

INTRODUCCIÓN

La profesión del médico es quizás la más difícil de practicar, pues requiere en principio una vocación especial para poder cumplir con aquel juramento Hipocrático que todo médico pronuncia en su investidura profesional, que encierra un sentido social y sobre todo de servicio a la comunidad en general, que permite aliviar las dolencias del paciente y convirtiéndose el médico en un educador que trasmite sus conocimientos con el fin de mejorar y evitar los padecimientos de las personas. Es interesante transcribir líneas del Juramento Hipocrático: “...Llevaré adelante ese régimen, el cual de acuerdo con mi poder y discernimiento será en beneficio de los enfermos y les apartará del perjuicio y el terror. A nadie daré una droga mortal aún cuando me sea solicitada, ni daré consejo con este fin. De la misma manera, no daré a ninguna mujer supositorios destructores; mantendré mi vida y mi arte alejado de la culpa. No operaré a nadie por cálculos, dejando el camino a los que trabajan en esa práctica. A cualesquier casa que entre, iré por el beneficio de los enfermos, absteniéndome de todo error voluntario y corrupción, y de lascivia con las mujeres u hombres libres o esclavos...”.

A pesar del fin tan humano de esta profesión, es lamentable no poder considerarlo un fin absoluto, pues es frecuente escuchar en nuestro medio, quejas sobre los malos tratos y las terribles consecuencias ocasionadas por una mala práctica médica en hospitales públicos o privados, en consultorios médicos, en clínicas de toda índole social, en fin en los centros asistenciales de salud pública o privada. Errores cometidos por los médicos que violan un deber de cuidado, provocando lesiones de toda índole en la salud del paciente, quien ha depositado en el médico su fe y esperanza de conseguir una cura de su padecimiento.

Son lesiones que en algunos casos son reversibles y que por lo tanto no se les da la importancia debida, pero cuando éstas provocan un daño irreparable o peor aún

la muerte del paciente, ¿qué figura jurídica podemos ejercer para hacer valer nuestros derechos?.

Conforme nuestra legislación penal, las lesiones provocadas por una mala práctica médica son lesiones de índole culposa y es tratada jurídicamente como un delito de lesiones inintencionales, tipificado en el artículo 472 del Código Penal. Al ser considerado un delito, es importante dejar claro los parámetros de la teoría general del delito, es decir, la estructura de la acción delictual dolosa o culposa, y los elementos subjetivos y objetivos que engloba.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico penal el delito de mala práctica médica, esta acción culposa del médico carece de tipificación autónoma, razón fundamental que determinó la decisión de analizar con detenimiento esta figura delictual, que si bien no existe en nuestro ordenamiento jurídico como tal, sin embargo con frecuencia es fuente de perjuicios en la salud de los pacientes, y por lo tanto un delito.

A través de este estudio pretendo llegar a responder esta interrogante: *¿Sería necesario regular la mala práctica médica como un delito autónomo?*. Frente a este cuestionamiento, considero necesario analizar la conducta del médico en el desarrollo de su actividad profesional, que de antemano estimo indudablemente que dicha conducta conlleva en sí la buena fe y que una mala práctica médica es producto de un actuar negligente, imprudente, por falta de pericia o por inobservancia de leyes o reglamentos, mas no por un actuar doloso por parte del médico.

El análisis de la conducta del médico es imprescindible para poder determinar al concluir este trabajo, si es o no necesaria una regulación especial que tipifique la conducta negligente o imprudente del médico como el delito de mala práctica médica; o de ser necesario únicamente reformar el artículo 472 del Código Penal,

incluyendo como agravante de la pena la condición del profesional de la medicina.

CAPITULO I
DEL DELITO

- 1. Derecho Penal.**
- 2. Concepto de Delito.**
- 3. Elementos y estructura del concepto de delito.**
 - 3.1. La acción: concepto.**
 - 3.2. Tipicidad: el dolo y la culpa.**
 - 3.3. Antijuridicidad.**
 - 3.4. La Culpabilidad.**
- 4. Estructura de las Figuras Delictivas.**

Capítulo I

Del Delito

1. DERECHO PENAL:

Dentro de la sociedad, el ser humano goza de su libertad de una manera limitada, respetando así la libertad de los demás. Existen ciertos comportamientos humanos que por atentar contra del ser humano (vida, libertad, integridad física, psicológica, moral, material, etc.), necesariamente han debido ser encasillados dentro del ordenamiento jurídico de cada Estado, garantizando así a cada miembro de la colectividad, el ejercicio y desarrollo de su actividad en circunstancias iguales, equitativas. Este principio constituye en términos extensos lo que conocemos por DERECHO.

Así, cada Estado ha establecido un conjunto de normas que deben ser acatadas obligatoriamente por cada uno de los miembros de la sociedad, permitiendo la convivencia entre ellos, y sus relaciones con las diferentes instituciones del Estado, pues el hombre por naturaleza, de manera instintiva y de herencia primitiva, tiende a defender sus intereses particulares de una manera violenta.

Buscando superar aquellas reacciones violentas que se expresan como una venganza particular o de grupo del o los ofendidos, es que desde tiempos remotos se han regulado las conductas del hombre contra el hombre, que son penadas conforme la proporción del daño causado. Históricamente tenemos a la Ley del Tali3n, y su antecesor m3s remoto es el C3digo de Hammurabi, que trata de evitar la desproporcionalidad de la venganza del ofendido, realizando un da3o semejante al ofensor.

Para evitar la justicia por propia mano, es que se ha designado la actuación de ella a un representante de los intereses de la comunidad, específicamente a órganos especiales, para la aplicación imparcial de la justicia, limitando así la venganza del ofendido. Dichos órganos especiales son los Jueces y Tribunales.

En definitiva, la violencia a lo largo de la historia ha prevalecido en las relaciones humanas, por lo que el Estado entra a regular los conflictos a través de las normas, a fin de imponer sanciones a quien incumpla las normas establecidas, defendiendo y protegiendo determinados intereses individuales o colectivos, lo que se ha denominado bien jurídico, entre éstos encontramos la vida, la integridad corporal, el honor, la salud, la fe pública, la propiedad etc.

El control social jurídico penal no es más que un control normativo, a través del cual se regulan ciertas conductas consideradas como antijurídicas. De esta premisa nace el Derecho Penal como parte de un sistema de control social para la protección de intereses que el Estado considera relevantes.

Maurach y Zipf definen al Derecho Penal como “el conjunto de normas jurídicas que une ciertas y determinadas consecuencias jurídicas, en su mayoría reservadas a esta rama del Derecho, a una conducta humana determinada, cual es el delito”¹. Para dichos autores la consecuencia jurídica de mayor trascendencia es la pena, mediante la cual se dispone medidas preventivas, y a partir de esta función podemos decir que se trata de un medio de reacción contra el delito, cual es una de las tareas fundamentales del Derecho Penal.

La expresión Derecho Penal se entiende originalmente como un castigo por reparación del mal causado, de ahí se derivan los términos “ius poenale” y “ius puniendi”. Este último corresponde al poder punitivo estatal, es decir a la facultad del Estado derivada de su soberanía, en cuanto a elevar ciertas circunstancias de

¹ MAURACH Reinhart, ZIPF Heinz, “Derecho Penal”, Parte General 1, Pág. 4, 1994.

hecho constitutivas de un ilícito a la categoría de punibles, y de establecer la amenaza de pena. El “ius poenale” es una consecuencia del “ius puniendi”, ya que no es otra cosa que el conjunto de normas dictadas por el legislador que reprimen una conducta y establecen penas.

Es evidente el desarrollo histórico del Derecho Penal en los últimos tiempos. Hoy en día puede considerarse que el “ius puniendi” encuentra límites en la dignidad del ser humano y en una relación estricta entre la culpabilidad y la pena.

Por lo tanto, el Derecho Penal será el sistema de conocimientos relativos al derecho de la pena, entendido como el sistema de normas jurídicas, en fuerza de las cuales el autor de un delito (sujeto activo) es sometido a la pérdida o disminución de sus derechos personales (pena), a fin de preservar la armonía de la sociedad, ya que en caso contrario no podría existir la convivencia de la sociedad y las Instituciones del Estado.

2. CONCEPTOS DE DELITO:

Partiendo del hecho de que al legislador le corresponde el derecho de penar, no es menos cierto que también debe establecer qué bienes jurídicos son protegidos y qué conductas atentatorias a esos bienes deben reprimirse, es decir, conductas propiamente humanas que se enmarquen en el ámbito jurídico, ya que al Derecho sólo le interesan aquellos comportamientos del hombre que se encuentran relacionados con las circunstancias protegidas por las normas, y que debido a la convivencia social estrecha que mantenemos, dichas normas son infringidas, provocando un perjuicio a la sociedad y violentando la obligatoriedad de cumplimiento de las leyes establecidas por el Estado, considerando así esas conductas como un ilícito, propiamente calificado en el ámbito penal, como

DELITO (del latín delictu, “...Acción u omisión voluntaria, castigada por la ley con pena grave...”²).

De forma general, los diferentes autores penalistas definen al delito como el acto o conducta típica, antijurídica y culpable, considerando ciertos autores, como Muñoz Conde, que existe una cuarta característica del delito, cual es, la punibilidad. Esta conducta supone una acción u omisión contraria y penada por la Ley.

Formalmente, el Código Penal Ecuatoriano, en el Art. 10, establece que “Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar.”. El análisis de varios penalistas ecuatorianos acerca de este “concepto”, coincide en que es una tautología fútil, que no conceptualiza claramente lo que es el delito.

“Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia del principio nullum crimen sine lege que rige el moderno derecho penal... El concepto de delito como una conducta castigada por la ley con una pena es, sin embargo, un concepto puramente formal”³, como ya lo advertí, es un concepto que no engloba todos los elementos que se deben considerarse para establecer la existencia de un delito. Es así que para dar un concepto de delito que contenga todas sus características, Muñoz Conde sostiene que “...hay que partir de lo que el derecho penal positivo considera como delito; no solo de la definición general de delito contenida en el Código Penal, sino de todos los preceptos legales que se refieren al delito, deduciendo las características generales comunes a todo delito.”⁴. El Derecho Penal Positivo establece que en el delito se presenta una doble visión: la primera,

² Diccionario General Ilustrado de la Lengua Española, 1986, Pág. 523.

³ MUÑOZ CONDE, Francisco, “Teoría General del Delito”, Págs. 1, 2.

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, “Teoría General del Delito”, Pág. 2.

es un acto humano contrario a la Ley, es decir antijurídico; y, la segunda es que dicho acto humano antijurídico sea atribuido a su autor, atribución denominada culpabilidad.

Debemos considerar que el delito en sí es un ente jurídico, una idea, más no un objeto material, pues tomando en consideración la forma material, nos estaremos refiriendo al hecho o acción delictiva y consecuentemente al autor de dicha acción. Es así que la idea de delito tiene su origen en la Ley Penal establecida por cada Estado, ya que la violación o infracción de dicha ley es lo que se conoce como DELITO, existiendo por lo tanto, una conexión estrechísima entre la ley penal y el delito. De lo expuesto, no basta decir que hay delito únicamente porque la Ley lo declara, hace falta señalar los caracteres que debe tener una conducta para que el sistema jurídico pueda calificarla como infracción y para considerar al que la ejecutó como sujeto de una sanción penal. Por el contrario, si una conducta no reúne tales caracteres, la persona que lo ejecutó no puede ser sancionada.

3. ELEMENTOS Y ESTRUCTURA DEL CONCEPTO DE DELITO:

Debemos aclarar que el delito no tiene que ver únicamente con una ACCIÓN HUMANA, sino que también puede dañarse un bien jurídicamente protegido por la Ley con una OMISIÓN HUMANA. Con esta premisa, podemos definir al delito como la acción u omisión, antijurídica, típica, culpable y punible (como lo considera la doctrina en general).

El acto se manifiesta por dos formas: la acción y la omisión. Por esto la doctrina y las Leyes establecen dos clases de delitos: los delitos de acción y los delitos de omisión. Nuestro Código Penal contempla estas dos modalidades en los artículos 11, 14 y 15 y otros. En definitiva, la acción es la modalidad característica de la gran mayoría de delitos, se manifiesta como un movimiento humano externo que se hace perceptible sensorialmente. La omisión en cambio se manifiesta como un

voluntario no hacer algo que debía haberse hecho y que necesariamente se exterioriza con un resultado que lesiona un bien jurídico, que no debía haberse producido si se actuaba.

Es necesario analizar cada uno de los elementos que conforman al delito, y llegar a tener una idea clara y concisa de los mismos.

3.1. LA ACCIÓN.- CONCEPTO:

Acción proviene del latín *actio*. Es la “Operación de un ser, considerada como producida por este ser y no por una causa exterior: buena o mala... Ejecución de un acto voluntario...”.⁵

Cabe destacar que “Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer “final”, no solamente “causal”. La “finalidad” o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines.”.⁶

La acción nacida de la voluntad humana, con consecuencias negativas que impliquen una violación a la norma penal, sería considerada como el elemento fundamental y común a todos los delitos, pues sería una acción delictual.

⁵ Diccionario General Ilustrado de la Lengua Española, 1986, Pág. 14.

⁶ WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General, 12ª Edición, Pág. 53.

Revisando la doctrina de determinados autores en cuanto a la Teoría del Delito, vemos que históricamente existen dos corrientes, las más comunes, en cuanto a la acción:

- **La teoría Causalista del Delito**, que considera a la acción como un movimiento voluntario mecánico - físico, que produce un resultado delictual, sin tomar en cuenta la finalidad de tal conducta. El concepto natural de acción es creación de Von Liszt y Beling, quienes son los fundadores del "sistema clásico del delito". Para Von Liszt el mundo exterior podía ser modificado por cualquier efecto por mínimo que sea; pero dentro de esta consideración, Von Liszt no se percató la imposibilidad de explicar la OMISIÓN, por lo cual tomó una segunda consideración, diciendo que acción es conducta voluntaria hacia el mundo exterior; más exactamente: modificación, es decir, causación o no evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria. Correlativamente Beling sostiene que la acción debe afirmarse siempre que concurra una conducta humana llevada por la voluntad, con independencia de en qué consista esa voluntad.
- **La teoría Finalista del Delito** (Welzel), sostiene que la acción o conducta es un hacer voluntario final, y que por lo tanto se debe considerar todos los aspectos que conlleva la manifestación exterior de esa finalidad. Esta actividad final está encaminada a un objetivo, el cual determina el curso de exteriorización de la acción voluntaria, que encierra dentro de sí elementos internos, como motivaciones, intenciones, y por supuesto, elementos externos que permiten encaminar la acción para culminar el fin previamente determinado.
- En la teoría jurídica del delito encontramos también una tercera corriente, que es la de **la Imputación Objetiva** (nacida a partir de la segunda mitad

del siglo XX), determinada por el riesgo al bien jurídico de una determinada conducta. El término imputación es el lenguaje que lo utilizan autores como Roxin y Jakobs y suponen la atribución de la conducta típica de un determinado grado de riesgo, que no fuera permitido. Esta teoría establece una cierta conexión entre la lesión o puesta en peligro típica y la conducta del sujeto. La imputación objetiva añade otro aspecto más del principio de culpabilidad al exigir para todo delito la clase de relación de riesgo entre el resultado típico y la conducta del sujeto que requiere la imprudencia en los delitos culposos.

Estas teorías han sido la base para que se emitan diversos criterios doctrinarios a lo largo del tiempo, destacándose con frecuencia el que la acción proviene de la voluntad humana, y para que sea considerada como delito, dicha acción voluntaria debe infringir la ley penal.

Sabemos que la conducta humana, ya sea ésta una acción u omisión, es la base fundamental de la estructura del delito, pues si no existe dicha conducta, lógicamente no hay delito. Es así que la acción final se realiza en dos fases:

- “a) En la fase interna, que sucede en la esfera del pensamiento del autor, este se propone anticipadamente la realización de un fin. Por ejemplo; realizar un viaje. Para llevar a cabo este fin selecciona los medios necesarios... Esta selección solo puede hacerse a partir del fin. Es decir, solo cuando el autor está seguro de qué es lo que quiere puede plantearse el problema de cómo lo quiere. En esta fase interna tiene también que considerar los efectos concomitantes que van unidos a los medios elegidos y a la consecución del fin que se propone...
- b) Fase externa. Una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo externo; pone en marcha, conforme a un plan, el proceso causal, dominado por la finalidad, y procura alcanzar la meta

propuesta. La valoración penal puede recaer sobre cualquiera de estas fases de la acción, una vez que ésta se ha realizado en el mundo externo. Puede suceder que el fin principal sea irrelevante desde el punto de vista penal y que lo importante sean los efectos concomitantes o los medios seleccionados para realizarlo. Así por ejemplo, cuando el autor conduce un coche a más velocidad de la permitida, puede pretender una finalidad absolutamente loable (llegar a tiempo al lugar de trabajo), pero los medios empleados para ello (conducir imprudentemente un coche) o los efectos concomitantes (la muerte de un peatón atropellado) son desvalorados por la ley penal. Cuando se dice que la acción final es la base del derecho penal, no se quiere decir que solo sea el fin de esa acción lo que interesa al derecho penal, pues este puede estar igualmente interesado en los medios elegidos para conseguir el fin o en los efectos concomitantes a la realización de ese fin.”⁷

Este criterio de Muñoz Conde esclarece las etapas de la acción voluntaria considerada como delito, entonces notoriamente sabemos que si no se exterioriza en acciones la voluntad de delinquir, ésta no puede ser penada, pues las simples ideas carecen de relevancia penal. Esta misma carencia la tienen los animales, las cosas y las personas jurídicas. Pero existe otra característica de la voluntad de delinquir, y es que dicha voluntad debe ser consciente y no viciada en la conducción del proceso causal, y aquello lo encontramos en los siguientes casos:

- **Fuerza irresistible:** contemplada ya en el Derecho Romano y en el Derecho Común como Vis Absoluta. La fuerza irresistible imposibilita totalmente al sujeto para moverse o actuar diferente del estado en que se encontraba cuando fue atacado por ella. “...en la vis absoluta el movimiento responde a la voluntad de quien ejerce la fuerza. El sujeto no domina la acción. Por eso la fuerza ha de ser irresistible, para que se

⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, “Teoría General del Delito”, Págs. 9 y 10.

imponga la voluntad de movimiento de quien la ejerce...”.⁸ Esta fuerza puede provenir de la naturaleza o de un tercero, caso contrario no puede excluirse la acción del individuo, y no sería considerada una eximente de responsabilidad. “En la práctica la fuerza irresistible carece de importancia, salvo raras hipótesis, en los delitos de acción; pero es importante en los delitos de omisión (atar al guardagujas para que no pueda accionar el cambio de vías). La consecuencia principal de la apreciación de esta eximente es que el que violenta, empleando fuerza irresistible contra un tercero, responde como autor directo del delito cometido y el que actúe omita violentado por la fuerza irresistible no sólo no responde, sino que su actuación u omisión es irrelevante penalmente, siendo un mero instrumento en manos de otro.”.⁹

- **Movimientos reflejos:** son movimientos no controlados, por lo que no son considerados como una acción voluntaria, son movimientos instintivos de defensa u ocasionados por desórdenes médicos (por ejemplo convulsiones epilépticas). Muñoz Conde considera que "el estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que los transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores."
- **Estados de inconsciencia:** en estos casos, el sujeto que realiza la acción no está plenamente consciente, pues puede encontrarse en un estado de sonambulismo, sueño, embriaguez letárgica (nuestra Ley penal contempla a la embriaguez como eximente de responsabilidad únicamente cuando se derive de caso fortuito o fuerza mayor, numeral 1, Art. 37 del Código Penal) o hipnosis. Por supuesto que si el sujeto se ha colocado voluntariamente en alguno de estos estados con la intención de delinquir, su actuar es penalmente relevante.

3.2. TIPICIDAD: EL DOLO Y LA CULPA:

⁸ FONTAN BALESTRA CARLOS; “TRATADO DE DERECHO PENAL”; TOMO I, PÁG. 466.

⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría General del Delito, Pág. 14.

La tipicidad es otro elemento fundamental para la existencia de un delito.

La conducta considerada antijurídica debe estar descrita previamente y de manera expresa por la Ley. “... La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Por imperativo del principio de legalidad en su vertiente del *nullum crimen sine lege* solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales. Ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría de delito si, al mismo tiempo, no es típico, es decir, no corresponde a la descripción contenida en una norma penal.”¹⁰

En nuestro ordenamiento jurídico penal, respecto de lo expuesto, encontramos la norma establecida en el artículo 2 del Código Penal “Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida”.

Determinadas conductas han sido tipificadas como delitos por la ley penal, y son básicamente las contrarias al respeto a las personas y su propiedad, que producen quebrantamientos de la vida en comunidad. El legislador bien pudo establecer una norma muy general y suprema, en la que comprometa y sancione toda conducta que sea considerada intolerable para la sociedad, pero al describir puntualmente que conductas son consideradas delitos, ha evitado que el ciudadano desconozca que es lo que debe omitir y que el juez castigue cualquier conducta que pueda imaginarse como delito.

De acuerdo con Muñoz Conde, el tipo penal cumple con las funciones de seleccionar los comportamientos humanos que son relevantes para la Ley, garantizando que solo dichos comportamientos serán sancionados penalmente y,

¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría General del Delito, Pág. 32.

motivando a los ciudadanos a omitir los comportamientos prohibidos y sancionados por la Ley.

Ahora bien, la tipicidad tiene elementos subjetivos relevantes al momento de seleccionar qué tipo penal se adecua a la conducta que se pretende juzgar y sancionar. Estos elementos son el Dolo y la Culpa.

- **a. El Dolo:** “...Voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud...”.¹¹ Igual criterio mantiene el Código Penal que en su artículo 14 establece “...La infracción dolosa que es aquella en que hay el designio de causar daño...”. Es una conducta consciente, encaminada a la ejecución de un acto tipificado como delito por la ley penal. Al ser una conducta consciente, voluntaria, es también libre de coacción. El sujeto actúa en pleno conocimiento de que el acto que va a realizar es un delito. El dolo está integrado entonces por dos elementos: un elemento cognitivo, es decir, el conocimiento de realizar un delito, y un elemento volitivo que es la voluntad de realizar un delito. La doctrina ha establecido una clasificación del dolo:

Dolo Directo: es el dolo considerado de primer grado, ya que el sujeto autor del delito, tiene absoluto control mental de querer y conocer que el acto que va a realizar es antijurídico y típico, y lo realiza. Por ejemplo, Pedro decide matar a Luis y lo mata.

Dolo Indirecto: en este caso el autor del delito acepta el riesgo que tiene que tomar para la consecución de su fin, y lo acepta como un hecho inevitable y necesario. Por ejemplo, se coloca explosivos dentro un auto para matar a Pedro, pero suben al auto la principal víctima y su familia y

¹¹ Microsoft® Encarta® 2007. © 1993-2006 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

mueren todos. El fin no era matar a la familia, sino a Pedro, pero fue un riesgo necesario.

Dolo Eventual: en este caso, el hecho es una posibilidad lejana, pero sin embargo el autor acepta que dicha posibilidad ocurra.

Como conclusión podemos establecer que los delitos dolosos son aquellos en los que el sujeto realiza la acción conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico y acepta la realización del hecho descrito por la ley.

- **b. La Culpa:** es también una acción humana pero considerada con menor grado de gravedad. Dentro del derecho penal, los delitos culposos son considerados como aquellos en los cuales existe el resultado típico y antijurídico que no se previó siendo previsible o se lo previó confiando en que no se produciría, violando así un deber jurídico de cuidado que podía ser preservado por las circunstancias y condiciones personales. Entonces, los delitos culposos son aquellos que se cometen debido a la negligencia, imprudencia o impericia de la persona (Art. 14, inciso último del Código Penal “...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 la ley, reglamentos u órdenes”) ya que en el fondo no existe la voluntad de delinquir, de cometer el ilícito, sino que por violar las normas de prudencia, de pericia se produce el resultado dañoso, razón por la cual, la pena en el caso de los delitos culposos es menor que en los casos de delitos dolosos.

La doctrina nos enseña que existen las siguientes formas de culpa:

1. **Imprudencia:** “...punible e inexcusable negligencia, la cual conduce a ejecutar hechos que, a mediar malicia en el actor, serían delitos.”¹² La imprudencia importa un desafío que puede evitarse, pero sin embargo no se lo hace.
2. **Impericia:** simplemente es la falta de pericia. La persona actúa con grado de ignorancia, realizando una actividad que demanda conocimientos técnicos.
3. **Negligencia:** “Descuido. Omisión. Falta de aplicación.”¹³ Involucra una carencia de actividad que produce un resultado dañoso.
4. **Inobservancia de Leyes y Reglamentos:** en este punto caben dos situaciones: la primera que se desconozcan los reglamentos teniendo el deber de tener conocimiento de ellos, lo cual implica una negligencia; y/o segundo, que conociendo las normas se las vulnera, lo cual implica imprudencia.

3.3 ANTIJURIDICIDAD:

“La antijuridicidad es un juicio de valor o valoración objetiva, pero sólo tanto en cuanto se realiza sobre la acción, pero no debemos confundir la valoración con el objeto que es valorado (objeto sobre el que recae el juicio de valor), porque el objeto de la valoración –la acción– tiene elementos objetivos que pertenecen al mundo exterior y elementos subjetivos o psíquicos... la antijuridicidad es un

¹² Diccionario General Ilustrado de la Lengua Española, 1986, Pág. 859.

¹³ Diccionario General Ilustrado de la Lengua Española, 1986, Pág. 1079.

predicado de valor objetivo, porque expresa la inarmonía objetiva entre la acción y el orden jurídico que es preestablecida.”¹⁴

Debido a esto, la antijuridicidad es el “disvalor” del hecho típico contrario al Derecho en general, no sólo corresponde al ordenamiento penal. Lo antijurídico es en sí lo contrario al Derecho. Una acción para ser considerada delictuosa, es decir para que recaiga en el ámbito penal, debe ser típica, antijurídica y culpable; por lo tanto la antijuridicidad es un elemento que estructura al delito penal.

Tradicionalmente la doctrina establece una clasificación de la antijuridicidad, en formal y material, estableciendo que la antijuridicidad formal es aquella que viola la Ley, mientras que la antijuridicidad material es considerada una conducta contraria al orden social (antisocial), lesionando o poniendo en peligro un bien jurídicamente protegido. Pero en realidad esta clasificación doctrinaria no es práctica, pues no tienen relevancia ninguna las dos por sí solas, es decir, la antijuridicidad material es el fundamento de la antijuridicidad formal. Aquella conducta prohibida por la Ley tiene esa naturaleza porque se protege por parte del Estado un bien jurídico, un bien no solo relevante para un individuo, sino relevante para la sociedad, y la acción que transgrede esa protección es antijurídica.

Pero existen casos típicos en los que la antijuridicidad es excluida como tal, y son las denominadas “causas de justificación”, que en sí son eximentes de responsabilidad penal y serán a continuación explicadas brevemente:

- **Consentimiento del titular:** el titular en este caso es el dueño del bien, que por lo tanto puede disponer al tener capacidad jurídica y debe concurrir también que el consentimiento dado no esté viciado.

¹⁴ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso; “Derecho Penal –Parte General”; Tercera Edición; Págs. 31 y 32.

- **Legítima defensa:** en este caso existe una agresión antijurídica, típica, inminente, real y actual, que pone en peligro efectivo bienes jurídicos defendibles, por lo cual el accionar del sujeto pasivo es destinado a rechazar dicha agresión, con el fin de defender y proteger bienes jurídicos propios o ajenos; pero debe no existir una provocación dolosa por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. El Art. 19 del Código Penal Ecuatoriano establece que “No comete infracción de ninguna clase el que obra en defensa necesaria de su persona, con tal que concurran las siguientes circunstancias: actual agresión ilegítima; necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión, y falta de provocación suficiente de parte del que se defiende.”. En los artículos 20, 21, 22 y 23 del mismo cuerpo de leyes se habla también de la legítima defensa.
- **Estado de Necesidad:** concurre el mismo principio de la legítima defensa, se salvaguarda un bien jurídicamente protegido propio o ajeno, de un peligro real, antijurídico, inminente, actual y típico, pero el acto de defensa provoca un perjuicio a la propiedad ajena, siendo mayor el daño al bien jurídico que al provocado a la propiedad con la defensa, es decir la lesión al otro bien deberá ser menor o de igual valor que el salvaguardado. Asimismo, no debe mediar provocación dolosa por parte del sujeto pasivo, que el peligro no se pueda evitar por otros medios y que el agente no tenía la obligación jurídica de hacerlo. El Art. 24 del Código Penal establece que “No se impondrá ninguna pena al que, en la necesidad de evitar un mal, ejecuta un acto que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que sea real el daño que se haya querido evitar, que sea mayor que el causado para prevenirlo, y que no haya habido otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.”.
- **Obediencia Debida:** en sí es una obediencia por jerarquía, es decir, la persona que da la orden debe ser jerárquicamente superior al que la cumple, así el subordinado que realiza el actuar antijurídico y típico se

beneficia de esta eximente, y se castiga al superior que dio la orden. Doctrinariamente se establece una clasificación de la obediencia debida:

1. Obediencia absoluta, cuando el subordinado esta obligado a cumplir las ordenes licitas o ilícitas del superior. Esta a su vez se divide en reflexiva y ciega. La primera, la obediencia reflexiva se da cuando el subordinado tiene la capacidad de dejar en suspenso la ejecución del acto advirtiendo a su superior que este es ilícito, pero si el superior insiste en que se cumpla la orden, no le queda otra alternativa al subordinado que actuar. La segunda, la obediencia ciega, se produce cuando el subordinado no tiene la capacidad de suspender la ejecución del acto.

2. Obediencia relativa: en este caso el subordinado está destinado a cumplir únicamente las órdenes lícitas dictadas por el superior. No existe en el Código Penal un artículo que norme expresamente la obediencia debida.

- **Ejercicio legitimo de un derecho:** en este caso se produce un daño al obrar legítimamente, siempre que exista la necesidad de hacerlo. En el articulo 18 del Código penal se norma esta eximente: “No hay infracción cuando el acto está ordenado por la ley, o determinado por resolución definitiva de autoridad competente...”.
- **Cumplimiento de un deber:** se produce un daño al actuar de manera legítima en el cumplimiento de un deber jurídico, que en sí se deriva del ejercicio profesional.

3. 4. LA CULPABILIDAD:

Este elemento del delito, encierra en sí todo lo relacionado con las circunstancias que incurrieron en el autor al momento de la comisión del delito. Es un elemento

sine qua non para la configuración del delito, y su concepto actual tuvo su origen en la doctrina europea y se ha desarrollado a partir de finales del siglo XIX.

Esta característica del delito permite reprochar la conducta antijurídica y típica a su autor, es decir nos permite hacerle responsable al actor del delito cometido. Es sabido que para que el actor de un delito sea considerado culpable debe tener una plena capacidad jurídica para responder por sus actos, ya que la culpabilidad es considerada un presupuesto para la imposición de la pena, por ella la pena no podrá ser menor ni mayor que el daño causado dependiendo del bien jurídico lesionado, es decir esta característica permite establecer una pena justa siempre que exista la posibilidad de actuar de otra forma tal que no lesione el o los bienes jurídicos. Esto se debe a que el hombre es considerado un ser capaz de razonar, a diferencia de los animales que responden a sus instintos de forma impulsiva; es así que el hombre dotado de inteligencia es capaz de discernir y ajustarse a las leyes establecidas o por el contrario tiene la capacidad de transgredir las normas. “Debemos aceptar que no hay la posibilidad de una constatación empírica que nos permita inferir de la libertad del hombre como especie, la libertad del individuo en el caso concreto, dado que las condiciones en que se produce la decisión no pueden repetirse experimentalmente. No puede igualmente afirmarse de que manera consigue el hombre resistir los impulsos delictivos que lo apremian y prestar obediencia a las exigencias legales, son interrogantes que no tienen una respuesta verificable pero se admite la posibilidad de la libertad del hombre de decidir y actuar como una consecuencia de la convivencia social y de la organización de la comunidad jurídica, que de otra parte impone restricciones que se dirigen a la generalidad.”¹⁵.

Debemos recordar que la culpabilidad también exige circunstancias para poder reprochar el acto delictual a su autor. Estas exigencias están previstas en las leyes, pues se necesita una capacidad jurídica total por parte del autor del acto para poder ser culpado y responder por él. Pero esto no quiere decir que es necesario que exista la culpabilidad para que el delito se configure como tal, ya que en sí el

¹⁵ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, “Derecho Penal”, Parte General, Pág. 323.

acto típico y antijurídico está configurado como delito, solo que la persona que lo cometió debe ser imputable, caso contrario se creería que los inimputables no cometen delitos.

Es necesario dejar sentada la siguiente diferencia: una persona imputable es capaz de comprender los elementos de reproche que se presentan en un proceso penal, y dicha capacidad permite que si se le hallare culpable se le imponga la pena establecida en la Ley. Mientras que a un sujeto inimputable, incapaz de comprender los elementos del juicio, no se le puede declarar culpable e imponerle la pena, sino se le atribuirá el sometimiento a medidas de seguridad que dicte el juez, por ejemplo en el caso de un enfermo mental, la reclusión en un centro de sanción mental. Aquí radica una gran diferencia entre imputabilidad y culpabilidad, pues muchas veces estos términos se los toma como sinónimos. Un delito se le imputa a su autor, pero luego del juicio respectivo se le puede reprochar la culpabilidad.

El artículo 32 de nuestro Código Penal, establece que “Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia”. Se necesita establecer quienes son considerados por la Ley inimputables. Son los siguientes:

- a.** El que padece de perturbación mental absoluta, Art. 34 del Código Penal.
- b.** La embriaguez derivada de fuerza mayor o caso fortuito. Art. 37 del Código Penal.
- c.** La intoxicación por sustancias estupefacientes derivada de fuerza mayor o caso fortuito. Art. 38 del mencionado cuerpo legal:
- d.** Los sordomudos son inimputables absolutamente siempre que se comprobare que ha obrado sin conciencia y voluntad. Art. 39 *ibídem*.

e. Los menores de edad son inimputables penalmente, pues su juzgamiento se encuentra sometido a las normas del Código de la Niñez y Adolescencia. Art. 40 del Código Penal.

3.4.1. Causas de exclusión de la Culpabilidad (responsabilidad):

La culpabilidad permite relacionar al autor del delito con el ejecutor del *ius puniendi* que es el Estado. La culpabilidad permite que un individuo sea responsable por aquellos actos que podía y debían evitarse, es decir, impide que se le atribuyan todas las consecuencias que se derivan de su actuar, imponiendo el Estado de ante mano las reglas de juego que permiten considerar a un delito como obra de una persona. De acuerdo con Roxin, un sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico penal pese a que aún le podía alcanzar el efecto de la llamada de atención de la norma en la situación concreta y que éste poseía la capacidad suficiente de autocontrol, de manera que era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho. Por lo tanto, es lógico considerar que existen circunstancias en las que la culpabilidad es excluida, es decir existe el actuar antijurídico del individuo (acción u omisión), y la tipicidad del acto, pero por alguna de las circunstancias descritas a continuación la culpabilidad o responsabilidad es excluida:

- **Error de Prohibición:** conforme a la doctrina, en principio el error de prohibición impide comprender la criminalidad del acto y por lo tanto excluye la culpabilidad. Por esta categoría, el autor de la conducta típica desconoce la antijuridicidad de ésta, y cuando es invencible (cuando el sujeto de forma diligente no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto) excluye la culpabilidad. También existe el error de prohibición vencible, que tiene el efecto de disminuir -por así decirlo- la responsabilidad o culpabilidad al reducir la cuantía de la pena. Es menester diferenciar el error de prohibición con el error de tipo: el primero recae sobre normas que dan lugar a un hecho, es decir el sujeto

desconoce la existencia de la norma que prohíbe la conducta criminal, mientras que el error de tipo recae sobre las circunstancias del hecho.

- **Coacción:** la culpabilidad – responsabilidad es excluida cuando el individuo se encuentre bajo una amenaza real e inminente, la cual le obliga a actuar criminalmente; en este caso el Estado no puede reprochar ese acto, debido a que la persona no pudo actuar de otra manera.
- **Miedo Insuperable:** el sujeto actor se encuentra inmerso en una situación de desventaja causante del miedo que siente y es situado en esa condición por la persona en la que se producirá el resultado.
- **Inexigibilidad de otra conducta:** existen razones excepcionales extrañas al individuo destinatario de la norma, consecuentemente impide que el sujeto adecue su comportamiento al mandato legal, lo cual se considera una causa de exculpación de la responsabilidad. Un claro ejemplo de esta característica es cuando el sujeto actúa en un estado de necesidad disculpante, que se configura cuando el mal causado es igual al que se pretende evitar, por ello no se puede determinar cual de los dos males es mayor.

4. ESTRUCTURA DE LAS FIGURAS DELICTIVAS:

La clasificación de las figuras delictivas es de difícil sistematización, ya que existe el riesgo de excluir de un esquema algún tipo penal, precisamente porque existen muchas conductas tipificadas como delitos. Sin embargo, se puede establecer una estructura común a todos los delitos, es decir características comunes que se consideran al momento de definir si una acción u omisión es considerada o no delito. “Se trata de construir un concepto que establezca cuáles son aquellos caracteres que cualquier delito, y todos los delitos, deben reunir y sin los cuales no puede existir esa realidad jurídica.”¹⁶

¹⁶ REGIMEN PENAL ECUATORIANO, Pág., 73.

Conforme a ello, los elementos que se consideran constitutivos y generales en la estructura del delito y para que consecuentemente un acto sea considerado punible, son:

1. Una conducta humana delictual, es decir un acto que puede ser acción u omisión.
2. Ese acto debe ser típico, es decir expresado claramente en la Ley penal como delito.
3. El acto debe ser antijurídico, siendo así el acto lesiona un bien con relevancia jurídica para el Estado y sus miembros, es decir daña un bien jurídicamente protegido.
4. Es un acto culpable ya que puede ser atribuido a su autor.

Estos elementos están entrañablemente relacionados entre sí, y la ausencia de uno de ellos provocará la ausencia del delito.

CAPITULO II
LA MALA PRÁCTICA MÉDICA

- 1. Nociones Generales.**
 - 1.1. Responsabilidad.**
 - 1.2. Elementos de la responsabilidad.**
 - 1.3. Responsabilidad Médica.**
- 2. Nociones Históricas.**
- 3. El Ejercicio de la Medicina.**
 - 3.1. Pautas generales.**
 - 3.2. Presupuestos del ejercicio: bien jurídico tutelado.**
 - 3.3. Obligaciones del médico.**
 - 3.4. Incumplimiento de las obligaciones médicas: culpa profesional.**
- 4. Praxis y mala praxis médica.**

Capítulo II

La Mala Práctica Médica

1. NOCIONES GENERALES:

A través del tiempo y evolución del hombre, así como de las diferentes culturas, han variado los conceptos jurídicos, y de acuerdo a las concepciones del campo de la medicina, ha evolucionado el criterio de la responsabilidad jurídica del médico cuando comete errores en el ejercicio de su profesión. Es así que tomar el tema de la responsabilidad penal del médico es complejo, debido a los problemas subjetivos que conlleva este campo jurídico y al hablar de subjetivismo me refiero a que uno de los fundamentos para departir de la existencia de una mala práctica médica es que el galeno no actúa con dolo, con la intención de causar daño a su paciente, y es por esto que hablamos de la mala práctica médica como un delito culposo.

Desde inicios de la humanidad, “todo hecho del hombre –o de las cosas vinculadas con éste– implica responsabilidad; lo que trae, a su vez, agregado el deber de reparación en el supuesto de que se haya cometido una falta; o sea que la regla legal es concreción del principio moral que prohíbe causar daño a otro. Cuando la conducta no se ajusta a la señalada en la ley o por el contrato se impone una sanción resarcitoria, es decir, el restablecimiento de la situación al estado anterior o su equivalencia indemnizatoria si aquello no fuere posible.”¹⁷

Este principio de responsabilidad citado, es aplicado a todos los campos jurídicos, es uno de los fundamentos de la aplicación de las penas contenidas en cada Ley, y enmarcándonos en el campo médico, el profesional de la medicina está sujeto a las obligaciones que contraiga con su paciente, es así que hablaríamos de un

¹⁷ YUNGANO – LÓPEZ BOLADO – POGGI – BRUNO, “Responsabilidad Profesional de los Médicos”, Pág. 19.

contrato, que contiene intrínsecamente un actuar de buena fe, diligente y prudente. Este es el carácter contractual de la relación médico – paciente, pero la doctrina para discutir los casos de responsabilidad médica se apoya en el hecho de que existe un carácter extracontractual de la relación médico – paciente, estableciendo que la obligación del médico es de resultado, más no de medio.

Como vemos existe situaciones complejas al abordar el tema de la mala práctica médica, que con el desarrollo de este capítulo pretendo aclararlas, pues la profesión médica es quizás la que suscita con mayor frecuencia la intervención del Derecho Penal debido a su indisoluble conexión con los bienes jurídicos protegidos más preciados, que son la vida y la salud.

1.1. RESPONSABILIDAD:

En tiempos antiguos, existía una noción de responsabilidad con el fin de preservar un “equilibrio cósmico” a través de la expiación y de los sacrificios, considerándose una responsabilidad unitaria. Actualmente el concepto de responsabilidad unitaria ha cambiado, desintegrando la responsabilidad a diferentes campos: políticos, jurídicos, morales, sociales, éticos, y el jurídico a su vez en las diferentes ramas del Derecho: civil, penal, administrativo, mercantil, etc. Dentro del ámbito penal, la responsabilidad es la atribución de un hecho a su autor. La responsabilidad jurídica surge de una norma jurídica que impone deberes de conducta a los miembros de un Estado. La responsabilidad jurídica, generalmente puede atribuirse a todo sujeto de derecho, sea una persona natural o jurídica.

Es necesario tener en cuenta la diferencia entre responsabilidad civil y responsabilidad penal. El fin de la responsabilidad penal es que el autor del delito debe responder por la conducta antijurídica, esto es por la violación a la norma, sea que afecte a bienes jurídicos colectivos (como la fe pública) o individuales

(como la honra). Por el contrario, la responsabilidad civil asegura a la víctima la reparación de los daños y perjuicios privados que se le han causado, tratando en lo posible de volver las cosas al estado en el que estaban antes del daño, por lo que la sanción de la responsabilidad civil es indemnizatoria y no represiva como lo es en la responsabilidad penal.

1.2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD:

“En primer término y, como punto de partida del funcionamiento del sistema de responsabilidad, debe existir una acción –u omisión– voluntaria –o involuntaria– productora de un resultado dañoso. El carácter de involuntario no borra el deber de responder, pues aunque el sujeto no haya querido realizar ciertos actos, o aun queriéndolo no haya previsto sus consecuencias, no lo exime de la reparación de los daños ocasionados.”¹⁸. En este primer elemento se encasilla sin lugar a dudas, la práctica médica, cuando ésta ha sido causante de un daño al paciente provocándole un perjuicio definido, derivado de la violación de normas del adecuado ejercicio profesional, configurando de esta manera la Malpraxis o mala práctica médica, haciendo al médico responsable de su actuar y de los daños que ha ocasionado. El actuar imprudente, negligente del médico conlleva un delito culposo, que a más de la sanción privativa de la libertad correlativamente deviene la obligación de reparar civilmente.

“La antijuridicidad es otro de los elementos de la responsabilidad; su entidad cubre un amplio espectro que va desde un acto ilícito hasta el incumplimiento contractual o la violación de una obligación ex lege... También la omisión puede ser antijurídica cuando existe obligación de evitar daño; obligación impuesta por la ley o por la naturaleza del oficio o de la profesión del sujeto... En síntesis, y como pauta-guía del tema, se puede decir que la responsabilidad significa un deber de conducta que consiste en reparar el daño que se ha causado, sea cual

¹⁸ YUNGANO – LÓPEZ BOLADO – POGGI – BRUNO, “Responsabilidad Penal de los Médicos”, Págs. 21, 22.

fuere la vía generadora de la relación, ya sea directa entre las partes y consecuencia del incumplimiento de una obligación anterior, o bien sin vínculo previo.”¹⁹ De la antijuridicidad ya hablamos en el primer capítulo, y lógicamente es considerada un elemento de la responsabilidad, por ser parte de la esencia para que un acto sea considerado delito. Cuando existe una mala práctica médica, es porque existe un actuar antijurídico que se deriva totalmente de una omisión, pues el médico no actúa con dolo al tratar de mejorar la salud de su paciente, sino que existen situaciones en que el médico omite ciertas normas de cuidado y prudencia en su actuar profesional, concluyendo con perjuicios a la salud del individuo, y esto no le exime al profesional de su responsabilidad por su actuar antijurídico.

1.3. RESPONSABILIDAD MÉDICA:

La responsabilidad del profesional médico se inicia con el JURAMENTO contenido en la Declaración de Ginebra de 1948, que hace relación al buen desempeño de la profesión, que inicia con la inscripción de su Título Profesional en el Colegio de Médicos y posterior a ello en la relación con su paciente que como ya dijimos es de naturaleza contractual, existiendo deberes comunes como son el de Lealtad, Secreto Profesional e Indemnización en caso de ocasionar un daño.

“... en Francia se consideró durante mucho tiempo la responsabilidad médica como de carácter extracontractual, atento lo establecido en el Art. 1382 del Código de Napoleón, aunque, en rigor, es la ley la determinante de la conducta cuyo incumplimiento ocasiona un perjuicio que debe ser reparado, si bien ya desde 1936 el criterio de los tribunales franceses fijó la naturaleza contractual de la obligación a la que debe calificarse como obligación de medios, lo que implica que el médico asume el compromiso de atender al paciente con cuidado y

¹⁹ YUNGANO – LÓPEZ BOLADO – POGGI – BRUNO, “Responsabilidad Penal de los Médicos”, Págs. 22, 23, 24.

diligencia para que ello sea conducente al logro de su curación, la que no puede ser asegurada por el profesional.”²⁰

En la práctica profesional del médico con resultado dañoso, es muy repetitivo que se debe al incumplimiento de los medios o cuidados en la asistencia de su paciente, que pueden derivarse de un examen defectuoso al paciente, o graves errores en el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad. Puede suceder también daños por la utilización de instrumental médico en mal estado o defectuosos, así como la administración de medicamentos caducos, o muchas veces por que el médico no supervisa las actuaciones de sus auxiliares, los mismos que pueden causar daños por desconocimiento de las pautas a seguirse en el tratamiento médico, entre otras. Como vemos existen varias posibilidades en las que el médico actúa con resultados dañosos a su “cliente”, la mayoría de esas acciones culpables, pero lógicamente sin eximir su responsabilidad con el resultado.

2. NOCIONES HISTÓRICAS:

Desde las épocas más remotas la práctica de curar a un enfermo ha sido juridizada, pues el que tenía la capacidad curativa era considerado un ser poseedor de poderes sobrenaturales, capaz de utilizarlos conscientemente también de forma negativa cuando el resultado de su actuar llegaba a mal término. Las primeras culturas de la civilización humana apoyaron la práctica de la medicina en dos pilares que aparentemente son opuestos: por una parte el empirismo y el pragmatismo (utilizando remedios provenientes de la naturaleza) y por otra la medicina con un contexto religioso y mágico, cuyo poder era otorgado por los Dioses.

²⁰ YUNGANO – LÓPEZ BOLADO – POGGI – BRUNO, “Responsabilidad Penal de los Médicos”, Pág. 25.

Es así que el sistema punitivo utilizado no sólo en el ámbito de la medicina sino en general a las conductas lesivas a la integridad de la persona como de sus bienes, era el talionar, tratando de resarcir el mal causado con el daño que causa la imposición de la pena. En las épocas más remotas nos encontramos con el Código de Hammurabi, cuyas disposiciones eran netamente la aplicación de la Ley del Talión, como por ejemplo: ..."Si un señor destruye el ojo de un miembro de la aristocracia, se destruirá su ojo";..."Si rompe el hueso de otro señor, se le romperá el hueso"...

“En la antigua Persia se autorizaba el ejercicio de la profesión después de haber tratado a tres enfermos –pobres– que no debían morir. Había tres clases de médicos: los que curaban con plegarias –eran los más respetados– , los que utilizaban hiervas y los que recurrían a operaciones cruentas; existía también una gradación en cuanto al honorario –que se abonaba en especie– y que podía ser un caballo, una vaca o una burra... En Egipto y Grecia se formaron colegios secretos y actuando conforme con las reglas y fórmulas admitidas, no se incurría en responsabilidad cualquiera fuera la suerte del enfermo; ello no era así si se apartaba de aquellas reglas, pudiendo el médico ser castigado con severas penas, aún la de la muerte... En Roma se admitía que la relación médico-paciente era una forma de arrendamiento de servicios que era, a su vez, uno de los contratos consensuales, de uso frecuente, de gran utilidad práctica y en el cual no se exigía para su perfección formalidades especiales, pudiendo el consentimiento manifestarse por cualquier medio...”.²¹ De todas maneras, en aquellos tiempos no existía lo que conocemos como mala práctica médica, siendo consideradas las primeras pautas sobre esta materia en el año 1825 en Francia, cuando el “Dr. Helie fue llamado a atender un parto distócico con presentación de hombro; al encontrarse con brazo derecho fuera de vulva lo amputó sin intentar ninguna maniobra correctora. Al presentarse de inmediato el otro brazo en igual forma procedió también a amputarlo. Concluido el parto, el padre del recién nacido denunció el hecho ante el tribunal de Domfront el cual, previo dictamen de la

²¹ YUNGANO – LÓPEZ BOLADO – POGGI – BRUNO, “Responsabilidad Penal de los Médicos”, Pág. 28.

Academia de Medicina, sentencio que el médico había actuado “imprudentemente y con una precipitación increíble no habiendo intentado ninguna maniobra obstétrica ni llamado a consulta” y condenándolo a pagar una indemnización vitalicia al menor.”²²

Se podría decir que ésta es una de las bases sobre las cuales se asienta lo que hoy conocemos como mala práctica médica, y claro está que en pocos casos se juzga de manera justa cuando se ha producido un daño irreparable en la salud del paciente, ya que la mayoría de veces queda en la impunidad este delito.

3. EL EJERCICIO DE LA MEDICINA:

La conservación y protección de la salud son las pautas básicas del ejercicio de la medicina, la cual está encaminada a preservar un íntegro bienestar, mental, físico y social de la persona, bienestar que debe gozar de una plena confianza en la práctica médica y de una protección del Estado. Es así que la SALUD es un bien jurídicamente protegido por el Estado y sus Leyes.

3.1 PAUTAS GENERALES:

“...en agosto de 1968, el Dr. André Wynen expresaba que, cuando llega el momento de adoptar decisiones en una situación de vida o muerte el médico no debe preguntarse si lo que se propone realizar puede entrañar consecuencias legales, pues ello podría convertirse en un letal freno que, en última instancia, perjudicaría al paciente. Sabido es –y resulta obvio repetirlo– que el ejercicio de la actividad médica es plena en opciones difíciles. Por supuesto, y como en cualquier profesión, el médico puede cometer errores, los que no serán reprochables –moral

²² YUNGANO – LÓPEZ BOLADO – POGGI – BRUNO, “Responsabilidad Profesional de los Médicos”, Pág. 30.

o judicialmente— si ha tratado al paciente con los medios adecuados de los conocimientos actuales y con arreglo a lo que su deber le impone...”²³

Actualmente, los destacados avances que ha alcanzado la medicina debido al conocimiento y disponibilidad de recursos de avanzada tecnología para el diagnóstico y tratamiento de las diversas enfermedades, son los pedestales que tiene la humanidad para resolver los problemas físicos y también psíquicos que en tiempos pasados eran considerados incurables. Pero este progreso ha ocasionado nuevos dilemas éticos en el ejercicio de la profesión médica, los cuales no solo han sido favorables para los pacientes, sino que en su gran mayoría son un detrimento para la integridad física del paciente, por pérdida de valores éticos de los profesionales médicos, que en su mayoría poseen un fin de lucro desmedido, perdiendo el fin humano y social de la Medicina.

Se evoluciona para perder el concepto tradicional del ejercicio de la medicina, que era ejercitado por el muy poco frecuente “médico de cabecera” considerado como el consejero en nuestras afecciones, sustituyéndolo con un equipo de médicos, especialistas, pertenecientes a centros hospitalarios, la mayoría de veces desconocidos para el paciente, convirtiéndose el médico en un prestador de servicios profesionales, sujeto a la publicidad, a la oferta y demanda, lamentablemente a la competencia desleal, y cada vez a una progresiva apatía de la relación existente entre el médico y el paciente, dejadez que desemboca en un mal trato al enfermo y al cometimiento de errores médicos que causan males irreparables en la salud y muchas veces la muerte.

3.2 PRESUPUESTOS DEL EJERCICIO: BIEN JURÍDICO TUTELADO:

²³ YUNGANO – LÓPEZ BOLADO – POGGI – BRUNO, “Responsabilidad Profesional de los Médicos”, Pág. 51.

La salud, junto con la vida, la integridad personal, económica y física, entre otros, son bienes jurídicamente tutelados por el Estado, a través de la aplicación de diversas leyes, reglamentos u ordenanzas.

En nuestro ordenamiento jurídico, la salud es tutelada de tal forma que cualquier circunstancia ajena a su titular y que este bajo supervisión médica provocare un detrimento de ella será sancionada conforme a las leyes penales y pecuniariamente indemnizada conforme las leyes civiles. La salud lleva consigo naturalmente las características de que es un bien que no es susceptible de comercialización, es inalienable e imprescriptible. Es un bien jurídico de primera generación.

La salud del individuo debe ser considerada desde un doble aspecto: “a) como bien jurídicamente tutelado,... y b) como valor frente al cual el Estado debe organizar y/o fiscalizar un sistema de prevención, tratamiento y readaptación en los supuestos de que la salud se altere por factores personales, socio-ambientales, laborales, etc.”²⁴.

3.3. OBLIGACIONES DEL MÉDICO:

El galeno, posee en su actividad profesional (la tutela por así decirlo), uno de los bienes jurídicos mas importantes para el hombre, quizás equiparable a la vida, de hecho sin salud es casi imposible vivir, por lo que tiene obligaciones para con su paciente, considerado como individuo y como miembro de la sociedad, por lo cual la actividad profesional está sujeta a las leyes y autoridades de control de su profesión.

Enfocándome en el campo de la Medicina, existe una relación esencial médico – paciente, ésta se da cuando a una determinada persona la estructura jurídica y

²⁴ YUNGANO – LÓPEZ BOLADO – POGGI – BRUNO, “Responsabilidad Profesional de los Médicos”, Pág. 56.

social de un país la ha considerado idónea para ejercer la Medicina por haber cumplido con los requisitos establecidos, y éste al aceptar la petición de un individuo cualquiera que acude a él con el afán de conseguir un mejoramiento en su salud, ya sea con su opinión, consejo o tratamiento, nace esta relación considerada como la esencia del ejercicio de la Medicina, que a su vez genera derechos y obligaciones recíprocas entre las partes (médico – paciente).

Doctrinariamente, la relación médico – paciente se produce en los siguientes casos:

- **a)** por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes;
- **b)** por acción unilateral del médico en caso de emergencia;
- **c)** por solicitud de terceras personas;
- **d)** por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública.

Cuando se inicia la relación médico – paciente, el profesional se compromete a efectuar un procedimiento para mejorar la salud de su paciente, o en algunos casos para estancarla de tal forma que no produzca daños más severos en la salud, aplicando sus conocimientos, su adiestramiento y su diligencia, y siempre advirtiendo a su paciente, y a sus familiares si amerita el caso, de las posibles consecuencias, riesgos o complicaciones de los tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas que se realizarán.

Dentro de esta relación, cabe destacar que el sujeto pasivo (penalmente considerado) es el PACIENTE, pues este se pone en un estado de indefensión ya que compromete su confianza totalmente en el actuar del médico, y de aquí nace el consciente y exagerado cuidado que debe tener el médico (sujeto activo) al momento de sanar a su paciente.

Existe una opinión generalizada de los tratadistas acerca de las obligaciones del Médico, cuales son:

- **Secreto profesional:** resguarda todo aquello que por la condición de médico haya escuchado, visto o entendido y que no es de carácter ético el revelarlo, salvo la existencia de una causa justa o cuando la ley determine lo contrario.

- **Información adecuada y consentimiento:** la información adecuada de la enfermedad sufrida debe darla el médico a su paciente, ésta debe ser real y completa para que el paciente pueda disponer con plena libertad de su consentimiento para someterse al tratamiento sugerido por el médico o a la operación quirúrgica apropiada si el caso lo amerita, con pleno conocimiento de las posibles consecuencias negativas que pueden presentarse. Esta información debe ser comprensible conforme la posición intelectual del paciente, y de acuerdo a los criterios psicológicos que presente el enfermo, ya que el impacto de una noticia negativa acarrea consecuencias diferentes en las personas, por ello la obligación de la prudencia del galeno. Cabe destacar en este punto que el paciente tiene la obligación de reciprocidad en cuanto a la información, es decir, debe informar a su médico la totalidad de los síntomas que presenta, con el fin de que el profesional con el examen corporal y también psicológico que realice a su paciente determine un tratamiento adecuado para la curación, claro que esta obligación se produce cuando el paciente se encuentra en pleno ejercicio de sus facultades mentales, pues por el contrario existen otros métodos utilizados para el diagnóstico de una enfermedad. Se destaca además que el consentimiento del paciente debe ser libre de vicios.

- **Obligación de conocimiento:** es indispensable que el médico tenga conocimientos adecuados y actualizados de los métodos utilizados para la

curación de las enfermedades. De esta forma podrá aplicar sus conocimientos acertadamente.

- **Obligación de diligencia y técnica:** el médico debe utilizar sus conocimientos y habilidades al máximo al momento de curar a su paciente, o de mejorar su situación. Esta obligación está estrechamente ligada a la anterior.

- **Obligación de continuidad del tratamiento:** una vez iniciada la relación médico – paciente, el tratamiento médico debe continuar hasta que el enfermo sane o hasta cuando por decisión de cualquiera de las partes, la relación termine, o en algunos casos cuando el médico remita el caso a otro especialista.

- **Obligación de asistencia y consejo:** aquí ante todo la calidad humana del médico para buscar la decisión más conveniente para su paciente. Se resume en la frase encontrada en diversos centros médicos, cuyo autor desconozco: “Curar a veces, aliviar a menudo, consolar siempre.”.

- **Certificado médico:** es la constancia de la enfermedad o estado de salud del paciente en un documento que sirve para aplicarlo en otro hecho o acto jurídico o laboral (por ejemplo, permiso en el trabajo).

Como vemos las obligaciones del médico descritas son generales, y alguna de ellas aplicable a otras profesiones.

3.4. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL MÉDICO: CULPA PROFESIONAL:

Conocemos doctrinariamente que la culpa en terminología jurídica es la omisión de las normas de prudencia y cuidado en el accionar humano. Sabemos también que la previsión juega un papel importante dentro de la culpa, pero no puede ser considerado el único fundamento para la existencia de ésta, debido a que existen situaciones en las que siendo previsible el resultado y habiendo el sujeto actuado con diligencia y prudencia, se produce un resultado dañoso en el sujeto pasivo.

Dentro del ámbito jurídico existe la culpa penal y la culpa civil que son similares, pues en ambos casos existe una omisión de la conducta para evitar el daño, pero la diferencia radica en la sanción; cuando existe culpa civil la sanción será pecuniaria, existiendo un desmedro en el patrimonio del sujeto activo; por el contrario en la culpa penal existe mayor rigor en la valoración de las circunstancias que constituyen la culpa, pues la sanción es la privación de la libertad, sin que ello implique también que concurra una sanción desde el ámbito civil.

En el Art. 14 del Código Penal Ecuatoriano se establece que “La infracción es dolosa o culposa... 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 la ley, reglamento u órdenes.” Se define a la infracción culposa, pero no se define a la culpa como tal, por lo que la diferencia entre culpa y dolo está tácitamente incluida.

En el caso que nos atañe, es necesario establecer que no todas las actuaciones médicas con consecuencias nefastas recaen en el ámbito del Derecho Penal considerándolas como mal praxis, pues el hecho de que el paciente ha muerto o no se ha curado no es fundamento suficiente para imputar al médico la responsabilidad del acto culposo. “Por lo general en la actividad curativa aun el empleo correcto de la *lex artis* puede desembocar en un resultado infausto, ya que la Medicina no tiene maneras de superar todos los problemas de salud y más bien procura –y en un elevado porcentaje de los supuestos de hecho consigue– reforzar

la actividad reparadora de los procesos naturales. De allí que es dable negar que exista imputación objetiva en todas las ocasiones en las cuales, aun cuando el médico hubiese podido hacer algo más, la pérdida de la vida o falta de curación lo mismo se hubiesen producido con una conducta más cuidadosa. Esto es así siempre que la intervención del profesional no hubiese incrementado el riesgo, por acción u omisión. Si lo hubiese hecho –con incidencia en el resultado–, ello demostraría que con una conducta alternativa conforme a Derecho el resultado hubiese sido evitable.”²⁵

4. PRAXIS Y MALA PRAXIS MÉDICA:

Yungano – López Bolado – Poggi – Bruno, citan en su obra al Dr. Nardelli (presidente del Consejo Federal de Entidades Médicas Colegiadas de Argentina, 1979) quien establece que “la praxis médica, en sus distintas modalidades, 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, Consejos Profesionales, perfeccionamiento de postgrado, etc. Cuando se violan las normas del adecuado ejercicio profesional, queda configurada la malpraxis.”.

En nuestro ordenamiento jurídico penal no está configurado como delito la mala práctica médica, no existe el tipo penal específico que regule el inadecuado ejercicio profesional del médico. Es por esto que este actuar se subsume en el tipo delictual de lesiones inintencionales, normado por el artículo 472 del Código Penal Ecuatoriano. Esta carencia de tipicidad es uno de los fundamentos de esta tesis, por lo que en el capítulo posterior, DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MEDICO, será analizado con detenimiento, llegando a la conclusión de la

²⁵ TERRAGNI, Marco Antonio, “El Delito Culposo en la Praxis Médica”; Buenos Aires – Argentina, Pág. 94.

premisa establecida: ¿Sería necesario regular la mala práctica médica como un delito autónomo?.

CAPITULO III
DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO

1. **Generalidades.**
2. **Sujetos que intervienen en el tipo delictual de mala práctica médica: el médico y el paciente.**
 - 2.1. **El médico.**
 - 2.2. **El paciente.**
3. **Necesidad de una regulación.**
 - 3.1 **Estructura jurídica del delito de mala practica médica.**
 - 3.1.1. **El Acto.**
 - 3.1.2. **La antijuridicidad.**
 - 3.1.3. **La tipicidad.**
 - 3.1.4. **La culpabilidad.**
 - 3.1.4.1. **Responsabilidad civil del médico.**
 - 3.1.4.2. **Responsabilidad penal del médico.**
4. **Legislación jurídica comparada.**

Capítulo III

De la Responsabilidad Penal del Médico

1. GENERALIDADES:

El hombre, considerado como persona natural, ha sido objeto de estudio más importante de las ciencias, doctrinas, filosofías, etc. Es el único ser capaz de razonar, “de gobernar y gobernarse a si mismo”, el único ser dotado de inteligencia para discernir entre lo bueno y lo malo. Sin embargo, a lo largo de la historia, se ha concluido de que el hombre es un ser social, por lo que tiene que adaptarse a ciertas normas jurídicas, políticas, éticas, morales, para poder vivir en armonía social con sus semejantes.

Estas normas de conducta, dentro del ámbito jurídico, le confieren al individuo la capacidad de contraer obligaciones y ejercer derechos. Al hombre se le ha dotado de personalidad, que es una ficción creada por la Ley para poder atribuirle al hombre, como ente jurídico, una serie de derechos considerados subjetivos pero esenciales como son la vida, la salud, la integridad personal, etc. Esta personalidad jurídica es conferida al hombre desde su nacimiento. La consideración del hombre como persona, esta regulada en el Art. 41 del Código Civil Ecuatoriano: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. Divídense en ecuatorianos y extranjeros.”. A partir de esta categoría, se derivan una gama de derechos y obligaciones establecidos en todo el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la norma máxima, la Constitución (publicada el 20 de octubre de 2008), establece los derechos civiles que tiene una persona, los cuales son encaminados a una plena protección del individuo, para obtener un bienestar físico, psíquico y social, como individuo y como miembro del Estado, garantizando que dichos derechos sean respetados por todas las personas entre sí. Específicamente, en el artículo 10 de la Constitución, se establece que “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y

gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.”.

Continuando con el lineamiento Constitucional, el artículo 32 establece: “La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustenten el buen vivir. El Estado garantiza este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional”.

Como se ve, para una buena calidad de vida es necesario el aseguramiento de una buena salud, y para ello se exige condiciones dignas en las cuales desarrollarse.

La salud es un derecho consagrado no solo en una normativa estatal interna, no solo es un derecho constitucional, sino que también es considerada mundialmente en la categoría de derecho humano. La salud es definida, de manera simple como “la ausencia de enfermedad”, pero es necesario ir más allá para poder establecer un completo significado de salud. Es así que en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) la define como “un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de dolencia o enfermedad.”. En cuanto a la legislación ecuatoriana, la Ley Orgánica de Salud (que por cierto transformó al Código de la Salud de ley ordinaria a ley orgánica,

con mayor jerarquía) en su artículo 4 establece: “La salud es el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Es un derecho humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado; y, el resultado de un proceso colectivo de interacción donde Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables.”. Entonces queda establecido el carácter de derecho humano que tiene la salud y su enorme importancia para el Estado y sus habitantes.

La salud tiene una característica singular, ya que la mayoría de derechos son habilitados por sí solos, es decir, no necesitan estar vinculados o depender de otros para su habilidad, o por lo menos necesitan estar vinculado a un solo derecho, mientras que la salud tiene una dependencia de otros y varios derechos para poder ser ejercida en todo su potencial, pues ella depende, por ejemplo de las condiciones de vivienda, libertad, alimentación, trabajo, etc., en las que se desarrolla una persona. Pero no solo depende de otros derechos para poder subsistir, sino que depende de todo un cuerpo de personas encargadas de prevenir, asistir y curar cuando la salud se ha quebrantado por una enfermedad o por daños producidos por agentes extraños.

La importancia de la salud es primordial en todos los pueblos. Los gobiernos de turno incluyen como una de sus directrices en su plan de Gobierno el mejoramiento de la salud, la protección de este derecho. Es así que la salud es un derecho y un bien jurídicamente protegido por el Estado y su atención es la base para que se ejerza plenamente este derecho. Su atención ha sido considerada por distintas leyes desde hace décadas.

Es así que “con el advenimiento de la industrialización se establecieron diversos mecanismos para solventar la atención médica, alguno de los cuales fueron establecidos por medio de legislación. Sin embargo, los movimientos que preconizaban la importancia de proteger la salud pública y el bienestar social surgieron también como consecuencia de la Revolución Industrial, y contribuyeron a permitir el reconocimiento del derecho a la atención de la salud tanto para la sociedad en su conjunto como para determinados grupos en particular. El derecho a la atención a la salud quedó plasmado en la legislación no solo a consecuencia de la industrialización, sino también del progreso científico y tecnológico.”²⁶

Como se aprecia, la salud es tan importante para el ser humano, que existen un sin número de artículos, documentos, libros, etc. referentes a ella, pero exclusivamente lo que nos interesa en el desarrollo de la tesis es la salud como el bien jurídicamente protegido, y como el derecho quebrantado por la figura delictual de mala práctica médica por una acción u omisión del galeno. Ya ha quedado establecido la importancia y el concepto básico de lo que es la salud. Ahora cabe el análisis doctrinario y jurídico de las personas implicadas en el delito de mala práctica médica.

2. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL TIPO DELICTUAL DE MALA PRÁCTICA MÉDICA, EL MÉDICO Y EL PACIENTE:

El principal actor llamado a mejorar la salud es el *MEDICO* y el personal que se encuentra a su cargo (enfermeros, anestesiólogo, auxiliares de enfermería, etc.). “Algunos de los problemas que se derivan de la actuación curativa en general no

²⁶ FUENZALIDA Hernán I.; SHOLLE CONNOR Susan; “El Derecho a la Salud en las Américas”; Organización Panamericana de la Salud, 1989, PAG. 17.

son sólo propios del obrar del médico, sino también, y en su caso, de la conducta de toda otra persona. Se trate de un profesional, tomada esta palabra en sentido estricto (farmacéutico, bioquímico, etc.), de un auxiliar permanente (enfermero, camillero, etc.), de alguien vinculado a una empresa médica (gerente de un sanatorio, que tiene a su cargo la tarea de organización) o de un profano (el familiar del enfermo incapacitado, que debe suministrarle los medicamentos, ayudarlo a moverse o alimentarse conforme a las indicaciones del facultativo).”²⁷

La salud es quebrantada en primera instancia por una enfermedad, que es una alteración que sufre el organismo humano, y las causas de las enfermedades pueden ser orgánicas o inorgánicas, internas o externas, como lo establece la doctrina médica. Una enfermedad tiene trascendencia en el ámbito físico, emocional y psíquico de la persona, así como es relevante para el ambiente familiar y muchas veces para el ámbito social.

Una **enfermedad** es la primicia para que el afectado visite al médico que considere conveniente, o de su confianza, para que sea examinado conforme a las técnicas médicas, y pueda tener una identificación del mal que padece. En una segunda etapa, el médico, luego de investigar las causas de la enfermedad, establece las particularidades del mal, emitiendo su **diagnóstico**, que según la Gran Enciclopedia Ilustrada Círculo de Lectores es la “Identificación de una enfermedad por sus síntomas. Existen diversos métodos y técnicas de diagnosis, entre los que cabe destacar los exámenes clínicos y físicos, las pruebas de laboratorio y la exploración radiológica. El diagnóstico clínico se fundamenta exclusivamente en los síntomas que el enfermo manifiesta (fiebre, dolor, etc.). El diagnóstico físico se realiza por palpación, inspección, auscultación o percusión. Los exámenes de laboratorio estudian los líquidos orgánicos, fluidos internos y

²⁷ TERRAGNI MARCO ANTONIO, EL DELITO CULPOSO EN LA PRAXIS MÉDICA, ARGENTINA, PAG. 15.

secreciones del organismo con el fin de establecer si sus valores o composiciones son o no normales, y de esta manera poder determinar la afección. Se emplean distintas técnicas analíticas que se agrupan básicamente en tres campos: bacteriológica (aspectos inmunológicos y serológicos), bioquímica (alteraciones metabólicas y del medio interno) y patología (biopsias, necropsias, etc.). La radiológica utiliza rayos X e isótopos para explorar el organismo.”

Una tercera etapa la conforma el **pronóstico** profesional del médico, que hace referencia a la evolución de la enfermedad y su posible curación. El pronóstico cuando es positivo, es decir, cuando pronostica un tratamiento y curación del paciente, repercute de manera beneficiosa en la psicología del éste; por el contrario, cuando se pronostica negativamente acerca de la enfermedad, es perjudicial para el paciente y sus familiares, ya que por lo general la enfermedad termina en muerte, en un corto o largo plazo dependiendo de su gravedad. Una cuarta etapa es el **tratamiento** o la terapéutica utilizada por el médico para combatir y sanar al enfermo, tratamiento que puede ser químico, físico, psicológico, etc., o de ser necesario quirúrgico.

La actuación profesional del médico entra en escena desde el momento en que decide atender al paciente para emitir el diagnóstico de la enfermedad. Esta actuación compete una prolijidad particular, pues de ello depende el éxito en combatir la dolencia. Es así que el médico esta dependiente del cumplimiento de normas establecidas en la Ley, transcribiendo una inicial que es la que reza en el Art. 6 del Código de Ética Médica: “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.”. Este artículo norma de forma muy clara y concisa cual es el deber fundamental del médico, que es la preservación de la vida del paciente, pero para ello debe actuar con sumo cuidado, de manera que su actuación sea realmente la de sanar y no el agravar el estado de salud del enfermo.

La actividad profesional del médico, no solo está regulada por el Código de Ética Médica, sino también, por la Ley de Salud, el Código Penal, el Código Civil, la Ley de Federación Médica y su Reglamento, entre otras. Es una actividad que lleva en sí la protección de este derecho tan importante para la vida, que es la salud. Sin duda alguna el médico es un profesional que ofreció respetar la vida humana actuando digna y correctamente, contribuyendo con sus conocimientos para la salvaguardar una vida digna y saludable.

Es tan esencial la relación existente entre la Medicina y el Derecho, que para aplicar un sin número de leyes, es necesario un diagnóstico o pronunciamiento médico, tal es el caso por ejemplo, para declarar a una persona incapaz por adolecer demencia, es indispensable el informe de un médico psiquiatra. La obligación que tiene el médico para con su paciente es de carácter jurídico y ético. Esta relación estrecha se da no solo porque la salud es un bien jurídico protegido de primera generación, sino que el actuar del médico tiene relevancia cuando actúa de parte procesal como testigo, o cuando actúa como perito de oficio o de parte, o en los casos en los que tiene que emitir un certificado para poder iniciar una acción judicial en el ámbito laboral, por ejemplo, por enfermedad de trabajo que ha producido incapacidad del trabajador.

Lo expuesto es una base para establecer la importancia social e individual que tiene el médico. Lo que en realidad atañe a este estudio es cuando el ejercicio de la medicina no cumple su función esencial (mejorar la salud).

Cuando existe un actuar proveniente del médico que quebrante de alguna forma la salud, estamos frente a la figura delictual culposa de mala práctica médica, pues se ha afectado bienes jurídicamente protegidos, como son la vida, la integridad física y psicológica, en fin, la salud en general del paciente, que considero un sujeto pasivo especial, pues él confía en la profesionalidad y experiencia del médico,

encontrándose de alguna forma en un estado de total indefensión frente al actuar médico.

Es un delito culposo, porque como ya lo manifesté, se produce por negligencia o falta de prudencia del médico, más no existe la intención de irrogar daño (dolo), y se presenta desde un diagnóstico equivocado, un tratamiento equivocado, a una cirugía o práctica médica mal realizada.

Existe una mala práctica médica, o malpraxis, cuando el médico se aparta de los principios de prudencia que exige el tecnicismo en la Medicina. Manifiesto esto, ya que la técnica que se utilice en una práctica médica es muy importante, es necesario que el profesional a más de haber obtenido su título académico que lo acredita como Médico, tenga un conocimiento pleno del campo en el que se desempeña, por ello es indispensable que el médico esté siempre actualizando sus conocimientos, los cuales han de ir junto con los avances de la ciencia y la tecnología.

Entrando ya al campo específico de la responsabilidad del médico frente a una malpraxis, nos encontramos con dos puntos totalmente dispares: el primer punto hace referencia a la práctica derivada de la voluntad directa del médico, es decir, en este primer supuesto la malpraxis se deriva del dolo, la práctica es destinada a causar un daño o perjuicio, o a pesar de la complicación o peligro que resultare realizar el acto, simplemente lo realiza. Los casos de mala práctica médica que recaen en este primer supuesto, son escasos, y en realidad de existir estos entrarían en el campo de otra figura o tipo delictual, que es el asesinato, regulado en el Art. 450 del Código Penal. El segundo punto se refiere a la malpraxis resultante del descuido, de la falta de actualización en los conocimientos del arte

de la medicina, no existe la voluntad de causar el perjuicio, de producir el daño, pero este se ha ocasionado.

Mencioné que en nuestro ordenamiento jurídico penal no existe la mala práctica médica como delito autónomo, sino que su tratamiento es adecuado al tipo penal de lesiones inintencionales, normado por el Art. 472 del Código Penal: “Es reo de heridas o lesiones inintencionales el que las ha causado por falta de previsión o precaución...”.

La falta de previsión o precaución es el primer fundamento para establecer a la mal praxis como delito culposo, ya que este tipo penal se caracteriza por el hecho de que el sujeto activo no desea realizar la situación para obtener un resultado negativo, pero no actuó dentro de las circunstancias correctas que amerita una curación. En las diferentes épocas, la culpa siempre ha constituido un riesgo para bienes jurídicamente protegidos (la vida, la integridad personal, la salud). En el ámbito médico, la actuación profesional, es susceptible de riesgos en el proceso de curación, es por esto la exigencia del actuar prudente y acertado. Inclusive cuando se produce un deterioro a la salud por negligencia médica, es muy difícil comprobarlo, ya que “Esta labor goza de legitimación y por la evidencia de que es así el médico (realizándola con la finalidad de curar y poniendo la diligencia, la prudencia, la pericia y los medios ordinariamente adecuados) puede provocar impunemente cambios en el paciente, e incluso la muerte, sin que esos resultados lo hagan caer en responsabilidad penal por lesiones u homicidio.”²⁸. Por esa legitimación, es que se suele determinar que un resultado negativo es producto del natural proceso de curación, sin que medie responsabilidad del médico, pues difícilmente reconocerá que se debió a un actuar imprudente de su parte. El actuar del médico casi siempre es el mejorar la salud del paciente, por ello cuando actúa lo hace confiado en que de su proceder se obtendrá un resultado exitoso, pero

²⁸ TERRAGNI, Marco Antonio; "El delito culposo en la Praxis Médica", Argentina, Pág. 25.

cuando esto no sucede es menester establecer que el médico actuó en ausencia de dolo, es decir el resultado no deseado fue producto de un actuar culposos.

Ahora bien, se estableció que la responsabilidad del médico es tomada en cuenta desde el momento en que decide atender al paciente. En este instante se produce o genera el acto contractual entre las partes, que son el médico, que tendría penalmente la calidad de sujeto activo, y el paciente que sería el sujeto pasivo. De antemano se establece que está implícita en esta relación la buena fe de las partes que debe regir la celebración de todo acto o contrato.

Como es sabido un contrato genera derechos y obligaciones entre las partes (en materia propiamente contractual, las fuentes de las obligaciones son los contratos, los cuasicontratos, los delitos y los cuasidelitos), y es importante establecer cuales son las obligaciones del médico y las del paciente, así como los derechos de ambas partes.

2.1. EL MÉDICO:

El médico, galeno, doctor, hipocrático, facultativo, cirujano, entre otros sinónimos, es penalmente considerado como el sujeto activo del delito de mala práctica médica. Es la persona que con su actuar imprudente, negligente u omisivo causa daño a su paciente, esto tomado desde el punto netamente legal. Pero es necesario dejar sentado una consideración de calidad humana acerca del médico. Éste es la persona y profesional llamado a restaurar el orden normal de la salud de un paciente, así como de prevenir las enfermedades que pueden atacar a un pueblo. En sus manos se encuentra la conservación del derecho más importante, después de la vida, pues el tener salud nos permite desarrollarnos con todo nuestro potencial en las actividades que realizamos, y un pueblo sano es un pueblo que surge económica, cultural, intelectualmente.

Para ejercer la medicina no solo se necesita la acreditación universitaria, sino que se necesita un carácter especial que permita más allá de ejercer la profesión, llegar al interior de los pacientes, con el fin de poder aliviarlo de su mal, que muchas veces no es físico, sino psicológico, sentimental. El médico tiene ante todo la obligación de actuar fielmente al juramento hipocrático, que es la base del ejercicio profesional, pero sobre todo es el carácter humano y social que debe imprimir el médico en su actuar.

Sin ir más allá, el médico al igual que el paciente tiene los siguientes derechos a saber:

Derechos del Médico:

- Recibir un trato digno y de respeto por parte de sus pacientes. Pienso que es la base de toda relación profesional.
- Una vez cumplidos los requisitos establecidos para obtener el título profesional, el médico tiene derecho a ejercer libremente su profesión.
- Tiene derecho a la fidelidad que le debe su paciente al momento de confesarle los síntomas que presenta, con el único fin de poder emitir un diagnóstico acertado de la enfermedad, así como para poder establecer cuales serán los medios curativos y el tratamiento que el paciente deberá seguir para sanar. Este derecho es esencial dentro de este “contrato”, es una obligación del paciente y un derecho del médico de que la información sea veraz y oportuna.
- Como presta sus servicios, al igual que todo profesional, tiene derecho a recibir o percibir una remuneración por parte de sus pacientes. Aquí una especial consideración del valor de sus servicios, ya que debe tener un carácter humano al momento de establecer cual es el monto, pues el médico para establecer éste valor debe tomar en cuenta la capacidad económica del paciente, y dejar de lado el afán lucrativo del ejercicio

profesional, claro que en la realidad que vivimos es lamentablemente contraria, pues el ejercicio de la medicina se ha convertido en un negocio de alta rentabilidad, y muchas veces deshumanizado.

- El médico tiene derecho a desarrollar su práctica profesional en condiciones aceptables para el buen desenvolvimiento de su profesión, es decir de tener acceso a un establecimiento correctamente equipado, con lo elementalmente necesario (instrumental médico para cirugías y curaciones, personal capacitado que sea un auxiliar del médico, un establecimiento que cumpla con las normas básicas, es decir que cuente con todos los servicios básicos, y sobre todo donde prime la higiene).
- Tiene derecho las garantías del debido proceso en caso de incurrir en algún acto tipificado en la ley como ilegal, derecho al que tenemos acceso todos los ecuatorianos.

Obligaciones del Médico:

En primera instancia las obligaciones del médico están sujetas a las normas establecidas por la ética, y el cumplimiento pleno de ellas le exime de responsabilidad penal y civil, de posibles eventualidades que pueden darse en el proceso curativo (un claro ejemplo es el hecho de que una persona sufra un ataque cardíaco durante una cirugía, a pesar de que su corazón nunca presentó problema alguno). Es imprescindible dirigirse en el hecho de que el médico no se obliga a curar al paciente, sino a tratar o procurar su curación, basado y empleando los conocimientos adquiridos.

Ya en el Capítulo II, se dijo que la relación médico – paciente se produce en los siguientes casos: a) por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes; b) por acción unilateral del médico en caso de emergencia; c) por solicitud de terceras personas; c) por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a

cargo de una entidad privada o pública. Como vemos esta relación es una fuente de obligaciones y derechos, los cuales ya han sido expuestos brevemente.

En cuanto a las obligaciones del médico, también quedaron claramente sentadas en el Capítulo II, pero a más de ellas podemos señalar las siguientes:

- Tiene la obligación primordial de atender al paciente con total respeto, tomando en consideración sus condiciones culturales, religiosas, económicas y el nivel de educación del paciente, para que éste pueda confiar en su médico y sobre todo entender su actual condición de salud.
- El médico está obligado a atender inmediatamente en casos de emergencia, inclusive sin consentimiento del paciente o de sus familiares.
- Está obligado a actuar velando las normas de prudencia y pericia que demanda su actividad.
- Considerando la capacidad económica del paciente, el médico está en la obligación de informarle acerca de la existencia de establecimientos médicos con fines sociales para que el paciente pueda decidir en que centro hospitalario será atendido.
- Los honorarios profesionales del médico deben ser claramente acordados con el paciente o sus familiares desde el inicio del “contrato”.

2.2. EL PACIENTE:

El paciente es la parte pasiva en la relación médico – paciente. De acuerdo al Diccionario de la Real Lengua Española es la “...Persona que padece una enfermedad, un mal físico... Sujeto que recibe o padece la acción del agente.”. Existe una relación de subordinación, por así decirlo, del paciente al médico, por la condición de desventaja que presenta éste al momento de encontrarse quebrantado por una enfermedad. El paciente va a cumplir con las órdenes

prescritas por el médico para mejorar su salud, y lo hará confiado en que el profesional basado en los conocimientos adecuados va a prescribir lo mejor para el paciente.

Por ello es imprescindible redactar brevemente los derechos del paciente (siendo la parte más sensible dentro de este “contrato”), información tomada de diferentes documentos publicados en Internet, y de diferentes textos sobre de ética medica.

De manera generalizada los derechos de los pacientes son:

Derechos del Paciente:

- Todo paciente, sin importar su condición social, económica, racial, religiosa, política, de género, tiene derecho a recibir una atención médica adecuada por parte de todo el personal que implique esa atención. Las personas que asisten a un paciente tienen que informarle verazmente sobre su estado de salud. El paciente tiene que recibir un trato digno y de respeto, esto también conforme a sus creencias religiosas y a su condición cultural.
- El paciente tiene derecho a que la información proporcionada por el medico sea clara, oportuna y veraz, con el fin de que este pueda decidir si continuar el tratamiento sugerido y tomar con libertad la decisión de cambiar de médico o entidad hospitalaria para su atención. En caso de que decida tomar una segunda opinión, tiene derecho a que se le proporcione por escrito el primer diagnostico.
- Tiene derecho a expresar su consentimiento libremente sin presiones, para optar por el tratamiento o terapéutica, así como para ser intervenido quirúrgicamente por el médico. Este consentimiento debe ser libre de vicios, y en caso de no poderlo expresar por su condición de salud (por ejemplo encontrarse en estado de coma), lo harán sus familiares.
- Posee el derecho de confidencialidad, no se puede divulgar las condiciones de salud del paciente, excepto cuando este haya autorizado a su médico.

- Tiene derecho a ser atendido en cualquier entidad hospitalaria cuando su salud se encuentre en riesgo, o comprometa su salud de tal manera que de no ser atendido podría sufrir daños irreparables o morir.
- Es necesario que toda la información obtenida sobre el estado de salud de un paciente, del diagnóstico, terapéutica y otros procedimientos realizados para la sanación, consten y sean registrados verazmente en la llamada Ficha Médica.

Obligaciones del Paciente:

El paciente como sujeto contractual está supeditado al cumplimiento de determinadas obligaciones.

La **primera** de ellas, es la obligación que tiene de prestar una información real y fiel al médico sobre su sufrimiento, causa de las dolencias que presenta la enfermedad, es decir de los síntomas que padece. Es necesario que el médico al recibir esta información (que la consigue a través de un cuestionario al paciente) lo haga de forma objetiva y realista, pues puede encontrarse con pacientes que agraven inconscientemente la realidad de sus síntomas, o puede haber por el contrario pacientes que oculten la gravedad de su situación. Por ello es necesario y es obligación del paciente que en la primera consulta con su médico, preste una información veraz de los síntomas que presenta, con el fin de que pueda obtener una respuesta o diagnóstico acertado para su probable curación.

Una **segunda** obligación, es que el paciente después de obtener su diagnóstico, e inmediatamente posterior a ello cumpla totalmente con el tratamiento terapéutico encomendado por su médico. En caso de que el paciente se encuentre en un estado grave que no le permita por sí solo administrarse los medicamentos o realizar las terapias, esta obligación la cumplirán las personas encargadas de asistir al

paciente, que por lo general son los familiares o enfermeros. De hecho, la falta de cumplimiento de esta obligación por voluntad unilateral del paciente o de sus familiares, excluye la responsabilidad del médico frente al fracaso de la terapéutica impuesta y no cumplida.

La **tercera** obligación se produce cuando el paciente por razones que le conciernen acude a una nueva consulta con el fin de obtener un nuevo criterio médico o quizás obtener un tratamiento con mejores resultados. En esta circunstancia, es menester que el paciente informe al médico que consultó en un inicio, de que ha decidido ser asistido por otro profesional y que el tratamiento que se le ha impuesto, quedará suspendido. Esta obligación la tienen los familiares que toman la decisión, en caso de que el paciente no pueda hacerlo por sí solo. De esta forma, el médico también queda excluido de responsabilidad por futuras secuelas provenientes del mal.

Como **cuarta** obligación se establece el pago de honorarios al médico. El ejercicio de la Medicina, como el de otras profesiones, implica la onerosidad de la actividad. Pero en el caso de la práctica médica no es posible establecer con exactitud el costo de la curación, debido a que en el transcurso evolutivo de la enfermedad, y de la aplicación del tratamiento, se pueden presentar nuevas condiciones que ameriten otros tratamientos cuyos valores se irán sumando y presentando con posterioridad. Pero el valor u honorario que se puede declarar como general, es el de la primera consulta al médico. De todas maneras, es obligación del paciente cancelar los honorarios médicos, sea con su patrimonio directamente, sea a través de una aseguradora o entidad intermediaria (en caso de que el paciente tenga un seguro de salud privado o público como el IESS), o por otros medios legales.

Con temor de haber omitido ciertos derechos y obligaciones del médico y del paciente, queda descrito cuales son las primordiales, y éstos deben ser respetadas por las partes, pues su violación implica desembocar en un resultado nada deseado, que pone en riesgo la integridad física, psíquica del paciente y las posibles indemnizaciones civiles y penales que atañen a cada caso no son suficientes cuando el daño es irreparable.

3. NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN:

En el Capítulo II de las lesiones, de los delitos contra las personas, el artículo 472 del Código Penal Ecuatoriano establece “Es reo de heridas o lesiones inintencionales el que las ha causado por falta de previsión o 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 especial.”. Con el mentado artículo se entra al análisis jurídico de la Mala Práctica Médica y si existe o no la necesidad de una regulación autónoma, y este es el punto base de la presente tesis, ya que en nuestra legislación no existe este delito regulado independientemente, sino se lo considera subsumido en otra figura delictiva que es delito de lesiones inintencionales, por ser un delito culposo.

A diario, desde hace años, se escucha a través de los diferentes medios de comunicación los frecuentes casos de malas prácticas médicas ocurridas por lo general en centros hospitalarios públicos y privados, y que decir de aquellas ocasionadas en consultorios y clínicas particulares, que por cierto muy difícilmente son denunciadas y dadas a conocer públicamente y ni hablar de las producidas en “clínicas” clandestinas. Malas prácticas que causan lesiones permanentes en la víctima (paciente), destinándolas a una vida con ciertas

limitaciones en el mejor de los casos y cuando no el resultado es aún más nefasto, es la muerte del paciente. Lesiones, contagios de enfermedades incurables, amputaciones de miembros, deformaciones faciales, muerte, todo a causa de la ineptitud, negligencia, impericia, imprudencia y falta de inobservancia de las leyes y normas, de los médicos y enfermeros que están a cargo de velar éste bien tanpreciado como lo es la salud. “Profesionales” que están en libertad y ejerciendo la denominada *lex artis* sin ningún reparo, deslumbrados por el lucro y la ambición, dejando atrás daños irreparables en sus pacientes, y quedando sus delitos en la impunidad. Ahora bien, dejando de lado el subjetivismo o pasión con el que puede ser llevado a cabo la redacción de este tema, cabe encontrar una respuesta clara a la pregunta ya planteada: ¿Es necesario regular la mala práctica médica como un delito autónomo?.

En el Capítulo Tercero de los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria de la Constitución Ecuatoriana, en la Sección Novena de las personas usuarias y consumidoras, artículo 54 establece: “Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore. ***Las personas serán responsables de la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas.***”. Se hace referencia al ejercicio profesional en general, con la característica de especial a aquellas profesiones que involucren en su ejercicio la vida o la integridad personal, como lo es el caso de la práctica de la Medicina.

A pesar de la existencia de la norma constitucional mencionada, está claro que en nuestro ordenamiento jurídico no existe la mala práctica médica considerada como delito independiente de otros tipos penales. Jurídicamente está planteada como un delito contra las personas, específicamente como un delito de lesiones

inintencionales, recordando lo ya planteado, es un delito netamente culposo, el cual carece de la intención de causar daño (característica de los delitos dolosos).

Es primordial saber que no todas las actuaciones del médico con resultados negativos son penalmente relevantes, pues esa consideración es relativa, dependiendo si por el actuar del médico el riesgo de un daño en la salud del paciente se incrementó. Se debe considerar que no es dable el ponderar al ámbito penal la conducta médica tomando en cuenta el éxito o fracaso de la curación, es decir el resultado, como también en el caso de que se produzcan consecuencias inevitables y extrañas al diagnóstico inicial, tomando en cuenta que las consecuencias pueden ser de índole externa o interna. Específicamente las externas, como son el caso fortuito y la fuerza mayor o irresistible, e internas las provenientes de las reacciones químicas, patológicas de cada cuerpo, pues no todos los organismos reaccionan de manera similar ante la presencia de una enfermedad y la posibilidad de una curación empleando los medios médicos adecuados.

3.1. ESTRUCTURA JURÍDICA DEL DELITO DE MALA PRÁCTICA MÉDICA:

En el primer capítulo mencioné las características esenciales comunes a todos los delitos, que son: un acto, típico, antijurídico y culpable. Ahora bien, para que se configure jurídica y penalmente el delito de mala práctica médica, deben concurrir a escena los mismos elementos que deben asistir para el estudio de todo tipo penal, a saber:

3.1.1. EL ACTO:

El acto puede ser una acción u omisión. Este acto siempre debe ser humano para poder ser considerado delito. Cuando el actuar humano es una acción típica, antijurídica y culpable, es un delito doloso por la expresa intención de irrogar daño. Por el contrario, cuando la conducta humana es una omisión, cuando es “un no hacer cuando debió hacer” es un delito culposo por la carencia de dolo, pero que concluye en la afección al bien jurídicamente protegido pues es una omisión típica, antijurídica y culpable. Una diferencia básica entre los delitos dolosos y culposos la encontramos en la subjetividad del acto, es decir, en los delitos dolosos son actos intencionales dirigidos de manera objetiva y la voluntad es dirigida a la trasgresión de la norma penal, mientras que en los actos culposos no existe esa objetividad, sino se presenta la comisión del delito de manera inintencional, por descuido, razón por la cual la pena impuesta por el ordenamiento penal es menos severa que la impuesta a los delitos dolosos.

La culpa “Despoja de toda intención tendiente a ocasionar un perjuicio, aunque no extraña a la actividad del agente, se la define como “la violación dañosa del derecho ajeno, cometida con libertad, pero sin malicia, por alguna causa que puede y debe evitarse”... la culpa imputable a una persona puede referirse a hechos que nada tienen que ver con un acuerdo de voluntades, o puede estar íntimamente ligada a un vínculo convencional preexistente. En el primer caso se está en presencia de la llamada *culpa aquiliana* o *extracontractual*; en el segundo de la *contractual*.”²⁹

²⁹ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, TOMO V, 1982, Pág. 167.

Esta es la primera característica esencial del delito de mala práctica médica, es un delito culposo, y a mi parecer es un delito por culpa aquiliana que se deriva de un actuar omisivo negligente, imprudente, por falta de pericia, o por inobservancia de leyes y reglamentos, pues el deber de los médicos es de medios, solo se debe anteponer la diligencia y aptitud que permitan tomar las medidas correctas que conduzcan a un resultado, pero sin aseverar un resultado determinado y tomando en consideración que ninguna de las partes va a convenir previamente que se cometa una mala praxis, y esta es la razón de que la culpa que se presenta en esta clase de delito es la aquiliana.

Es interesante mencionar que a mediados del siglo XIX, la profesión médica era considerada un sacerdocio, por lo que las malas praxis se atribuían a una fatalidad o desgracia del destino, pues los médicos gozaban de total confianza de sus pacientes y de un orden social privilegiado que no permitía ser observado y mucho menos juzgado. Es en mayo de 1936 que en Francia la Cámara Civil de la Corte de Casación dictaminó: “El médico estará obligado sino a curar al enfermo al menos a prestarle algunos cuidados, no ya cualesquiera sino concienzudos, solícitos y con reserva de circunstancias excepcionales, conformes con los resultados adquiridos por la ciencia...”. Esta es una primicia de las actuales regulaciones sobre la mala práctica médica, que permitió al paciente ser tratado dignamente y a obtener una atención médica prudente, aunque innegablemente esto no ha excluido la presencia del delito en estudio.

El Art. 202 de la Ley Orgánica de la Salud, establece: “Constituye infracción en el ejercicio de las profesiones de salud, todo acto individual e intransferible, no justificado, que genere daño en el paciente sea resultado de:

- a) Inobservancia, en el cumplimiento de las normas;
- b) Impericia, en la actuación del profesional de la salud con falta total o parcial de conocimientos técnicos o experiencia;

- c) Imprudencia, en la actuación profesional de la salud con omisión del cuidado o diligencia exigible; y,
- d) Negligencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión o demora injustificada en su obligación profesional.”.

Este obrar culposo puede ser, como ya lo explicamos brevemente en el primer capítulo y como lo establece el artículo mencionado:

1. **Imprudente:** en este caso existe una precipitación manifiesta por parte del médico, y realiza algo a sabiendas de que lo debía evitar velando el deber de previsión y sin tomar las debidas precauciones. La imprudencia médica equivale a realizar un acto médico sin tomar en cuenta las debidas precauciones, sin implementar las medidas necesarias que puedan evitar o atenuar un resultado dañoso para la salud del enfermo. Una de las más importantes virtudes que debe poseer el médico es la *prudencia*, pues ella le permite ejercer la profesión de forma moderada, cautelosa e idónea. Un claro ejemplo de imprudencia es cuando el médico no exige un electrocardiograma que le permita saber si el paciente que va a ser sometido a una intervención quirúrgica tiene o no una “capacidad cardíaca” aceptable para soportar una cirugía. También es considerado imprudente la realización de un acto innecesario que provoque un daño. Otro ejemplo de un actuar imprudente es cuando un médico receta fármacos a su paciente, sin tomar las precauciones pertinentes para saber si el paciente es o no alérgico a dichos fármacos, diríamos uno de los casos más que se presentan es la reacción alérgica a la penicilina. Serían innumerables los ejemplos que se pueden citar de imprudencias médicas, lo primordial es saber que cuando existe un resultado que provoque lesiones, amputaciones, en general daños irreparables o la muerte del paciente por un actuar imprudente del médico, estamos frente al delito de mala práctica médica. La doctrina establece que la imprudencia médica para ser valorada como tal debe cumplir los siguientes requisitos:

- a. Debe existir una acción u omisión voluntaria por parte del médico pero con ausencia de malicia.
- b. Debe mediar el conocimiento por parte del médico (agente) de poder prevenir el riesgo y la determinación del daño.
- c. Debe existir la infracción o violación de un deber de cuidado.
- d. Objetivamente debe existir el daño.
- e. Lógicamente debe existir la “relación de causalidad” entre la conducta que violo el deber de cuidado y el daño originado y ocasionado por dicha conducta imprudente.

2. **Negligente:** la negligencia médica “es un acto u omisión por parte de un proveedor de asistencia médica que se desvía de los estándares aceptados en la comunidad médica y que causa alguna lesión al paciente. En pocas palabras, la negligencia médica son los daños físicos por cuidados médicos negligentes.”³⁰. Siendo así, negligencia es sinónimo de descuido y omisión constituyendo uno de los fundamentos para la responsabilidad penal y civil del médico, sin duda para la configuración del delito de mala práctica médica. Un ejemplo que podemos citar es cuando el médico en una cirugía olvida una pinza dentro del cuerpo del paciente, provocando este actuar negligente futuras complicaciones en la salud del enfermo. En si la negligencia médica para que sea configurada como tal cumple con los requisitos de la imprudencia médica, pero adaptados a este caso en concreto. Existe una Declaración sobre la Negligencia Médica adoptada por la Asociación Médica Mundial, la cual hace una diferencia entre la negligencia médica y el accidente durante la atención médica: “Se debe hacer una distinción entre la negligencia médica y el accidente durante la atención médica y el tratamiento, sin que haya responsabilidad del médico.

³⁰ http://es.wikipedia.org/wiki/Negligencia_médica

- a. La negligencia médica comprende la falla del médico a la conformidad de las normas de la atención para el tratamiento de la condición del paciente, la falta de conocimiento, o negligencia al proporcionar la atención del paciente, que es la causa directa de un accidente al paciente.
- b. Un accidente producido durante un tratamiento médico, que no se pudo prever y que no fue el resultado de falta de conocimiento por parte del médico tratante, es un accidente desafortunado del cual el médico no es responsable.”

3. Por falta de pericia: la impericia es la falta de conocimientos técnicos y de experiencia o habilidad en el ejercicio de la medicina. Por ejemplo, en caso de que se presente una emergencia durante una cirugía, es falta de pericia y si por esa razón se produce un daño al paciente, sería un delito de mala práctica médica, ya que el médico no estuvo suficientemente calificado para reaccionar positivamente en una situación emergente. Existen enfermedades que para tratar de ser aliviadas es necesario la utilización de terapias peligrosas o riesgosas y que por ello implica una preparación adecuada del profesional que permita disminuir dicho riesgo con el afán de que sea menor al daño que se pretende reparar con la terapéutica. Por lo general esta figura delictual se presenta con mayor frecuencia en los casos de intervenciones quirúrgicas; doctrinariamente se considera que para configurar la impericia médica es necesario un conjunto de los siguientes elementos: “**1)** el riesgo operatorio y la oportunidad de realización; **2)** el diagnóstico preoperatorio; **3)** la técnica usada, sin perjuicio del carácter personal de acuerdo con la experiencia propia del cirujano; **4)** los recaudos previos a la operación (internación, coagulación y sangría, existencia de otras afecciones, posibilidad de anomalías anatómicas, alergias, etc.), y **5)** los cuidados postoperatorios...”³¹.

³¹ YUNGANO – LÓPEZ BOLADO – POGGI – BRUNO, RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS MÉDICOS, Págs. 155, 156.

- 4. Inobservancia de leyes y reglamentos:** caer en esta falta y provocar un daño en el paciente constituye una mala práctica médica, ya que la actuación del médico está supeditada al cumplimiento de leyes y reglamentos para un ejercicio profesional satisfactorio. Su violación implica responsabilidad legal.

Estos cuatro presupuestos o actos culposos son en los que puede incurrir un médico siendo responsable de tipo delictual analizado, y estos errores que acarrear consecuencias negativas en la salud del paciente, pueden presentarse desde el momento en que el paciente acude a su médico y éste emite su diagnóstico, así como se presenta en la terapéutica o tratamiento a seguir por el paciente y en un grado más complejo durante una intervención quirúrgica y sus posteriores consecuencias.

Las faltas que se comenten durante un proceso curativo, por lo general están interrelacionadas, es decir una falta es consecuencia de otra; así un mal diagnóstico por falta de aptitud del médico o por haber incurrido en cualquiera de las causales descritas anteriormente, va a permitir una aplicación terapéutica equívoca y si es necesaria una intervención quirúrgica, seguramente acarreará resultados no deseados.

3.1.2. LA ANTIJURIDICIDAD:

Dijimos que un acto antijurídico es esencialmente contrario al Derecho en general, y cuando este acto es antijurídico y tipificado como delito recaerá en el ámbito penal. Un acto para ser considerado por el Estado y la sociedad como antijurídico

debe ser un acto que lesiona o lacera un bien de relevancia social, un bien jurídicamente protegido. Sabemos que existen excluyentes de la antijuridicidad, y son las denominadas y ya analizadas anteriormente, causas de justificación, que cabe recordarlas: legítima defensa, estado de necesidad, obediencia debida y el ejercicio legítimo de un derecho.

La salud es un bien jurídicamente protegido y reconocido como tal por el Estado debido a la vital importancia que presenta para la vida e integridad de los individuos. Cuando se produce un actuar antijurídico que es el resultado de una mala práctica médica y cuyas consecuencias se resumen al deterioro de la salud de una persona, se estaría lesionando con ese acto antijurídico considerado como delito, el bien jurídico que el Estado y las leyes protegen. Una mala práctica médica producida por impericia del profesional es innegablemente un acto culposo antijurídico que en conjunto con la culpabilidad y la tipicidad configurarían el tipo delictual de lesiones inintencionales, pues recordemos que la mala práctica médica no existe de forma independiente en nuestra legislación penal.

3.1.3. LA TIPICIDAD:

No existe en nuestra ley penal el tipo delictual de mala práctica médica. Tal pareciera que esa es la razón fundamental por la cual la mayoría de casos que se presentan quedan en la impunidad. La tipicidad permite que un acto doloso o culposo antijurídico sea claramente descrito en la ley y por lo tanto considerado delito. La mala práctica médica no se encuentra regulada como el delito de asesinato o de robo por ejemplo, sino como el tipo delictual de lesiones inintencionales (legislación ecuatoriana). Por esta razón no se puede decir mucho sobre la tipicidad del delito en estudio, más existe un juicio generalizado en nuestro país de que la mala praxis debe ser regulada como un delito exclusivo, es decir la creación de una ley autónoma, exclusiva que describa puntualmente los casos en los que el médico comete este delito, obviamente con penas más severas que las del actual Código Penal.

En la Jurisprudencia ecuatoriana encontramos el criterio de que no existe en nuestra legislación disposición alguna que identifique como infracción punible a la mala práctica médica, como no existe tampoco un precepto punitivo de mayor severidad.³² El actuar culposo del médico que provoca lesiones o muerte es tipificado en los artículos 472 y 459, como lesiones inintencionales y homicidio culposo en su orden.

3.1.4. LA CULPABILIDAD:

Cuando se comete el delito de mala praxis y en general, para poder atribuir ese acto culposo delictual al médico o al sujeto activo que lo perpetró, es necesario analizar todas las circunstancias que se presentaron antes, durante y después de la acción culposa imprudente o dolosa conforme el caso y que produjo un daño a bien jurídicamente protegido. Este análisis permite atribuir el acto delictual a su autor para que este sea responsable y cumpla con la pena impuesta en la Ley, esto es lo que denominamos culpabilidad, que en sí es un sinónimo de responsabilidad.

Ya se estableció que para que a una persona se le sea atribuida la culpabilidad es indispensable que en el acto se converjan todas las características del delito (acto doloso o culposo, antijurídico, típico y culpable), y que el autor o sujeto activo goce de plena capacidad jurídica que le permita responder por sus actos, así se podrá imponer la pena (punibilidad, considerada para ciertos autores una quinta característica del delito) que no podrá ser menor ni mayor que el daño causado dependiendo del bien jurídico lesionado.

³² REGISTRO OFICIAL No. 317, del 12 de Noviembre de 1999, Resolución de Casación de la Primera Sala de Casación de lo Penal, Quito.

En la mayoría de malas prácticas médicas, el médico ha permanecido incólume debido a las dificultades que se presentan al momento de establecer medios probatorios para poder determinar la tipificación y culpabilidad de la conducta culposa imprudente o negligente del médico causante del daño en la salud del paciente. Sin embargo, a pesar de este inconveniente, en la ley se establece sanciones de índole civil y penal para el médico autor de la mala práctica, sanciones que de alguna manera tratan de resarcir los daños ocasionados en la salud del paciente.

Es así que “la responsabilidad profesional del médico debe analizarse en los marcos del derecho penal y del derecho civil. Para *Mazeaud y Tunc*, la responsabilidad penal supone un perjuicio social, mientras que la responsabilidad civil supone un daño privado, en donde la víctima ya no es toda la sociedad, sino un particular. El objetivo de la acción civil es la reparación del perjuicio, mientras que el objetivo de la acción penal es el castigo del delincuente (Salvat).”³³ Analicemos brevemente la responsabilidad civil y penal del médico.

3.1.4.1. Responsabilidad Civil del Médico:

El antecedente primario para la responsabilidad civil de médico lo encontramos en el año 1825, con el famoso caso del Doctor Helie, que lo cite en las primeras páginas. Cabe analizar lo concerniente a nuestra legislación.

El Art. 1453 del Código Civil expresa “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones...”. Con lo establecido en este artículo, se puede determinar que la relación médico paciente también está sujeta a las leyes civiles, ya que si bien no se sienta por escrito el convenio entre las partes, se lo hace en un “concurso real de voluntades” entre el médico que presta sus servicios profesionales y el paciente

³³ VARGAS ALVARADO EDUARDO; MEDICINA FORENSE Y DEONTOLOGIA MEDICA, MEXICO, 1991, Pág. 862.

que solicita la atención del galeno. Por otro lado, el Art. 2214 del mismo cuerpo legal expresa: “El que ha cometido un delito que ha inferido daño a otro está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito.” El médico puede en su actuar profesional apartarse de las normas de la prudencia que le exige la práctica de la Medicina y provocar un daño en el paciente que no sea de mayor inquietud o que sea un daño irreparable, sea cual fuere el caso el daño tiene relevancia jurídica y es por esto que un médico juzgado por mala práctica médica puede ser absuelto en la vía penal, pero ello no implica que queda libre de las posibles sanciones de índole pecuniario que plantea la ley civil. Es así que el médico está en la obligación de resarcir el daño causado en su paciente, aunque muchas veces la compensación económica no representa la magnitud del daño, pero al fin se trata de equiparar la indemnización y el perjuicio.

Ahora bien, como se concluye la mala práctica médica puede juzgarse por vía penal como delito de lesiones inintencionales, así como se puede instaurar una demanda civil por daños y perjuicios ocasionados exigiendo una indemnización pecuniaria, pero también tenemos la posibilidad de demandar el daño moral que ha ocasionado la actitud culposa del médico, pues el daño moral es un perjuicio para la dignidad y honor de las personas, pero desde el punto de vista en estudio, constituye una molestia moral o física, es un dolor no patrimonial que sufre el paciente. El prestigioso y recordado Dr. Hernán Coello García, en su manual “Teoría General de las Obligaciones” expone que la lesión corporal por ejemplo además de hacerle sufrir a la víctima puede producirle una incapacidad para el trabajo... La muerte de una persona, además del sufrimiento que produce, puede provocar serias dificultades para las personas que dependían de la víctima de un homicidio, por ejemplo. Es claro que una mala práctica médica produce este tipo de daño, podría provocar una incapacidad permanente, ejemplo, la amputación de una pierna o en el más lamentable de los casos la muerte del paciente, quien ha sido padre de familia, daño o lesión que no solo sufre la víctima del delito, sino también sus familiares. Por ello es posible demandar civilmente el perjuicio

causado por mala práctica médica, en busca de la indemnización pecuniaria a título de reparación por el daño moral ocasionado.

3.1.4.2. Responsabilidad Penal del Médico:

Al hablar de responsabilidad penal del médico, es interesante remontarse en la historia de miles de años atrás. En la arcaica Persia, era necesario que el aspirante a médico tratara a tres pacientes, los cuales debían sobrevivir para poder otorgar la debida autorización que permita el ejercicio médico. Encontramos también regulaciones acerca de ésta responsabilidad en el Código de Hammurabi, que mandaba la muerte o amputación de las manos de aquel médico que haya causado un daño al paciente, producto de su imprudencia o por haber faltado a los cuidados necesarios para el mejoramiento del paciente. Más tarde en Grecia y en Egipto se formaron colegios que imponían duras penas y se castigaba a los médicos que no observaban y cumplían las normas impuestas por la prudencia. Eran normas éticas que de alguna forma protegían a los enfermos, regulaciones que encontraron su punto de culminación racional con Hipócrates, quien sentó una sólida base para el desarrollo de nuevas leyes, que son consideradas y tomadas a título de juramento para la formación de los profesionales de la medicina.

Como no considerar las regulaciones del Derecho Romano, que normaba la relación médico – paciente como un arrendamiento de servicios, que imponía un *honor* al médico (no es más que la remuneración), quien tenía el derecho de reclamar a través de una *cognitio extraordinaria*, en caso de que no se le haya cancelado dicho *honor*. En Roma existía la figura jurídica de la *inperitia*, que responsabilizaba al médico por los daños ocasionados al paciente cuando ha actuado con falta de conocimientos o de pericia, y la condena era un castigo para

el médico, pero no se reconocía al paciente ningún valor.³⁴ Estas interesantes notas históricas han sido base fundamental para las actuales regulaciones.

Cuando los actos médicos son contrarios a Derecho y lesionan los intereses y derechos del paciente, merecen una sanción de índole penal, y como vimos puede ser de cualidad civil. En el ámbito penal, la mala práctica médica calificada como un delito contra las personas, específicamente -de manera repetitiva- como el tipo delictual de lesiones inintencionales, es un delito netamente culposo, derivado del actuar médico negligente, imprudente, por falta de pericia o inobservancia de leyes y reglamentos. No preciso dilatar este punto pues ha sido analizado en el desarrollo de esta tesis, aunque considero interesante dejar claro que el médico tiene responsabilidad penal con su paciente en caso de incurrir en una mala praxis. En el siguiente capítulo se analizará el tipo delictual de lesiones inintencionales, el cual engloba también la mala práctica del médico.

4. LEGISLACIÓN JURIDÍCA COMPARADA:

Las regulaciones jurídicas acerca de la mala práctica médica presentadas a continuación, son una guía para poder concluir si es o no necesaria una regulación específica sobre la mala praxis en nuestro sistema jurídico penal.

- **ARGENTINA:** el **código penal** Argentino expresa en los siguientes artículos: **Art. 84:** “Será reprimido con prisión de seis meses a tres años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco o diez años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo, causare a otro la muerte.”. **Art. 94:** “Se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de veinte mil a quinientos pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años, al que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por

³⁴ Información recopilada de la bibliografía descrita al final, y de documentos encontrados en Internet.

inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud.”. El **Código de Ética Médica** establece: **Art. 109:** “Todo método o terapéutica podrá aplicarse sin temor, cuando se han cubierto todos los requisitos médicos establecidos para su aplicación.”. **Art. 110:** “El médico es responsable de sus actos en los siguientes casos: a) Cuando comete delitos contra derecho común. b) Cuando por negligencia o abandono inexcusables, causa algún daño.”. En Argentina es penado el delito culposo derivado de la imprudencia, impericia, negligencia o inobservancia de leyes y reglamentos, pero hace una referencia especial de que dicho acto culposo causare un daño en la salud o en el cuerpo de la víctima. No existe el tipo penal autónomo de mala práctica, nuevamente es tratado como un delito culposo que causa lesiones inintencionales. En el Código de ética se establece con mayor precisión los casos en los que el médico tendría responsabilidad jurídica.

- **COLOMBIA:** El **Código Penal** colombiano establece: **Art. 37:** “*Culpa.* La conducta es culposa cuando el agente realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.”. **Art. 103:** “*Reparación del daño y prevalencia de la obligación.* El hecho punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provenga. Esta obligación prevalece sobre cualquier otra que contraiga el responsable después de cometido el hecho y aun respecto de la multa.”. El **Código de Ética Médica** expresa: **Art. 15:** “El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que pueden afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.”. **Art. 16:** “La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efectos del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados.”. En la

legislación penal colombiana igual, existe ausencia del delito de mala práctica médica, y es tratado como delito culposo que causa un daño, imponiendo la respectiva reparación. En el Código de ética se regla lo que vendría a ser un derecho del paciente, cual es la información veraz y oportuna que debe dar el médico para la aplicación de la terapéutica sugerida y las consecuencias reales de dicho tratamiento, así como evitar poner en riesgo la salud del paciente.

- **BRASIL: Art. 15:** “El delito es culposo cuando el agente causa el resultado por imprudencia, negligencia o impericia.”. **El Código de Ética Médica** nos dice: **Art. 45:** “El médico responde civil y penalmente por actos profesionales dañosos al cliente, que haya causado por impericia, imprudencia, negligencia o infracciones éticas. **Art. 46:** “Debe el médico asumir siempre la responsabilidad de propios actos, constituyendo práctica deshonesto atribuir indebidamente sus fracasos a terceros o a circunstancias ocasionales.”. Nuevamente tratado como delito culposo y no independiente. Aquí se habla ya de una responsabilidad civil y penal por los daños que ocasiona el médico por su actuar imprudente, negligente, etc.

- **VENEZUELA: Código Penal, Art. 422:** “El que por haber obrado con imprudencia o negligencia, o bien con impericia en su profesión, arte o industria, o por inobservancia de los reglamentos, órdenes o disciplinas, ocasiona u otro algún daño en el cuerpo o en la salud, o alguna perturbación en las facultades intelectuales, será castigado: 1°. Con arresto de cinco a cuarenta y cinco días o multa de cincuenta a quinientos bolívares, en los casos especificados en los artículos 415 y 418, no pudiendo procederse sino a instancia de parte. 2°. Con prisión de uno a doce meses o multa de cincuenta a mil quinientos bolívares, en los casos

del artículo 419, no debiendo procederse entonces sino a instancia de parte.”. **Art. 415:** “El que sin intención de matar, pero si de causarle daño, haya ocasionado a alguna persona un sufrimiento físico, un perjuicio a la salud o una perturbación en las facultades intelectuales, será castigado con prisión de tres a doce meses.”. **Art. 418:** “Si el delito previsto en el Artículo 415 hubiere acarreado a la persona ofendida, enfermedad que solo necesita asistencia medica por menos de diez días o sólo la hubiere incapacitado por igual tiempo para dedicarse a sus negocios ordinarios, u ocupaciones habituales, la pena será de arresto de tres a seis meses. **Art. 419:** “Si el delito previsto en el Artículo 415, no solo no ha acarreado enfermedad que necesite asistencia medica, sino que tampoco ha incapacitado a la persona ofendida para dedicarse a sus negocios u ocupaciones habituales, la pena será de arresto de diez a cuarenta y cinco días.”. **El Código de Ética Médica establece: Art. 45:** “El médico debe prestar debida atención a la elaboración del diagnóstico, consagrándoles el tiempo requerido y recurriendo –cuando ello sea posible– a los procedimientos científicos apropiados a su alcance, solicitando la colaboración de otros colegas cuando lo considere necesario y procurando por todos los medios posibles que las indicaciones terapéuticas se cumplan.”. Artículo 415.- El que sin intención de matar, pero si de causarle daño, haya ocasionado a alguna persona un sufrimiento físico, un perjuicio a la salud o una perturbación en las facultades intelectuales, será castigado con prisión de tres a doce meses. La legislación Venezolana es más descriptiva en el caso de un daño provocado por un actuar culposo.

- **COSTA RICA:** La **legislación penal** establece **Art. 128:** Lesiones culposas. Se impondrá prisión hasta un año o hasta cien días multa al que causare lesiones por culpa. Para la adecuación de la pena al responsable, el Tribunal deberá tener en cuenta el grado de culpa y el número de víctimas y magnitud de los daños causados.”. **El Código de Ética nos dice: Art. 20:** “El médico, desde el momento en que ha sido llamado a dar sus

cuidados a un enfermo y ha aceptado, está obligado a asegurarle, de inmediato, todos los cuidados médicos en su poder, personalmente, o con la ayuda de terceras personas calificadas.”. En Costa Rica hay un similar tratamiento a las legislaciones antes mencionadas.

- **MEXICO:** El **Código Penal Federal** Mexicano establece: **Art. 228:** “Los médicos cirujanos y demás profesionistas similares y auxiliares serán penalmente responsables por los daños que causen en la práctica de su profesión, en los términos siguientes: I. Además de las sanciones fijadas por los delitos que resulten consumados, según sean intencionados o por imprudencia punible, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia, y II. Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus ayudantes, enfermeros o practicantes, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquellos.”. **Art. 229:** “El artículo anterior se aplicará a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente.”. El **Código de Ética** establece: **IV:** “En la práctica profesional privarán ante todo los conocimientos, no olvidando que lo primero es no dañar. Es inmoral sacrificar al enfermo con experimentos, sin base ni autoridad. La publicidad del médico, será subordinada a la seriedad y la verdad científica.”. Aquí se incluye el término “médico cirujano”, lo cual hace más estrecho el cúmulo de delitos culposos para poder el médico responder penalmente por su actuar antijurídico.

CAPITULO IV

LAS LESIONES

- 1. Generalidades.**
- 2. Necesidad de una regulación.**
- 3. Naturaleza jurídica.**
- 4. Estructura jurídica: elementos objetivos y subjetivos.**
- 5. Análisis del Art. 472 del Código Penal ecuatoriano, con respecto de la mala práctica médica.**

Capítulo IV

Las Lesiones

1. GENERALIDADES:

Transcribo nuevamente el artículo 472 del Código Penal Ecuatoriano: “Es reo de heridas o lesiones inintencionales el que las ha causado por falta de previsión o 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 especial”. Sabemos que el delito de mala práctica médica no está regulado con independencia, sino es considerado como un el delito culposo de lesiones inintencionales; siendo así, para aclarar la perspectiva

y objetivo de ésta tesis es natural que se estudie con mayor hincapié lo que son las lesiones.

En términos generales, lesión proviene del latín *laesio-onis* y es definida por la Academia Española de la Lengua como el "...daño o detrimento corporal causado por herida, golpe o enfermedad.". Una lesión comprende una causa y un efecto; es decir, la causa que puede ser un golpe que provoca una herida, cuyo efecto lógico es el menoscabo en la integridad física de la víctima.

Para un mejor entendimiento acerca del tratamiento jurídico en nuestro sistema penal sobre las lesiones, considero interesante incluir el criterio sostenido por Jorge Zavala Baquerizo, quien nos ilustra de la siguiente manera: "Una de las estructuras legales más difíciles de entender y de explicar es la correspondiente al Capítulo II del Título VI del Libro Segundo del CP, tanto por la forma de redacción de los respectivos tipos, como por su sometimiento al resultado objetivo con fines de punibilidad. A lo dicho se agrega la excesiva casuística de que hace gala la legislación para ir enlazando la pena en consideración cronológica, esto es, de acuerdo con los días de curación que pudiera ocasionar la lesión... observamos que los tipos señalan topes que se extienden hasta los ocho días y van ascendiendo de manera progresiva hasta treinta días, noventa días y más de noventa días. Y en tipos aparte se describen las conductas agresivas que causen lesiones que, a su vez, provocan enfermedades incurables o incapacidades permanentes o mutilaciones, etc... La lesión afecta directamente a la integridad de la persona, considerada ésta como un todo morfopsicológico; y de acuerdo con la naturaleza de la lesión es que la salud se muestra afectada en más o en menos. De acuerdo con la intensidad de las lesiones (levísimas, leves, graves y gravísimas) es que se altera la salud desde el mínimo hasta el máximo...". Con lo transcrito se concluye que una lesión provoca un menoscabo en la salud física y psíquica de la persona, y siendo la salud un bien jurídicamente protegido por el Estado, el provocar lesiones de una u otra naturaleza en una persona es considerado un delito. En este punto

cabe señalar que una lesión tiene consideración penal, es decir es un delito, cuando ésta ha sido producida por un sujeto (persona) a otro, existiendo la denominada “relación de causalidad” que se configura con la existencia de un resultado nocivo producto de un actuar doloso o culposo del agente o sujeto activo. Esta exigencia penal de la existencia de una “relación de causalidad” permite excluir del tratamiento jurídico penal a las lesiones provocadas por un animal o cosa, o cuando existe la voluntad de autolesionarse, o en el caso de que la voluntad del agente no era el ocasionar lesiones en su víctima sino el de matarla.

De igual forma, no todas las lesiones provenientes de una causa médica pueden ser consideradas como delito, pues el término lesión desde el punto de vista de la Medicina es “toda herida, daño o cambio patológico de un tejido corporal, o cualquier anomalía local, visible, de los tejidos de la piel, como una herida, una llaga, una erupción o un forúnculo, pudiéndose calificar ésta como benigna, cancerosa, grosera, oculta o primaria.”.

Una primera conclusión sobre las lesiones es que para ser consideradas un delito y tener un tratamiento penal, éstas deben provenir de una persona a otra, mediando el ánimo de ocasionarlas. Las lesiones provocadas por un golpe en una riña o agresión, no es materia de mi estudio, pues en estos casos media la intención de provocar un daño a la víctima, y él o los agresores generalmente actúan bajo circunstancias que vician su capacidad de razonamiento (por ejemplo alcoholizados). Lo concerniente a este estudio son las lesiones culposas, es decir, aquellas que el agente las provocó sin la presencia de dolo o intención de causar un daño en la integridad física y/o psicológica del paciente.

Comenté aquellos derechos que forman parte de la persona desde su existencia, como son el derecho a la vida, a la integridad física y aquello directamente relacionado con la conservación y protección de un buen estado de salud, para lo cual existen diferentes modos de evitar enfermedades y en cuanto éstas se presentan en combatirlas aplicando los conocimientos exactos junto con la tecnología, herramientas que sabemos deben ser manejadas en las mejores condiciones por los médicos. ¿Pero qué sucede cuando un médico se ha apartado de las reglas de conocimiento, prudencia y pericia que su profesión demanda?. Lo más probable es que produzca lesiones en el paciente y agrave una situación actual que ameritaba una terapéutica acertada para optimizar el estado de salud. Estas lesiones que ocasione son las llamadas “lesiones inintencionales”, debido a la ausencia de dolo al producirlas. Este aspecto será analizado con mayor detenimiento más adelante.

2. NOTAS HISTÓRICAS:

Desde los comienzos de la humanidad, en un estado primitivo, el hombre en su instinto de supervivencia actuaba de forma violenta hacia sus semejantes. Conforme fue evolucionando la sociedad y el razonamiento humano surgieron modos de organización social (clan, tribu, pueblos) que establecieron sus propias reglas y leyes, con el afán de sancionar aquellos actos que ponían en riesgo la integridad de bienes preciados para el hombre y su núcleo social, como son la vida, la integridad física y psicológica, la salud, la libertad, la propiedad. “En los tiempos primitivos, la comunidad abandonaba al culpable a la venganza de la víctima o de su familia. La compra de la paz, por *composición*, por la reparación pecuniaria del daño (librada en su forma más arcaica al arbitrio de las partes y, posteriormente, sujeta a tarifa establecida por la autoridad del grupo en el caso singular o con alcance general por la ley) así como el *talión*, pusieron límite a la desproporcionada venganza de sangre primitiva.”³⁵

³⁵ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XVIII, Pág. 236.

El antiquísimo Código de Hammurabi y las leyes de Manú regulaban la reparación de un daño ocasionado con aspecto taliónico; por ejemplo en el Código de Hammurabi se establecía “Ley 195: si un hijo golpea a su padre se le amputará la mano.”; “Ley 197: Si rompe el hueso de otro señor, se le romperá su hueso.”. En las Leyes de Manú se establecía: “279. Cualquiera que fuere el miembro de que se valió el agresor para golpear a otro hombre, se le cortará dicho miembro; si golpeó con la mano, se le amputará ésta, y si con el pie, éste le será cortado.”. Es claro que en estas leyes domina el talionar, aunque en las leyes de Manú no se equipara el daño o lesión causada con la pena como en el Código de Hammurabi, sino que se considera con que se provocó la lesión o daño, más no la magnitud de la herida.

Posteriormente encontramos al *Talmud* (derecho Hebreo), donde se “dedicó algunas páginas a regular el problema de las lesiones, tanto en cuanto a su posible composición como a los aspectos formales, como la necesidad de que el que paga el daño le suplique el ofendido que lo perdone, y éste queda obligado al perdón porque “de otro modo él es cruel y sin corazón, porque Abraham, muy ofendido por Abimelech, le ha perdonado”.”³⁶

La Ley de las XII Tablas que regía en Roma, calificaba a las lesiones con el término *injuria*. Se aplicaba el aspecto talionar cuando existía la ruptura de miembros (*membris ruptio*). En el caso de fracturas (*ossis fractio*), la composición establecía que “*si alguien con las manos o con el bastón hubiere causado la fractura de un hueso de un hombre, sufrirá la pena de 300 ases, y si lo hizo a un esclavo, la pena será de 150 ases.*”. Si se provocaba lesiones, la pena pecuniaria era de 25 ases. Cuando existía por parte del agresor el *animus necandi* (intención de matar) y provocare heridas o lesiones, era considerado como homicidio para la imposición de la pena, caso contrario era tomado como injuria. Cuando existían

³⁶ ZABALA BAQUERIZO JORGE; DELITOS CONTRA LAS PERSONAS; Tomo IV; Págs. 173, 174.

injurias graves se permitía la aplicación de la pena que mandaba la *composición* de forma pública, por ejemplo cuando un hijo ha maltratado a sus padres.

Posteriormente, en el antiguo Derecho Español, “el Fuero Juzgo, establece prolijas tablas de composición para castigar las lesiones, según que éstas revistan la forma de contusiones en la cabeza, o se “rompa” el cuero cabelludo, o el golpe entre hasta el hueso, o lo quebrante, u ocasione la pérdida de un ojo, o herida en él, o se amputen o hieran la nariz, labios u orejas, o se “tajaren” dedos de las manos de los pies, o se quebraren dientes o piernas... En ciertos casos, se prevén penas taliónicas o graduadas en mérito a la índole de la lesión. La condición de hombre libre o de siervo, del culpable o de la víctima, o de ambos, se tiene también en cuenta para graduar la penalidad... El Código de las Siete Partidas, ve como regla general en las lesiones, modalidades de la “deshonra”, que se identifica con la *injuria* romana, tomando por otra parte en cuenta, para establecer la gravedad de las mismas, el medio empleado para causarlas (mano, pie, palos, piedras, armas), si la herida sangró o no, si el ofendido quedó lisiado, etcétera.”³⁷

En la legislación penal española se describe de forma casuística el delito de lesiones, sistema que ha sido acogido por otras legislaciones, como la nuestra, en la que se establece la pena conforme el tiempo de curación que amerita la lesión, tomando en consideración si han mediado o no circunstancias agravantes, como la premeditación.

Esta reseña histórica nos aclara la forma como ha evolucionado el concepto de lesiones y su tratamiento en la actualidad, aunque no se ha incluido una “historia” sobre el delito de lesiones inintencionales, debido a la escasez de doctrina sobre

³⁷ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XVIII, Págs. 237, 238. .

éstas. Sin embargo se tiene ya una idea general sobre el delito de lesiones, y su evolución a través del tiempo.

3. NATURALEZA JURÍDICA:

Nuestro Código Penal de forma general al tratar el capítulo de las lesiones, utiliza los términos de herida y golpe como causa del detrimento de la integridad física de una persona, con mayor exactitud un golpe o herida que provoque detrimento en la salud del sujeto pasivo y por tanto le impidiere realizar su trabajo con normalidad. De las heridas o golpes naturalmente surgirán enfermedades o incapacidades, según su gravedad serán temporales o permanentes, que afectan al cuerpo físico de la víctima así como a su psiquis. Zavala Baquerizo considera que lesión es "...la violencia consistente en el traumatismo causado por una persona contra otra, sin intención letal, y que provoca alteración de la salud tanto corporal como psíquica...". Este sería un concepto muy acertado para el término lesión, pues en realidad el sujeto activo no tiene la intención de matar a la víctima, pero es necesario probar esa condición, ya que la ley penal establece en el artículo 448 "Se califican de voluntarios el homicidio, las heridas, los golpes y lesiones, mientras no se pruebe lo contrario, o conste la falta de intención por las circunstancias del hecho, calidad y localización de las heridas, o de los instrumentos con que se hicieron."

Conocemos que el delito de lesiones puede ser cometido por acción como por omisión, es decir, puede mediar el dolo o la culpa en la comisión del ilícito. Las lesiones provocadas con intención, con dolo no vamos a analizar. Por el contrario, materia de nuestro estudio son las lesiones provocadas por culpa del agente, específicamente por un médico.

La mala práctica médica tratada como delito de lesiones inintencionales es un delito culposo causado por un profesional de la medicina al haber violentado una norma de cuidado, cuyo cumplimiento permitía prevenir o combatir determinados peligros que podían provocar lesiones temporales o permanentes en el paciente. La actividad médica se caracteriza porque al aplicar conocimientos y técnicas adecuadas al caso, genera resultados empíricos, es decir, que son constatados por los sentidos de forma casi inmediata. Por ello es necesario la prolijidad en la emisión del diagnóstico y posterior a ello la aplicación de la terapéutica.

El ejercicio de la medicina siempre implica un riesgo, pero la objetividad con la que debe actuar el médico, le permitirá establecer los límites de aquel riesgo en su actividad profesional. Esto sería calificado como un “riesgo permitido” que establece un control de la acción que ejecuta el médico, y por ello es necesario que ésta formulación se realice antes de violentar las normas de prudencia que demanda la medicina. Es lógica también la existencia del “riesgo no permitido”, que es aquel que origina una actuación que infringe un deber de cuidado y por lo tanto aumenta el riesgo de lesionar un bien jurídicamente protegido, en este caso particular es la salud, la integridad física y psicológica y la vida del paciente, y por lo tanto se configuraría el delito de lesiones inintencionales (mala práctica médica).

Existe mala práctica médica, cuando el profesional a pesar de haber examinado al paciente, emite un diagnóstico equivocado, ya que “El médico debe recoger de manera completa y ordenar todos los datos anamnésticos, interpretar exactamente los síntomas clínicos y usar de manera oportuna los diversos medios auxiliares de investigación científica (como las investigaciones microscópicas, sexológicas, etc.). Luego formulará el juicio de diagnosis teniendo en cuenta la nosología y la nosografía, así como las múltiples variantes que presentan las situaciones individuales... La elaboración y resultado de este juicio es uno de los aspectos más delicados en orden a la eventual responsabilidad profesional por

imprudencia, y al mismo tiempo es de difícil evaluación judicial (siempre con base a una apreciación ex ante) pues aquél resulta de un conjunto de razonamientos e intuiciones difícilmente controlables.”³⁸

Necesario también es mencionar la determinación del sujeto responsable, que en primera instancia es el médico que diagnosticó y mandó a aplicar cierta terapéutica o del cirujano que opera. No se puede hablar de responsabilidad médica en el caso de que el galeno recetara a su paciente determinado medicamento y el farmacéutico expendió otro que según su criterio tenía el mismo efecto cuando no y ello originó una lesión en el paciente, el responsable sería el farmacéutico que violento un deber de cuidado y se podría decir un deber de pericia. Igual caso tenemos en la práctica de una cirugía, en la cual no solo se requiere la intervención del médico al que el paciente acudió en primera instancia, sino dependerá de un grupo de personas que practican la medicina, como serían una enfermera, un anesthesiólogo, etc. Por ejemplo, el anestesista en una fase preoperatoria, debe solicitar al paciente exámenes que permitan determinar la existencia o no de reacciones alérgicas a la anestesia, así como de controlar las constantes vitales del paciente en la fase ínter operatoria y en una fase post operatoria las posibles complicaciones respiratorias o circulatorias que puedan surgir. Todo esto bajo la supervisión y conjunción de criterios con el cirujano, pero si cada uno actuó independientemente y de su actuar culposo devino un desmedro de la salud del paciente, entonces será particularmente responsable el que trasgredió las normas del debido cuidado.

“La delictuosidad de las lesiones culposas, es un principio universalmente consagrado en la legislación penal. Los Códigos de Bolivia..., Brasil..., Colombia..., Costa Rica..., República Dominicana...y, Ecuador..., Panamá..., Paraguay..., Perú..., Uruguay... y Venezuela, lo preceptúan, al igual que el de la

³⁸ TERRAGNI MARCO ANTONIO, “EL DELITO CULPOSO EN LA PRAXIS MEDICA”, BUENOS AIRES – ARGENTINA, Págs. 122, 123.

República Argentina, en disposiciones específicamente contraídas a dicho delito... El homicidio y las lesiones por culpa constituyen delitos cuya marcada curva ascendente... han provocado movimientos de alarma a los que no podrán permanecer ni han permanecido indiferentes, gobernantes ni juristas...”.³⁹

4. ESTRUCTURA JURÍDICA: ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS:

4.1. Tipo Básico: El tipo básico del delito de lesiones inintencionales es el comprendido en el artículo 472 del Código Penal “Es reo de heridas o lesiones inintencionales el que las ha causado por falta de previsión o 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 especial.” Desde mi perceptiva, este tipo penal encierra el delito de mala práctica médica, pero debería hacerse una ligera reforma en cuanto a la aplicación de la pena, agravando la sanción conforme a la condición del sujeto activo, es decir, si el que provocó la lesión es un profesional de la medicina la pena debería ser mayor, considerándose como agravante dicha condición.

4.2. Elementos Objetivos: para la configuración del delito en cuestión, debe existir una lesión real, material o empíricamente comprobada, es decir que el acto culposo imprudente, negligente, haya causado una lesión en el paciente que provoca incapacidades físicas temporales o permanentes que impiden un desarrollo normal de la vida física y psíquica del paciente. Tomando desde el ámbito del

³⁹ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XVIII, Pág. 257.

delito de lesiones, el elemento objetivo serían las heridas y golpes, pero jamás podríamos pensar que el médico en su condición de reparador de la salud, provocara heridas y golpes con dolo, recalcando una vez más que su actuar delictual es netamente culposo. Así mismo, los medios que se han empleado en la comisión del delito, deben ser objetivos y materiales y no los llamados “medios morales” calificados así por la doctrina, que en sí afectarían únicamente a la psiquis del sujeto pasivo, sin dejar de lado que un grave daño a la salud mental puede también provocar anomalías físicas. Un medio objetivo es por ejemplo haber dejado instrumental de cirugía dentro del cuerpo del paciente, lo cual con posterioridad provocará seguramente una severa infección, que de no ser controlada a tiempo podría provocar la muerte. Concluyendo, los elementos objetivos son los medios físicos que producen una lesión de diferente índole en la salud e integridad física y psíquica de una persona, y el daño producido es materialmente palpable. De acuerdo a la estructura penal del delito, puede mediar el dolo o la culpa (elementos subjetivos) y la utilización de medios objetivos conforme la voluntad del sujeto activo.

- 4.3. Elementos Subjetivos:** al mediar el dolo y la culpa como elementos subjetivos en la comisión del delito de lesiones, es lógico decir que el delito en estudio puede ser doloso o culposo, determinado por la voluntad del agente. Es acertado recordar el concepto de dolo constante en el primer capítulo, pues es claro y completo, siendo así, el dolo es una conducta consciente, encaminada a la ejecución de un acto tipificado como delito por la ley penal. Al ser una conducta consciente, voluntaria, es también libre de coacción. El sujeto actúa en pleno conocimiento de que el acto que va a realizar es un delito. El dolo está integrado por dos

elementos: un elemento cognitivo, es decir, el conocimiento de realizar un delito, y un elemento volitivo que es la voluntad de realizar un delito. El dolo es un elemento estructural del delito de lesiones, pero en el delito de “lesiones culposas”, como su nombre típico lo indica, media la culpa y no el dolo. “En los delitos imprudentes que se atribuyen a los médicos es necesario que el resultado (lesiones o muerte del paciente) se haya producido como consecuencia de la infracción del deber de cuidado del profesional y que el efecto sea de uno de los que procuraba evitar la norma respectiva.”⁴⁰ El efecto que se pretende evitar es el daño a la salud, la acción es culposa, pues viola un deber de cuidado, ya que el médico no procuró causar daño en el paciente.

5. ANALISIS DEL ART. 472 DEL CÓDIGO PENAL:

Artículo 472: “Es reo de heridas o lesiones inintencionales el que las ha causado por falta de previsión o 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 especial”. De acuerdo con el criterio que sostiene Jorge Zavala Baquerizo, el término “reo”, empleado en este tipo penal para hacer referencia al sujeto que cometió el delito culposo de lesiones inintencionales, no es acertado, ya que reo significa “Persona que es merecedora de castigo por haber cometido un delito y haber sido declarada culpable...”⁴¹, es decir, para tener la calidad de reo, el autor del delito debe ser juzgado penalmente y dictado en su contra una “...sentencia condenatoria que se encuentra ejecutoriada...”⁴² Por lo tanto se debería incluir otro término para hacer

⁴⁰ TERRAGNI MARCO ANTONIO, “EL DELITO CULPOSO EN LA PRAXIS MEDICA”, BUENOS AIRES – ARGENTINA, Pág. 69.

⁴¹ GRAN ENCICLOPEDIA ILUSTRADA CIRCULO, Volumen 11, España, 1994, Pág. 3475.

⁴² ZAVALA BAQUERIZO, Jorge; “Delitos contra las Personas”, Tomo IV, Pág. 206.

referencia al autor de lesiones inintencionales, talvez utilizar términos como “el que” que demuestra que cualquier persona puede cometer este delito.

Ahora bien, “En estricta doctrina, esto que nuestra ley llama “inintencional” es la clásica infracción “culposa” ya que se dice que las heridas o lesiones han sido causadas “por falta de previsión o precaución.”⁴³. Pero debemos tomar en cuenta los términos utilizados en la redacción del tipo: heridas o lesiones; las heridas puede ser de diferente índole, golpes, contusiones, llagas, cortes, moretones, etc., pero el término lesiones con seguridad es un término genérico, que conceptualiza en sí un deterioro físico y/o psíquico de una persona, como lo expone Zavala Baquerizo “las lesiones constituyen un concepto jurídico que encierra dentro de sí tanto a las heridas como a los golpes, que son conceptos anatómicos y que, por ende, no están en el mismo nivel conceptual que la lesión. La herida es una especie de lesión, pero no es “la” lesión...”. De todas formas, lo que el legislador quiso es tipificar aquellas lesiones, tomadas éstas como un deterioro en la salud, que sean causadas por una persona a otra sin intención, con culpa, mediando como móvil del resultado delictual la falta de previsión y la falta de precaución, así como la negligencia y la inobservancia de leyes y reglamentos.

Cuando las lesiones culposas han sido causadas por un profesional de la medicina surge otro matiz del tipo, pues ya no será una infracción cometida por cualquier sujeto, sino que su agente tenía el deber especial de conservar la salud de su paciente y de actuar prudente y fielmente conforme las reglas establecidas por su profesión, me refiero específicamente al ejercicio profesional del Médico. Por lo tanto debe existir la relación de causalidad entre el actuar inadecuado del médico y las lesiones fruto de dicho actuar, pues no se puede hablar de delito de lesiones inintencionales (mala práctica médica) cuando habiendo cumplido el profesional todas las exigencias demandadas para un buen actuar el resultado no sea exitoso

⁴³ TORRES CHAVES, Efraín, “Breves Comentarios al Código Penal del Ecuador”, Tomo III, Pág. 469.

por cuestiones médicas biológicas que escapan del ámbito lógico del ejercicio profesional (por ejemplo un paro cardíaco inevitable y nefasto en una cirugía).

En nuestro ordenamiento jurídico penal se define al delito culposo de la siguiente manera: Artículo 14, inciso 5 "... 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 la ley, reglamentos u órdenes.". Una mala práctica médica considerada como infracción o delito culposo por ausencia de tipo autónomo, se configura con la presencia de los siguientes elementos:

"A. Un comportamiento voluntario: Lo cual es exigencia fundamental para que se configure un delito culposo, la acción u omisión del sujeto sea voluntaria, esto es, que ponga de manifiesto tal comportamiento a la intervención del ser humano como tal...

B. La involuntariedad del hecho: En segundo lugar, para que se configure el delito culposo se requiere que el hecho producido o el resultado sea involuntario...

C. Relación de causalidad entre el hecho no querido y el comportamiento voluntario del sujeto: En tercer lugar, si bien en el delito culposo el hecho no es querido, este debe ser consecuencia de la acción u omisión voluntaria del sujeto.

D. Que el hecho no querido se verifique por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la Ley, reglamentos u órdenes: Se requiere, por último, que el hecho que se produce sea la consecuencia de un comportamiento imprudente, negligente, imperito o que materialice la trasgresión de normas expresas legales, reglamentarias o emanadas de los particulares."⁴⁴

⁴⁴ SALAS PARRA, Nicolás; www.derechoecuador.com.

Con este análisis se concluye cual es la naturaleza jurídica real del delito de mala práctica médica, acertadamente considerado en nuestra legislación como un delito culposo de lesiones inintencionales, cuya sanción o pena debería ser agravada por la condición del sujeto actor, es decir debería haberse incluido como agravante la condición de profesional médico.

En el siguiente capítulo se analizará un caso práctico conjuntamente con la doctrina y criterios expuestos hasta aquí, lo cual me permitirá concluir con el análisis y entendimiento de este delito.

CAPITULO V

ANÁLISIS DE UN CASO PRÁCTICO

1. La Denuncia.

1.1. Análisis de la denuncia.

2. La Prueba.

2.1. Análisis de la prueba.

3. El Auto de llamamiento a juicio.

4. La Sentencia.

5. La Casación.

Capítulo V

Análisis de un Caso Práctico

1. LA DENUNCIA:

1.1. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA:

La denuncia es uno de los modos de que llegue al Agente Fiscal competente el conocimiento del cometimiento de una infracción, esto es un delito de acción pública. Cualquier persona que conociera de la comisión de un delito puede presentar su denuncia para que se realice las indagaciones correspondientes que permitan el ejercicio de la acción. Esta denuncia puede ser escrita o verbal.

En el caso en análisis se denuncia que la menor de apellidos Calvache Torres le fue diagnosticado, en primera instancia, un cuadro clínico de “absceso – inflamación ganglionar a nivel de la región submaxilar derecha”. Posteriormente, a través de una consulta médica que se realiza al doctor Luis Serrano Serrano acerca de la dolencia de la menor, el profesional determina la existencia de un

“tumor maligno canceroso”, y sin mayor consideración se dice en el referido libelo, se practico una biopsia con el objeto de tomar muestras de los ganglios inflamados, que serviría para obtener la patología de los mismos, resultados que permitirían indicara la dosis de quimioterapia y radioterapia que debía aplicarse a la paciente según el criterio del doctor Serrano.

Practicada la cirugía el mismo día del diagnóstico, el médico cirujano indicó a los padres de la menor que presentaba paralización del ojo derecho y su boca completamente virada hacia la izquierda cuadro que se debía a una “parálisis postraumática propia de éste tipo de cirugías”, la misma que a decir del tratante desaparecería en cuatro o seis semanas. Mientras tanto, de los resultados del examen patológico se establece que no existió tumor maligno y que los ganglios examinados comportaban simplemente células inflamadas. El cuadro postoperatorio indicaba lesiones permanentes producto del acto quirúrgico. Se asevera que éstas lesiones son producto de la acción “negligente y dañosa” del profesional médico que aprovechándose del temor que sentían los padres de que la menor pierda la vida emprendió una cirugía que en definitiva no era necesaria, pues no contó con un diagnóstico apto que le permita concluir técnica y científicamente la existencia de un tumor maligno, omitiendo en definitiva: el deber de cuidado provocando daños severos y permanentes en su nervio facial; hubo un desamparo de atención médica postoperatoria; no existieron las pruebas clínicas que permitan una valoración adecuada. Concluyendo, se narra el cometimiento de una infracción penal.

La denuncia es una declaración o manifestación de conocimiento, por lo que una persona hace saber al Ministerio Público la comisión de una infracción y que en el presente caso constituyó un modo de estimular al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal. Es la “notitia criminiis”, esto es según Jorge Zavala Baquerizo la relación del hecho que se considera infracción.

La denuncia requiere conforme al artículo 50 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano contenidos específicos. El sujeto activo de la denuncia puede ser cualquier persona; el sujeto pasivo de la denuncia puede ser una persona o personas determinadas o indeterminadas a fin de que se investigue la responsabilidad de la infracción. El objeto de la denuncia esta dado por el relato sobre la comisión de una infracción. Todos los presupuestos anotados se encuadran establecidos en la denuncia en análisis, por lo que existen los elementos necesarios para considerar este hecho como delito, retomando así lo ya dicho en el primer capítulo: se considera delito el acto o conducta típica, antijurídica y culpable, existiendo una cuarta categoría para algunos autores, que es la punibilidad.

2. LA PRUEBA:

2.1. ANÁLISIS DE LA PRUEBA:

La infracción penal es un hecho auténtico suscitado en un espacio y tiempo determinados, de tal manera que es necesario un proceso penal para determinar las circunstancias en que se cometió el delito y los responsables del mismo. Según Zavala Baquerizo el medio que lleva al juez a la convicción o certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad de los que intervinieron en el mismo es lo que se llama “medio de prueba”, para ello hay que introducir al proceso los elementos probatorios necesarios que permitan la valoración por parte del órgano jurisdiccional, y es en la etapa de indagación o previa, o en la etapa de instrucción fiscal en la que el Ministerio Público, a través de elementos de convicción fundamenta una acusación, y de acuerdo a los artículos 79 y 83 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano es en la etapa de juicio en donde deben ser

producidas las pruebas, las mismas que deben ser incorporadas conforme a las disposiciones legales.

La prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del imputado. La prueba puede ser material, que consiste en los resultados de la infracción, en sus vestigios o en los instrumentos con los que se la cometió, todo lo cual debe ser recogido y conservado, para ello, se valdrá de peritos designados legalmente. La prueba puede ser testimonial que se clasifica según el artículo 117 del Código de Procedimiento Penal en testimonio propio (testigo), testimonio del ofendido y testimonio del imputado (art. 91 y siguientes del adjetivo Penal). La prueba documental, que pueden ser documentos públicos o privados.

La finalidad de la prueba es llevar al juez a la certeza de la existencia de un hecho antijurídico, y la determinación de la responsabilidad, tal como lo determina el artículo 85 en relación con el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

En el presente caso, la materialidad de la infracción se ha justificado con el examen pericial del reconocimiento médico legal que determina que: "... se aprecia leve atrofia de hemicara derecha, desviación de la cara hacia el lado izquierdo, la cual se hace más notoria con diversos gestos o facciones: sonrisa, fruncir la ceja y el seño, silbar, hablar; no existen movimientos de la hemicara derecha; sincinesia imitativa de comisura labial de lado izquierdo... haciendo referencia l 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 la persona que ha sido objeto al examen, se encontraba en buen estado de salud antes de los hechos acaecidos...". Es decir, el medio probatorio tratándose de un delito de infracción material que

dejó vestigios o huellas objetivas, pueden ser capaces de una valoración a través de un perito médico profesional especializado, debidamente acreditado, quien presenta su informe en los términos que refiere el artículo 98 del Código de Procedimiento Penal: El reconocimiento pericial es un acto procesal que permitirá luego una valoración por parte del juzgador sobre el hecho materia del proceso, en los que se describe los caracteres físicos relacionados con el hecho que permita adecuar el acto a un tipo penal.

3. EL AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO:

Con el dictamen fiscal acusatorio que tiene como elemento fundamental justificar que se encuentran reunidos los elementos de convicción o datos relevantes sobre la existencia del delito y fundamento grave que le permita al Ministerio Público presumir que el imputado es el autor o partícipe de la infracción, tal como lo determina el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, el expediente pasa a la etapa intermedia, para ello el Fiscal funda su dictamen en las experticias médicas en las que se determinan que la menor ofendida presenta parálisis facial del lado derecho que le produce alteración de la estética facial por desviación hemicara izquierda, y se acusa al médico cirujano por el delito tipificado y sancionado en el artículo 472 del Código Penal, en relación con el último inciso del artículo 14 ibídem.

El auto de llamamiento a juicio tiene dos límites, el uno objetivo que está dado por la relación del hecho que se dice comprobado y, el límite subjetivo que está dado por la persona contra la cual se presume la responsabilidad del ilícito. En este estado se sospecha que el imputado está relacionado con el acto declarado infracción y es sobre esta responsabilidad que se desarrollará la actividad en la etapa de juicio llegando a establecer la culpabilidad, presupuesto necesario para la imposición de la pena y que fue analizado en páginas anteriores de la siguiente forma: encierra en si todo lo relacionado con las circunstancias que incurrieron en

el autor al momento de la comisión del delito. Es un elemento *sine qua non* para la configuración del delito, y reprochar la conducta antijurídica y típica a su autor, es decir nos permite hacerle responsable al actor del delito cometido.

En el auto de llamamiento a juicio se deben cumplir ciertos presupuestos legales que el juez debe encontrarlos dentro de la etapa de instrucción a través del estudio que haga de lo aportado en dicha etapa. El auto de llamamiento a juicio resuelve una situación jurídica, la del imputado y se constituye en el sujeto pasivo de la posterior etapa. Este auto debe ser motivado, es decir debe expresarse los fundamentos que lleven a determinar cuales son los presupuestos objetivos y subjetivos así como de los elementos de convicción y puntos de derecho que hayan presentado las partes, debe contener una relación del acto adecuado a un tipo penal concreto, llegando a determinar el grado de participación del imputado en dicho acto.

Es así que, el Señor Juez Segundo de lo Penal del Azuay luego del análisis correspondiente resuelve el llamarle a juicio al médico por el delito tipificado y sancionado en el artículo 472 del Código Penal que expresa: “Es reo de heridas o lesiones inintencionales el que las ha causado por falta de previsión o 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 especial.”, disposición que se analizó con detenimiento en el Capítulo IV y que en definitiva es una infracción culposa, ya que las heridas o lesiones causadas son consecuencia de la falta de previsión o precaución, del actuar negligente, imprudente, o por inobservancia de leyes o reglamentos por parte del autor del hecho.

Inconforme la acusación particular (padre de la agraviada) con el tipo penal por el que el juez llama a la etapa de juicio, al resolver la apelación la Primera Sala de lo Penal de la H. Corte Superior de Justicia de Cuenca, luego de un análisis pormenorizado y de los elementos que obran del expediente, reforma el auto recurrido en cuanto al tipo delictual, llamando a responder a juicio al imputado en el grado de autor en base al artículo 466 del Código Penal que establece: “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 dieciséis a setenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norteamérica...”, en relación con el artículo 472 ibídem; en definitiva establecen que el tiempo de enfermedad o de incapacidad se agrava por el carácter de permanencia de la misma, pues se dice en dicha resolución que el bien jurídico lesionado se determina de acuerdo a la integridad corporal y salud (física y psíquica), que una lesión implica afectar las diferentes dimensiones de la salud de la persona, y dependerá de la amplitud y gravedad de dicha afección, la gravedad que se le conceda a la lesión. La disposición antes citada se encuentra agravada al imponerse una pena mayor, al no tener la prohibición del artículo 173 del Código de Procedimiento Penal, se puede dictar medidas cautelares de orden personal, como la prisión preventiva, la misma que puede ser suspendida cuando se rinda caución que es fijada por el juez.

4. LA SENTENCIA:

Con la imputación contenida en el auto de llamamiento a juicio, pasamos a una posterior etapa, en donde se van a presentar las pruebas, pues de conformidad al artículo 79 del Código de Procedimiento Penal deben ser producidas “ante los Tribunales Penales correspondientes” y como se dijo, la prueba puede ser material, que se establece a través de los peritos, además de la prueba testimonial

y documental que se debe aportar a fin de que el Tribunal valore cada uno de los elementos probatorios y pueda llegar a la CERTEZA de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo.

A base de la interpretación y valoración de los medios de prueba, siguiendo el sistema de la sana crítica que permita llegar a la convicción que el hecho antijurídico que se juzga existió, permite establecer el primer presupuesto de valoración de la tipicidad y antijuridicidad del acto para luego determinar la culpabilidad del procesado. El establecimiento del hecho que se juzga es el delito de lesiones, que como tal ha dejado rastros, es decir se trata de un delito material que exige algunos elementos dentro del tipo penal, constituyendo el examen médico un elemento probatorio fundamental, esto es el análisis de la valoración de la agraviada a través de un perito con conocimientos especializados, que establezca claramente los fundamentos de su informe a fin de extraer del mismo un examen crítico, así como los elementos objetivos del tipo penal que se examina, para que se pueda declarar la existencia del delito de lesiones. Es a través de éste medio de prueba que se determina que la menor ofendida ha sufrido lesiones en su cuerpo producto de la negligencia, imprudencia, en definitiva de la culpa del imputado. Este elemento probatorio es fundamental para la comprobación del delito.

Otro presupuesto es establecer que la conducta del procesado se ha adecuado al tipo penal, esto es que existe un nexo causal entre el acto y la culpa. Como ya lo advertimos, este delito es puramente culposo, y creo necesario recordar una vez más que la culpa es una acción humana considerada con menor grado de gravedad que el actuar doloso. Dentro del derecho penal, los delitos culposos son considerados como aquellos en los cuales existe el resultado típico y antijurídico que no se previó siendo previsible o se lo previó confiando en que no se produciría, violando así un deber jurídico de cuidado que podía ser preservado por las circunstancias y condiciones personales. Entonces, los delitos culposos son

aquellos que se cometen debido a la negligencia, imprudencia o impericia de la persona (Art. 14, inciso último del Código Penal “...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 la ley, reglamentos u órdenes.”), ya que en el fondo no existe la voluntad de delinquir, razón por la cual, la pena en el caso de los delitos culposos es menor que en los casos de delitos dolosos.

En la sentencia condenatoria que se dicta, se dice que la infracción se encuentra justificada en base al informe médico y los testimonios que se han rendido, sabiendo de que el médico tiene responsabilidad desde el diagnóstico, confirmando lo que dice Terragni sobre el diagnóstico: “..., toda la información necesaria y la preparación previa al tratamiento integran el llamado *deber de cuidado externo*: es decir, de realizar todos los actos extrínsecos correctos, a fin de evitar la consumación del resultado típico. Todo lo que configure esta etapa preparatoria, e incluso los peligros que habitualmente genere, están dentro del riesgo permitido y los alcances de la *lex artis*, y ello ocurre también con las intervenciones diagnósticas como lo son la extracción de sangre y la experimentación como terapéutica. El médico debe recoger de manera completa y ordenar todos los datos anamnésticos, interpretar exactamente los síntomas clínicos y usar de manera oportuna los diversos medios auxiliares de investigación científica (como las investigaciones microscópicas, sexológicas, etc.). Luego formulará el juicio de diagnosis teniendo en cuenta la nosología y la nosografía, así como las múltiples variantes que presentan las situaciones individuales.”. Dicha intervención médica negligente o imprudente ha traído como consecuencia una 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”. Que si bien en la conducta del agente no existe intención de causar un daño, éste se produce por la conducta imprudente o falta de precaución del autor, lo cual conlleva a la consumación de la lesión, y en el caso presente el Tribunal Penal llega a la conclusión que la falta de precaución o previsión han sido la causa de las lesiones provocadas en la menor. El Tribunal establece que de la falta de previsión dimana

el peligro del hecho dañoso, que la negligencia equivale a descuido, falta de cumplimiento de un deber impuesto a desatención de lo que debe hacerse, se hace eco del Código de Ética y determina que en el presente caso todos los informes y testimonios profesionales que se han actuado como prueba son coincidentes al establecer que la ofendida sufrió una sección parcial, de una de las ramas del nervio facial, lesión que tiene el carácter de permanente, lo que supone una conducta culposa, ya que se debió tomar todas las precauciones y atención para no provocar lesión alguna en la paciente. “El médico tenía la posibilidad, dado sus conocimientos, de prever el resultado dañoso, pero no actuó como hubiera podido y debido hacerlo”. En base a las reglas de la sana crítica, el Tribunal sentenciador determina tanto la existencia material de la infracción como la responsabilidad del acusado como autor del delito de lesiones inintencionales, tipificado y sancionado en el artículo 472 del Código Penal.

5. LA CASACIÓN:

El objeto de impugnación, mediante el recurso de casación, permite el control de las actuaciones judiciales a fin de que una instancia superior pueda analizar la sentencia cuando se haya contravenido expresamente el texto de la norma legal utilizada, por haber hecho una falsa aplicación de la misma, o por haberla interpretado erróneamente.

La casación es un recurso extraordinario que procede únicamente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley; la finalidad de la impugnación a través de esta vía es obtener la revocatoria o invalidación de éste acto procesal; conseguir se amplíe o se disminuya el alcance jurídico de lo impugnado; lograr que se corrija un error. El artículo 324 del Código de Procedimiento Penal establece los casos y formas señalados expresamente en los que se puede proponer los recursos

previstos. La casación es un recurso extraordinario y ataca a la sentencia, suspende la ejecución de la misma, no admite presentación de nueva prueba, es decir no se discuten los hechos. Fue creada para que el máximo Tribunal de Justicia examine la sentencia y decida si ella está o no acorde con la normatividad legal vigente: si no hay concordancia casa la sentencia; si la hay rechaza el recurso. En definitiva la casación decide si las normas jurídicas han sido aplicadas correctamente.

En el presente caso se interpuso recurso de casación, y la Sala de la H. Corte Suprema de Justicia, trae en su resolución lo expuesto por Jiménez de Asúa en cuanto a la culpa: “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 ni buscar un resultado antijurídico.”. Sostiene además la Sala que “la culpa es la inobservancia del deber de cuidado en el desenvolvimiento de la propia conducta para evitar daños a terceros”. Se concluye que en el caso existe el elemento culpa que ha sustentado correctamente en su sentencia el Tribunal Penal del Azuay, encuadrando la conducta del acusado en el ilícito que tipifica y sanciona el artículo 472 del Código Penal, por lo que declara improcedente el recurso de casación presentado por el acusado.

ANEXO

CONCLUSIONES

Un profesional de la medicina puede ser el actor e incursionar en la comisión de los delitos de homicidio y lesiones inintencionales. Es así que la Ley Penal contempla la protección general a la integridad personal de acciones dolosas y culposas, y por lo tanto aquellas provenientes del actuar culposo del médico, lo que configura la mala práctica médica.

En la legislación ecuatoriana al igual que la mayoría de legislaciones latinoamericanas (una excepción, México) no encontramos un tipo específico que contemple y sancione una conducta delictiva proveniente de un sujeto calificado para ejercer la Medicina (médico), siendo esta conducta culposa y proveniente del actuar negligente, imprudente, por falta de pericia o inobservancia de leyes o reglamentos.

No se encuentran debidamente explícitos los derechos y obligaciones de los médicos y los correlativos a los pacientes, quedando a media luz muchos aspectos

relativos al ejercicio profesional de la medicina que requiere de forma implícita un deber de cuidado especial.

Uno de los fines de este trabajo es dirigirse a buscar criterios que permitan formular con bases técnicas una imputación cuando se ha transgredido uno de los elementos estructurales del tipo penal que es la culpa, de ahí que una de las conclusiones a las que se llega en base al estudio previo de lo que se entiende por culpa, es establecer los elementos que encierra la culpa médica, que permitan fundamentar la responsabilidad penal del médico.

A través de este trabajo se deja precisado cual es la acción típica que sanciona la Ley, teniendo en cuenta que la intervención del médico debe ser ejecutada en concordancia con las reglas establecidas por el arte médico, que no es otra cosa que la aplicación de los conocimientos adecuados y tecnificados para la atención al paciente, pues se debe tener en cuenta que el médico asume un papel de garante con respecto al paciente, debido a la posición de indefensión que adopta el enfermo frente a la profesionalidad de su médico.

Cuando una acción o intervención médica entraña un peligro mayor se establece la presunción del riesgo permitido que en sí es controlar la acción que ejecuta el médico, siendo necesario una formulación previa a la acción que posiblemente violente las normas de prudencia de demanda la medicina, respetando así el cuidado exigible, de tal manera que se excluya la tipicidad del hecho imprudente. El bien jurídicamente protegido, en este estudio específico, la salud, se encuentra en riesgo por las acciones peligrosas provenientes de la culpa del sujeto activo, y siendo así nos encontramos en el campo de la tipicidad de la conducta, y por lo tanto de la imputación objetiva que es el análisis del riesgo corrido por el bien jurídicamente tutelado.

Se ha analizado la disposición penal con la que se sanciona en la actualidad la conducta imprudente, negligente de parte del médico, que si bien es una norma general, contiene elementos fundamentales de la culpa en el caso de las lesiones.

De este trabajo se concluye, que no existe la menor duda, dada la actualidad del tema y los múltiples casos que se presentan, que se requerirá de un tratamiento específico en aquellos casos de actuaciones culposas provenientes del ejercicio de la práctica médica, es decir una legislación que permita sancionar conductas específicas de la mala praxis o en su caso una reforma al tipo penal existente, que desde mi punto de vista, ameritaría agravar la pena cuando la lesión inintencional (culposa) tiene como sujeto activo a una persona calificada por la profesión de Médico. Se deberán buscar los mecanismos y estudios necesarios que permitan una tutela efectiva de uno de los bienes fundamentales del hombre como lo es la salud, y de hecho la integridad personal. Considero con firmeza en la regulación de un tipo penal específico que contenga todos los elementos objetivos y subjetivos, es decir una descripción clara y precisa que permita haber una imputación de los médicos que en el ejercicio de su profesión, con su actuar culposo afectaren a los bienes jurídicos protegidos.

Si bien es cierto que considero que la culpa se manifiesta en distintas áreas de actividades, creo que en el caso de los profesionales de la medicina, que no todo error se encuentra bajo la figura jurídica de lesión culposa, sino que la misma debe enmarcarse en un tipo penal específico y en la que incluso se contemple una sanción económica resarcitoria, pudiendo llegarse también a más de la sanción penal a disponer la inhabilitación temporal o permanente de la licencia médica, de tal manera que se tenga de acuerdo a los casos, un instrumento idóneo que permita individualizar la sanción, conforme al hecho y a las condiciones personales del autor del delito de mala práctica médica.

BIBLIOGRAFIA

- DICCIONARIO GENERAL ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA; Edición 1986.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA; Tomos V, VXII; Edición 1982.
- FONTAN BALESTRA, Carlos; “Tratado de Derecho Penal”; Tomo I.
- FUENZALIDA Hernán; SHOLLE CONNOR, Susan; “El Derecho a la Salud en Las Américas”; Organización Panamericana de la Salud; Edición 1989.
- GRAN ENCICLOPEDIA ILUSTRADA CÍRCULO; Volumen 11; España; Edición 1994.
- MAURACH, Reinhart; ZIPF Heinz; “Derecho Penal”; Parte General 1.
- Microsoft® Encarta® 2007. © 1993-2006 Microsoft Corporation.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; “Teoría General del Delito”.
- SALAS PARRA, Nicolás; www.derechoecuador.com.

- TERRAGNI, Marco Antonio; “El Delito Culposo en la Praxis Médica”; Buenos Aires – Argentina.
- TORRES CHAVES, Efraín; “Breves Comentarios al Código Penal Ecuatoriano”; Tomo III.
- VARGAS ALVARADO, Eduardo; “Medicina Forense y Deontología Médica”; México; Edición 1991.
- WELZEL, Hans; “Derecho Penal Alemán”; Parte General; 12ª Edición.
- YUNGANO – LOPEZ BOLADO – POGGI – BRUNO; “Responsabilidad Profesional de los Médicos”.
- ZABALA BAQUERIZO, Jorge; “Delitos contra las personas”; Tomo IV.
- ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso; “Derecho Penal”; Parte General; Tercera Edición.
- Constitución Política del Ecuador.
- Código Civil Ecuatoriano.
- Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano.
- Código Penal Ecuatoriano.
- Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.
- Código de Ética Médica.
- Ley Orgánica de Salud.
- Régimen Penal Ecuatoriano.
- Registro Oficial No. 317, del 12 de Noviembre de 1999; Resolución de Casación de la Primera Sala de Casación de lo Penal, Quito.

ÍNDICE

La Mala Práctica Médica y su Tratamiento en el Sistema Jurídico Penal Ecuatoriano

INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I	
DEL DELITO.....	4
1. Derecho Penal.....	5
2. Conceptos de delito.....	7
3. Elementos y estructura del concepto de delito.....	9
3.1 La acción: concepto.....	10
3.2 La tipicidad: el dolo y la culpa.....	15
3.3 Antijuridicidad.....	18
3.4 La culpabilidad.....	21
3.4.1. Causas de exclusión de la Culpabilidad (responsabilidad).....	24
4. Estructura de las figuras delictivas.....	25

CAPITULO II

LA MALA PRÁCTICA MÉDICA.....	27
1. Nociones generales.....	28
1.1. Responsabilidad.....	29
1.2. Elementos de la responsabilidad.....	30
1.3 Responsabilidad médica.....	31
2. Nociones históricas.....	32
3. El ejercicio de la Medicina.....	34
3.1. Pautas generales.....	34
3.2. Presupuestos del ejercicio: bien jurídico tutelado.....	36
3.3. Obligaciones del médico.....	36
3.4. Incumplimiento de las obligaciones del médico: culpa profesional.....	40
4. Praxis y mala praxis médica.....	41

CAPITULO III

DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO.....	43
1. Generalidades.....	44
2. Sujetos que interviene en el tipo delictual de mala práctica médica:	
El médico y el paciente.....	48
2.1. El médico.....	53
2.2. El paciente.....	57
3. Necesidad de una regulación.....	60
3.1. Estructura jurídica del delito de mala práctica médica.....	63

3.1.1. El acto.....	63
3.1.2. La antijuridicidad.....	69
3.1.3. La tipicidad.....	70
3.1.4. La culpabilidad.....	70
3.1.4.1. Responsabilidad civil del médico.....	72
3.1.4.2. Responsabilidad penal de médico.....	73
4. Legislación jurídica comparada.....	75

CAPITULO IV

LAS LESIONES.....	80
1. Generalidades.....	81
2. Notas históricas.....	84
3. Naturaleza jurídica.....	86
4. Estructura jurídica: elementos objetivos y subjetivos.....	89
4.1. Tipo básico.....	90
4.2. Elementos objetivos.....	90
4.3. Elementos subjetivos.....	91
5. Análisis del artículo 472 del Código Penal.....	92

CAPITULO V

ANÁLISIS DE UN CASO PRÁCTICO.....	96
1. La denuncia.....	97
1.1. Análisis de la denuncia.....	97
2. La prueba.....	99

2.1. Análisis de la prueba.....	99
3. El auto de llamamiento a juicio.....	100
4. La sentencia.....	103
5. La casación.....	106
ANEXO.....	108
CONCLUSIONES.....	109
BIBLIOGRAFÍA.....	112
ÍNDICE.....	114