayor razón el dolo, dan lugar a la acción penal..." Es decir que sobre el delito culposo Inintencional la previsión significa prever, adelantarse a pensar que en una circunstancia tal puede acaecer un hecho negativo y dañoso. De la falta de previsión dimana el peligro ante un hecho dañoso, sin que el agente

del hecho pueda objetar que le faltó prudencia, juicio reflexivo, dada su larga trayectoria como especialista en cirugía en cuello master en esa especialidad, más de doce mil cirugías, todo lo cual abona en su favor como profesional, pero ello no le exime de poner toda la atención y cuidado al asumir un tratamiento quirúrgico, pues tratándose de culpa ella es inexcusable. La negligencia equivale a descuido, falta de cumplimiento de un deber impuesto, a desatención a lo que debe hacerse. Dice Guzman que "en el acto Imprudente no hay dolo, ni mala fe, ni ánimo deliberado de causar mal, notas estas propias del delito doloso, donde el agente del hecho conoce a la víctima en el culposo puede ser cualquier persona". El Tratadista Dr. Luis Cañar Lojano, en su obra Derecho Penal - Parte General, pp. 348. nos enseña que "La culpa es una actitud contraria al deber y, por ello, reprobable. El sujeto tenía el deber de ser cauto y atento, y, sin embargo, ha obrado con ligereza.: tal modo de comportarse justifica la punición del delito culposo". El mismo autor, glosando a Francesco Antolisei. ob. cit. p. 347: nos dice que para "El delito culposo es preciso, ante todo, una acción "cometida con conciencia y voluntad, un comportamiento atribuible al querer del sujeto. Requiriéndose además; la falta de aquella voluntad en orden al resultado que caracteriza al dolo, no querido ni directa ni indirectamente, pero para la existencia de la culpa es preciso además, que el hecho sea debido a una imprudencia, negligencia o impericia, o bien a una inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o Instrucciones., entendiendo en este caso a la imprudencia, precisamente la Insuficiente ponderación que supone una consideración escasa para los ajenos. La culpa es un vicio de la voluntad no de la inteligencia". 4) La falta de acatamiento a normas y reglamentos que canalizan la previsión es el delito, porque se esta violando impuesto por la ley o por la autoridad y dado precisamente para prevención de daños. En este caso, el Código de Ética aprobado por la Federación Médica Nacional, es un conjunto que norma el comportamiento profesional del médico, que en el Art 2 se dice que el médico tiene la obligación de acatar y cumplir las resoluciones de los órganos de la Federación Médica, en este caso su propio Código de Profesional, tan es así que en el Art. 125, dispone que en los casos en que el medico involuntariamente ocasiones iatrogénica comprobada, tiene la obligación de comunicar lo sucedido al paciente y evitando cobrar honorarios que la demande". Lo cual, por supuesto no exime de la responsabilidad dicha conducta conlleva. 5) En el caso que nos ocupa, todos los informes y testimonios profesionales que se han actuado como prueba, en esta

audiencia de juicio, incluyendo el testimonio del acusado son coincidentes que al ser intervenida quirúrgicamente la ofendida, sufrió una sección parcial, de una de las ramas del nervio facial, posiblemente por algún punto de sutura, provocando la parálisis facial de la hemicara derecha, lesión que tiene el carácter de permanente, lo que supone una conducta culposa, dado lo delicada de la zona donde se intervenía, se debió tomar todas las precauciones y atención no provocar alguna en la paciente, en una zona que nada tenía que ver con la afección que sufría dicha paciente. El médico tenía la posibilidad, dados sus conocimientos, de prever el resultado dañoso, no actuó como hubiera podido y debido hacerlo b) Por la misma naturaleza de su actividad, el médico produce voluntariamente lesiones en el cuerpo del paciente; de un cirujano, trátase de otro que utiliza métodos Invasivos podría decir que se configura un hecho delictuoso. La voluntad del médico, su intención, no es "dañar"; al contrario, se ha visto y ahora puede entenderse, como su finalidad es curar, el acto no constituye delito, a menos que obre culpablemente;

7) El cuadro procesal descrito, apreciado conforme a las reglas de la sana crítica, constituye un conjunto de elementos, con los que se ha probado, conforme a derecho, tanto la existencia material de la infracción, como la responsabilidad del acusado.- Por lo expuesto, el Tribunal ha llegado a la certeza de que el procesado es autor del delito de lesiones inintencionales,- CUARTO: Los argumentos de la defensa se los desecha por no corresponder a la realidad histórica ni procesal.- QUINTO; Para graduar la pena que corresponde imponer se considera que no es reincidente, de que no existe ninguna agravante no constitutiva ni modificatoria de la infracción, y que obran a su favor las atenuantes contempladas en los numerales 6 y 7 del Art 29 del Código Penal, por lo que procede a la modificatoria de la pena.- Por las consideraciones expuestas, el Segundo Tribunal Penal del Azuay, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 312 del Código de Procedimiento

ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, declara que LUIS REMIGIO SERRANO SERRANO, cuyo estado y condición se encuentran consignados en ésta sentencia, es autor del delito lesiones Inintencionales, tipificado y sancionado en el Art. 472 del Código Penal, por lo que se le impone la pena de tres meses de prisión y multa de doce dólares, la misma que, por las atenuantes se la modifica y, en aplicación de lo dispuesto en el Art. 73 del Código Penal, en definitiva se le Impone la pena de DOS MESES de prisión correccional, dejando la misma en suspenso el

cumplimiento de la pena en aplicación del artículo 82 del mismo Cuerpo de Leyes.- Con costas.- Se declara con lugar la acusación particular presentada por el ofendido Ing. Luis Gerardo Calvache y al pago de las indemnizaciones civiles solicitadas...”

Posteriormente la Corte Suprema de Justicia, ratifica la sentencia y la condena impuesta.

Como podemos observar, luego de la lectura de la sentencia, la expresión de los miembros del Tribunal Penal coinciden con muchos de los supuestos sostenidos en este trabajo. Lo que analizamos previamente creemos que aplica a el análisis de la sentencia por lo que no creemos conveniente volver ha hacerlo.

Hemos escogido este caso por el escándalo ocasionado en la sociedad, al estar involucrado un médico de prestigio en la ciudad. Es importante analizar un caso de esta naturaleza por cuanto sirve para esclarecer las dudas que se tienen con respecto al desarrollo de nuestro tema.

Creemos que el análisis del Juicio No 08-06, demuestra la importancia de la temática analizada a lo largo de este trabajo. Se trata de un problema actual, que debe ser considerado seriamente por el legislador para adecuar la conducta culposa del médico en tipos penales concretos que encaminen al proceso penal conforme a reglas y procedimientos claros y se establezcan sanciones suficientes según el grado de responsabilidad y en razón de la profesión del autor del delito, puesto que si continuamos con la realidad que ahora observamos Fiscales, Jueces y Tribunales seguirán exigiendo y estirando la tipificación penal so pena de que por cualquier alegación, en un tema tan sutil como la culpa médica, este tipo de delitos queden en al impunidad.

NOTA: Denuncia, versiones, sentencia, etc, son transcritas literalmente de sus originales, errores de caligrafía y demás son propios de sus autores.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La tarea de analizar la responsabilidad penal del médico en los delitos contra las personas, nos ha llevado a formular algunas conclusiones y realizar ciertas recomendaciones.

En la actualidad, los casos de malas prácticas se han multiplicado, y muchos de ellos causan gran alarma social. Las razones para que esto ocurra ya las analizamos en el desarrollo de nuestro trabajo, no es necesario hacer hincapié en aquello; pero podemos decir que día a día aumentan las denuncias y, por ende la problemática se va complicando en todo aspecto tanto social como jurídico.

Cada día la sociedad es más consciente del problema y exige la imposición de sanciones a los profesionales de la salud que incurran en los casos que hemos estudiado. La apatía aparente que existía, se fundamentaba principalmente en el tipo de relación médico paciente. Esta relación ha evolucionado. Creemos que el paciente le asiste el Derecho a opinar y protestar, y de esta manera sale de una especie de estado de aparente indefección frente al médico tratante.

La medicina se ha convertido en un negocio muy rentable, lo que provoca que se hayan multiplicado los centros de salud privados. De igual manera, las facultades de Medicina del Ecuador cada año gradúan a centenares de médicos, lo que ha provocado un exceso de profesionales de la salud en razón del número de ciudadanos que tienen acceso a la medicina privada. En vista de aquello, nos corresponde este momento interrogarnos sobre la calidad de la atención médica en los centros de salud y sobre la calidad de educación de nuestros establecimientos de estudios superiores. Las respuestas que nos llegan a la mente son por largo preocupantes, y si esta situación la cotejamos con el aumento del número de casos de malas prácticas médicas, quizás encontremos una relación entre este aumento y el número de profesionales de la salud y de los centros de atención médica. Esta última situación sería obvia si hablamos matemáticamente; pero si esa multiplicidad de profesionales tuviera una adecuada formación y el aumento de centros médicos contara con una buena infraestructura y con elementos tecnológicos de alto nivel, las cifras tendrían a bajar.

Es claro que los malos procedimientos médicos existen, y muchos; pero ¿qué ocurre en estos casos? Respuesta: la gran mayoría quedan en la impunidad. Las razones quizás las debamos resumir en dos fundamentales. La primera es el espíritu de cuerpo de la clase médica y la segunda, la falta de tipicidad de estos delitos en nuestra Legislación.

El espíritu de cuerpo de toda clase profesional, entre otros fundamentos, tiene el de hacer frente a diversos aspectos que afecten a todo el colectivo profesional, o de tomar posiciones comunes para solventar cualquier situación y, como es obvio, amparar o sancionar a los colegas en los casos que ello amerite. Pero ocurre que si se produce una mala práctica médica, en primer lugar, el ofendido o sus familiares podrían ser fácilmente engañados por el ocultamiento que podría hacer el médico de su mal proceder, pues tiene las herramientas para hacerlo; simplemente da a conocer que los resultados no queridos se deben a aspectos médicos, mas no a un actuar negligente. Pero esto suele ocurrir con la complicidad del resto del personal sanitario que actúa en los tratamientos, o de aquel a quien se acude en busca de una segunda opinión. Es aquí en donde aparece el despiadado espíritu de cuerpo

médico, que, para nuestro parecer, mal entendido e inmune a la conflictividad social, Contribuyen a la impunidad de las llamadas malas prácticas médicas.

Esta situación no queda allí. Si es que el ofendido o sus familiares se percatasen de que ocurrió una mala practica médica y estos van a donde otros facultativos a consultar su caso, es muy seguro que estos no dan una opinión contraria o que lesione los intereses del médico que realizó el tratamiento, peor aún si se sabe que los familiares buscan el inicio de alguna acción legal por esta circunstancia. De presentarse la denuncia, el Ministerio Público solicitará la práctica de pericias médicas. En este momento también se corre el riesgo de que estas pericias no sean totalmente transparentes, y de serlo, y si sus conclusiones involucran al médico con un ilícito, es probable que el denunciado aporte con las versiones de facultativos de su entorno para tratar de deslindar responsabilidades y sembrar en el Fiscal dudas con respecto a su actuar negligente, imperito o imprudente.

La clase médica, respetable como siempre lo ha sido, y en la actualidad con un gran poder económico, ha presionado a que este tipo de delitos queden en la impunidad, utilizando para ello, además de los mecanismos antes descritos, pronunciamientos acerca de que legislar las malas prácticas médicas obstaculizaría el avance de la medicina y, además, que los procesos instaurados en contra de los médicos se multiplicarían ocasionando con ello que la profesión médica vea comprometido su actuar en beneficio de la sociedad. De igual forma, han manifestado que, por ejemplo, con el consentimiento del paciente o de los familiares se estaría sujetando a la persona a los resultados de una operación fallida por diversas causas.

No puede la clase médica escudarse en el espíritu de cuerpo para oponerse a que se legisle sobre estos delitos; tampoco puede hacerlo basándose en criterios como los expuestos. Creemos que el médico, como todo profesional, debe ser responsable si ha actuado culposamente, y más aún considerando la especial categoría y responsabilidad de su profesión.

En nuestro trabajo hemos analizado los casos en los que el médico podría ser responsable penalmente en delitos contra las personas. Como hemos visto, en los casos de homicidio, lesiones y aborto, el médico efectivamente puede ser sujeto activo de este tipo de delitos, pero como hemos hecho notar, en el campo del dolo, el médico sería considerado un criminal cualquiera, de ahí que en el campo del homicidio y las lesiones nuestro estudio no se ha profundizado en el dolo; más bien hemos abordado la culpa y la culpa médica, puesto que hemos partido de la premisa de que el médico, por su formación y su ética profesional no actúa en forma intencional con el afán de irrogar daño a las personas, sino más bien su actuar es de tipo culposo. Diremos al respecto que, si nuestra premisa es en exceso inocente frente a la realidad, deberían pues los delitos de homicidio y lesiones dolosas, cuyo sujeto activo sea el profesional sanitario, ser objeto de modificaciones con el fin de agravar las penas en razón del mal ejercicio de la profesión médica, pues a este profesional se le ha entregado el deber de cuidar la salud y la vida de las personas, bienes jurídicos de primer orden, tutelados en el mundo entero.

Pero como, la culpa médica no se encuentra legislada en nuestro país, para sancionar a los médicos, Fiscales y Jueces adecuan la conducta al tipo de lesiones u homicidio culposo, los mismos que sí se encuentran legislados. Aquí hallamos la segunda causa para que este tipo de delitos quede en la impunidad. Hace falta en el Ecuador una tipificación adecuada de las malas prácticas médicas; se debe establecer claramente cuándo podrán ser los médicos responsables culposamente de un hecho; igualmente se han de establecer los mecanismos que se deben seguir para sancionarlos objetivamente, viendo cada caso concreto. Quizás se debería conformar un organismo que estudie cada caso y que, con los conocimientos suficientes, establezca si en verdad se trata de una mala práctica médica o no; un organismo obviamente desligado de la clase médica, pero integrado con profesionales de esa área. Se debería, además, buscar sanciones adecuadas, en razón de la profesión, pues se trata de una agravante que el médico, quien es el llamado a proteger la vida y la salud de las personas, afecte justamente esos bienes jurídicos, y no puede ser que se le impongan sanciones de dos meses de prisión y multas ínfimas de diez o doce dólares. Se ha de multar conforme el daño ocasionado y además, se debe suspender la licencia para ejercer el cargo o la

profesión, y tratándose de Clínicas y Hospitales privados, si los casos se multiplican, suspender o retirar los permisos de funcionamiento.

La falta de tipificación es quizás el problema fundamental con el cual se enfrenta el Fiscal y el Juez de lo Penal. Sin una adecuada legislación que aborde el problema, las malas prácticas médicas continuaran en la impunidad, puesto que las autoridades deberán caminar por un tortuoso camino, tratando de adecuar la conducta del médico, estirando la ley, para obtener sanciones irrisorias y que burlan a la sociedad.

No se trata, como expresamos en el capítulo anterior de calificar de ninguna manera a la clase médica. Existen profesionales de gran valía que han aportado enormemente para el desarrollo de la medicina en nuestro país. No podemos generalizar la conducta al gremio por el mal proceder de ciertos médicos, pero tampoco podemos hacer lo contrario y cegarnos ante la realidad. Es necesario que el legislador tipifique claramente los actos ilícitos y que se sancione conforme al perjuicio causado.

## BIBLIOGRAFIA GENERAL

Arteaga Sánchez, Alberto (1984), *LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MEDICO*, Universidad Central de Venezuela, Caracas.

Benzo Cano, Eduardo, (1944) *LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MEDICO*, 1944, Ed. Escelicer. S.L. Madrid.

Piedra Hermida, Cesar (1979) *RESUMEN DE LA HISTORIA DE LA MEDICINA ECUATORIANA*, Publicaciones y Papeles. Cuenca- Ecuador.

López Bolado, Jorge (1981) *LOS MEDICOS Y EL CODIGO PENAL*, Ed. Universidad, Buenos Aires.

Yungano, López Bolado, Poggi y Bruno (1992) *RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS MEDICOS*, Ed. Universidad, Buenos Aires.

Cabanellas de Torres, Guillermo (1997) *DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL*, Ed. Heliasta, Buenos Aires.

Torres Chávez, Efraín (2001) *BREVES COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL DEL ECUADOR*, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja-Ecuador.

Zabala Baquerizo, Jorge (1999) *DELITOS CONTRA LAS PERSONAS*, Ed. EDINO, Guayaquil-Ecuador.

Mezger, Edmundo( 2004) *DERECHO PENAL t. II*, Valletta Ediciones, Buenos Aires.

Jiménez de Asúa, Luís (1999) *LECCIONES DE DERECHO PENAL*, Oxford, University Press, Mexico D.F.

Carrara, Francesco (1999) *DERECHO PENAL*, Oxford, University Press, Mexico D.F.

Petroccielli B ( 1962) *LA CORPEROLEZZA RISTAMPA ANASTATICA DE LLA*, Padova.

Chiossone (1981) *LA RESPONSABILIDAD DEL MEDICO EN LA LEGISLACION VENEZOLANA*, Caracas

De Simone, Vecio (1972) *SULLA CULPA PROFESIONALE EN LA CRUSTIZIA PENALE*, Roma.

Guadagno, Genaro (1967) *MANUAL DE DERECHO PENAL*, Roma

Avecone, Pio (1967) *LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MEDICO*, Nápoles-Italia

Goldstein, Raúl (1983) *DICCIONARIO DE DERECHO PENAL Y CRIMINALISTICA*, Buenos Aires

Chico Peñaherrera, Reinaldo (2001) *ESTUDIOS DE DERECHO PENAL* Cuenca-Ecuador

Dobler Lopez, Irving (2002) *LA RESPONSABILIDAD EN EL EJERCICIO MEDICO*, Ed. Manual Moderno, México D.F.

Carnelutti, Francesco (1999)*DERECHO PROCESAL PENAL*, Oxford University Press, México D.F.

Ferreras-Rozman (2000) *MEDICINA INTERNA VOL. I* Editorial Harcourt S. A., Madrid

Gómez Rivero, María del Carmen (2003) *LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MEDICO* Editorial Tirant Lo Blanch, Barcelona

Gómez Pavon, Pilar (2004) *TRATAMIENTOS MEDICOS: SU RESPONSABILIDAD PENAL Y CIVIL* II Edición, Editorial Bosch, Madrid

López Rodríguez, Pedro (2004) *RESPONSABILIDAD MEDICA Y HOSPITALARIA* Editorial Bosch, Madrid

Vélez Correa, Luís (s.a.) *ETICA MEDICA: Interrogantes* Editorial CIB.300, Medellín.

Torré Abelardo (1991) *INTRODUCCION AL DERECHO*, Ed. Perrot, Buenos Aires.

Vázquez Ferreyra, Roberto (2000) *DERECHO MEDICO Y MALA PRAXIS* Editorial Rustica, Buenos Aires

Hans Joachim Hirsch (s.a.) *DERECHO PENAL TOMO I* Editorial Rubinzal Culzoni

Vargas Alvarado, E. (1995) *MEDICINA LEGAL*. IV Edición, Lehman Editores, San José

Guzmán Lara, Aníbal. (1997) *DICCIONARIO EXPLICATIVO DEL DERECHO PENAL ECUATORIANO*. Tomo I y II Editorial Época, Quito

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.  
(2004) Editorial GAB. Quito

CODIGO PENAL DEL ECUADOR. LEGISLACION CONEXA (2007)  
Editorial GAB. Quito

CODIGO DE LA SALUD DEL ECUADOR (1998) Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito

CODIGO DE ETICA MEDICA ECUATORIANA (2005) Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.

LEY DE LA FEDERACION MEDICA ECUATORIANA (1999) Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito

LEY DE DERECHOS Y AMPARO DEL PACIENTE (2002) Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito

CODIGO CIVIL ECUATORIANO (1999) Corporación de Estudios y Publicaciones.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO (2007) Corporación de Estudios y Publicaciones.

[www.derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com)

[www.justicia.org.ar](http://www.justicia.org.ar)

[www.blogecuador.com](http://www.blogecuador.com)

[www.lahora.com](http://www.lahora.com)

[www.hoy.com.ec](http://www.hoy.com.ec)

[www.justiniano.com](http://www.justiniano.com)

[www.malapracticamedica.org.ar](http://www.malapracticamedica.org.ar)

<http://www.cies.edu.ni/cs/comision/co5/Etica%20Medica/DEONTOLOGIA%20Y%20ETICA%20MEDICA.doc>

[www.smu.org.uy/publicaciones/libros/laetica/nor-hipocr.htm](http://www.smu.org.uy/publicaciones/libros/laetica/nor-hipocr.htm)

[www.conciertoairedeti.blogspot.com/2006/05/oracion-del-medico.html](http://www.conciertoairedeti.blogspot.com/2006/05/oracion-del-medico.html)

<http://www.unav.es/cdb/claoracion.html>

[http://es.wikipedia.org/wiki/Declaraci%C3%B3n\\_de\\_Ginebra](http://es.wikipedia.org/wiki/Declaraci%C3%B3n_de_Ginebra)

<http://www.colegiomedico.cl/Default.aspx?tabid=233>

<http://www.unav.es/cdb/ammvenecia2.html>

<http://www.wma.net/s/policy/a1.htm>

