

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE

ABOGADO

“ANÁLISIS DEL VACÍO LEGAL RESPECTO A LA CONSTRUCCIÓN TÍPICA DE LA
MALA PRÁCTICA MÉDICA EN EL ECUADOR: LA INOBSERVANCIA DE LA LEX
ARTIS”

DANIEL ESTEBAN ROBALINO MOSCOSO

DIRECTOR: DR. CRISTIAN ZAMBRANO RUILOVA

QUITO, 2015

Molina Gallegos & Asociados
ESTUDIO JURIDICO

Quito DM, 02 de octubre del 2015

Señor doctor
Santiago Guarderas
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PUCE
Ciudad.-

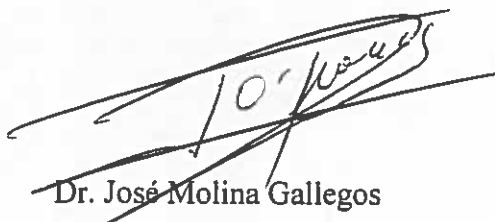
Señor Decano:

He sido designado como profesor informante de la tesina intitulada "ANÁLISIS DEL VACÍO LEGAL RESPECTO A LA CONSTRUCCIÓN TÍPICA DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA EN EL ECUADOR: LA INOBSERVANCIA DE LA LEX ARTIS" preparada por el señor Daniel Robalino Moscoso, alumno de la facultad; al respecto, digo:

Considero que el estudiante se ha ceñido en el desarrollo de la investigación al tema propuesto, la bibliografía es suficiente.

Por lo expuesto, califico con la nota de 9/10 puntos al trabajo de investigación realizado por el estudiante.

Atentamente,



Dr. José Molina Gallegos

Recibo: 30-10-2015

Quito, 15 de junio del 2015

Señor Doctor
Santiago Guarderas Izquierdo
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
Presente.-

De mis consideraciones:

Por medio del presente, me refiero al Oficio No. 240-SJG-15, que si bien esta fechado 5 de mayo del 2015, fue recibido en mi Estudio Jurídico el pasado 9 de junio del presente año; en tal razón, habiendo sido nombrada como Profesora Informante de la Disertación de Abogacía intitulada "*Análisis del vacío legal respecto a la construcción típica de la mala práctica médica en el Ecuador: La inobservancia de la Lex Artis*", elaborada por el señor **DANIEL ROBALINO MOSCOSO** y, encontrándome dentro del plazo de 15 días; emito el siguiente informe:

1.- ASPECTO CUALITATIVO DE LA INVESTIGACIÓN

Revisado como ha sido el trabajo investigativo, salta a la vista una preocupación válida del autor, en lo que tiene que ver con el delito contenido en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal; sin embargo, se debe precisar que la **mala práctica médica en el Ecuador**, no solo se centra en ese tipo penal, sino que abarca a otros delitos en los cuales, precisamente no se verifica su construcción en base a la figura de comisión por omisión, como lo propone el señor estudiante, se debió hacer por parte del legislador.

Si bien el homicidio por mala práctica profesional es una de las figuras que mayor atención pública obtuvo, es importante anotar que el bien jurídico "vida", es solo uno de los tantos que se garantizan en la norma penal ecuatoriana, al punto en que en relación a los profesionales de la salud, existen delitos que buscan tutelar la integridad personal, la salud individual, la salud pública y la integridad sexual y reproductiva, de los cuales nada se dice en el trabajo analizado.

Por otro lado, aunque los varios capítulos que componen la disertación demuestran una investigación que intenta ser detallada y seria, se ha tornado bastante complejo la identificación clara y directa del "vacío legal" al que se refiere precisamente el título principal del aporte del señor Robalino; evidenciándose además ciertas premisas que no son correctas y demuestran falta de un acertado tratamiento normativo y doctrinario, como por ejemplo:

- a) En las páginas 1 y 2 de su trabajo, el autor señala textualmente que: *"El tipo penal de la mala praxis se basa en un no acatar las normas de cuidado; es decir una omisión por parte del sujeto activo. Empero, la mera omisión no es punible sino que requiere que se produzca un resultado: la muerte. A este tipo de delitos la doctrina los ha denominado de comisión por omisión u omisión impropia"*

Esto es falso, la doctrina penal ubica a este tipo de delitos, en aquellos que se ubican en la categoría de "tipologías de resultado". La comisión por omisión, se define de manera diferente, y ante todo, lo que tendrá relevancia en el no hacer lo que se tiene el **deber jurídico**, es la posición de garante del sujeto activo de la infracción.

- b) En la página 3, el señor Robalino hace mención en el tercer párrafo, al ejercicio de la medicina desde un punto mágico o religioso; pero, flagrantemente omite todas y cada una de las disposiciones que, por ejemplo, existen en la Ley Orgánica de Salud en lo que tiene que ver con la medicina tradicional, que es precisamente la vinculada a costumbres y tradiciones de nuestros pueblos ancestrales y que, nuestro Estado se compromete no solo a reconocer, sino potencializar.
- c) El señor estudiante, en la página 4, indica que "el mayor descubrimiento" en la medicina es el genoma humano. Esto pudo ser contrastado de mejor forma y con referencias bibliográficas que, en esta parte, llamativamente son nulas.
- d) Cuando el alumno intenta explicar a la medicina como el tratamiento de las varias enfermedades, no se refiere al rol y/o deberes que asumen todos los pacientes. Esto, en concordancia con el principio de *autonomía de la voluntad*, que no cuenta con un tratamiento adecuado y que, además, debió ser analizada en el caso de los pacientes pediátricos, en vista de que el consentimiento pasa a ser indirecto, a cargo de sus representantes.

- e) En lo concerniente al elemento subjetivo del tipo penal que se analiza en la presente disertación, se asume que debería ser la *culpa*; sin embargo, la doctrina es bastante amplia para referirse a la figura del *dolo directo segundo grado*, en tanto y en cuanto no sería una mera negligencia (la inobservancia de la *lex artis*), sino un nivel conductual que merecería un tratamiento punitivo y de reproche especial.

El alumno nada dice de esta institución, tan solo se dedica a diferenciar a la culpa consciente de la inconsciente, lo cual, si aplicamos todas las directrices de la teoría del delito y pena y de técnica legislativa que forman parte del Derecho Médico, nos enfrenta a un tratamiento bastante ligero del tema.

- f) En la página 17, se señala textualmente: "*Es necesario recordar que el derecho penal tiene como principio la inocencia de las personas (...)*" Aquí es necesario recordar que la presunción de inocencia, es un derecho fundamental e incluso, por un amplio sector de la doctrina, se la reconoce como un *status jurídico* de la persona. El alumno en su trabajo, debía, por decir lo menos, demostrar una solvencia jurídica en torno a todas las materias que ha aprobado dentro de su correspondiente p^osum académico, en las que sin lugar a dudas se encuentra Derecho Constitucional y Derecho Procesal Penal.
- g) En la página 19, se refiere a los informes periciales de médicos dentro de las varias causas judiciales que se inician en contra de los profesionales de la salud. Ante esto, se esperaba que el autor de la investigación conociera que en la actualidad, tanto Fiscalía como los varios Juzgados de Garantías Penales, prefieren referirse a "Auditorías Médicas", con la finalidad de abarcar incluso una revisión pormenorizada del paciente y no solo un mero escrutinio de los soportes documentales que se agregan al proceso y/o reposan en las diferentes casas de salud.
- h) En la página 20, se dice: "*La mala práctica profesional hasta el 10 de agosto de 2014 no tenía un tipo penal en la legislación ecuatoriana*". Esta afirmación del estudiante no es correcta y demuestra una falta de revisión pormenorizada de los tipos penales que han estado vigentes en Ecuador, no solo en lo relativo a los médicos (a quienes su juzgó a la luz del tipo penal de homicidio inintencional),

sino además de otras figuras que permitieron la inhabilitación profesional de otros sujetos activos.

- i) En este hilo de ideas y para terminar con estas observaciones, por demás errado es el criterio del alumno que, en la página 1 de su trabajo académico, indica que a los médicos se les aplicaba antes de la plena vigencia del COIP, además de la figura del homicidio inintencional, la del homicidio preterintencional (sic); cuando por todos es conocido que la preterintención, parte de un conducta dolosa que tiene un resultado no querido o deseado, de ahí que no encuentre sustento lógico, mucho menos normativo, lo aseverado por el señor Robalino.

Pese a lo anotado hasta aquí, el trabajo aporta importantes insumos, en lo que tiene que ver con los varios casos y resoluciones de nuestros órganos de administración de justicia penal, al momento de resolver acerca del ejercicio profesional de médicos y de la protección de derechos fundamentales de los pacientes.

2.- ASPECTO METODOLÓGICO: APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO EN LA VERIFICACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

Aunque la mayoría de las herramientas metodológicas y gramaticales empleadas permiten hilvanar las propuestas generales para así, arribar a las conclusiones y recomendaciones propuestas por el investigador, se debe indicar que existen un cantidad considerable de muletillas (en especial la palabra "empero").

Además, se constatan varias citas de pies de página que no coinciden con la obra en referencia y, cuando se trata de la mala praxis (en su definición), si bien en la bibliografía general, por ejemplo se cita el artículo del abogado León Micheli, en el cuerpo de la disertación es inexistente.

La conjugación de los verbos deja mucho que desear; lo propio, en lo que tiene que ver con el empleo de los singulares y plurales. Particular que traigo a colación, dado que una redacción inadecuada, en la mayoría de casos, afecta a la comprensión integral de las ideas expuestas por el disertante.

3.- RELEVANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

La disertación presentada se consolida en un trabajo académico adecuado; pero que, con una dirección mucho más prolija y especializada, pudo haber ofrecido una mejor calidad en relación a las normas vigentes en el Ecuador y su contraste con la teoría del delito médico.

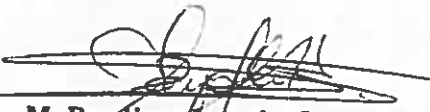
En el curso de la defensa oral, me reservo mi derecho a solicitar las aclaraciones respectivas de las instituciones penales básicas y que, se entienden, deben ser de dominio del señor estudiante.

4.- CALIFICACIÓN

Todo lo contenido en el presente informe, me permite calificar la disertación escrita con la nota de 7/10.

Aprovecho señor Decano la oportunidad para expresarle mis sentimientos de consideración y respeto.

Muy Atentamente,


M. Paulina Araujo Granda
DOCENTE DEL ÁREA PENAL

ABSTRACT

Con la promulgación de la Constitución del Ecuador en el año 2008 y del Código Orgánico Integral Penal en el año 2014 se vio necesario analizar nuevos aspectos del ordenamiento jurídico, entre otras, en el área penal. El homicidio culposo por mala práctica profesional es un tipo nuevo en el Código Orgánico Integral Penal. Previa a la promulgación de esta norma los homicidios por mala práctica profesional eran subsumidos en otros tipos penales.

El presente trabajo busca analizar este tipo penal en el área de la medicina, profesión fuertemente ligada a la salud de las personas. El trabajo busca primero entender el tratamiento que la mala práctica médica ha tenido a lo largo de la historia y demostrar que no es un tema nuevo o particular del Ecuador. Adicionalmente, conceptualiza el arte médico y lo que se debe esperar del accionar de un galeno.

Como segundo aspecto el trabajo se busca delimitar la responsabilidad del médico estableciendo como referencia para su responsabilidad la *lex artis* y sus elementos. Empero, la *lex artis* es demasiado amplia y aunque es cambiante existen ciertos aspectos en común y que deben ser conocidos por los profesionales de la medicina y de los operadores de la justicia. El tercer capítulo del presente trabajo logra definir que la mejor forma de analizar la mala práctica médica es a través del tipo de comisión por omisión.

En virtud de lo anterior, el trabajo pretende que el lector al final de la investigación pueda entender la estructura que tiene el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional contemplado en el Código Orgánico Integral Penal, conocer los elementos esenciales de la *lex artis* y comprender como vincular estos principios al momento de establecer la responsabilidad de médico.

ÍNDICE

1. LA MALA PRÁCTICA MÉDICA.....	3
1.1. Visión histórica de la mala práctica médica	3
1.2. Concepto de mala práctica médica	11
1.3. Mala práctica médica en el Ecuador	20
2. LEX ARTIS DEL MÉDICO-PRINCIPIOS	31
2.1. Cualidades del profesional	33
2.2. Relación médico – paciente	37
2.3. Procedimientos idóneos	45
2.4. El consentimiento	48
2.5. Normativa	55
3. LA NEGLIGENCIA MÉDICA COMO UN DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN.....	60
3.1. Situación típica	62
3.1.1. Posición de garante	63
3.2. Ausencia de la acción determinada	68
3.2.1. Resultado lesivo.....	69
3.3. Capacidad de realizar el acto	70
3.3.1. Capacidad de evitarlo	71
3.4. Elemento subjetivo culposo.....	73
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	77
5. BIBLIOGRAFÍA	79

INTRODUCCIÓN

El arte de curar es una de las ciencias más antiguas que existe. El médico nace del deseo de una persona en ayudar a otra mediante el alivio de sus dolencias. A lo largo de la historia la medicina ha sido respetada por su importancia dentro de nuestra sociedad; sin embargo debido al área en el que se desenvuelve los Estados siempre han visto mecanismos para regular la actividad sanitaria y establecer parámetros al momento de analizar su responsabilidad.

En virtud de lo anterior, se ha visto mecanismos para resarcir o sancionar a quienes actúan sin la debida diligencia en su profesión, principalmente si han afectado un bien jurídicamente protegido. El cambio en la relación entre médico-paciente, apartándose de la visión paternalista e intocable del galeno, hizo que la sociedad vea en el ámbito penal un mecanismo para sancionar a quienes cometían mala praxis.

En el Ecuador no se había tipificado la mala práctica médica hasta la promulgación del Código Orgánico Integral Penal en el año 2014, realidad que fue puesta en consideración en el caso Albán Cornejo Vs. Ecuador. Debido a este vacío y con el fin de no dejar impune los actos de mala praxis, los órganos jurisdiccionales se vieron obligados en la necesidad de subsumir la mala práctica médica en otros delitos como por ejemplo el homicidio inintencional o preterintencional.

El Código Orgánico Integral Penal, vigente desde agosto del 2014 incluye en su artículo 146 el homicidio culposo por mala práctica profesional, el cual se basa en la violación del deber objetivo de cuidado. Pero ¿en qué consiste el deber objetivo de cuidado y cuál es su alcance? Con el objetivo de responder esta inquietud es necesario analizar la *lex artis* o ley del arte del médico y los elementos que esta tiene. En función de la *lex artis*, el médico tiene ciertas obligaciones y normas que ayudan que el riesgo, producto de su profesión, sea realizado dentro de parámetros aceptados por la sociedad, los cuales son tratados en el presente trabajo de investigación.

El tipo penal de la mala praxis profesional se basa en un no acatar las normas de cuidado; es decir es una omisión por parte del sujeto activo. Empero, la mera omisión no es

punible sino que requiere que se produzca un resultado: la muerte. A este tipo de delitos la doctrina los ha denominado de comisión por omisión u omisión impropia.

En virtud, de esta estructura y debido a las funciones dentro de la sociedad del médico, este tiene una posición de garante frente al bien jurídico protegido. Sin embargo, no por el hecho de infringir una norma del deber objetivo de cuidado, ser garante del bien jurídico protegido y producirse un resultado lesivo, el médico debe ser sancionado penalmente. Es bajo esta premisa que es necesario analizar si el resultado era previsible y evitable.

El médico no posee la voluntad de provocar un resultado lesivo por lo cual, una vez analizado el elemento objetivo del tipo penal, es preciso revisar el elemento subjetivo del delito por mala práctica profesional contemplado en nuestro código: la culpa.

Con el objetivo de revisar los temas anteriormente planteados para la elaboración de esta disertación se empleó el método dogmático, de esta manera se busca reiterar la importancia del derecho a la vida e integridad física y la necesidad de sancionar a quienes atenten contra los mismos.

De igual manera, se usará en el análisis jurídico, el método exegético, gramatical y lógico; para de esta manera establecer el sentido de las normas jurídicas y demostrar el vacío al momento de construir el tipo penal de mala praxis médica. Asimismo, ante las normas que regulan las actuaciones del médico, se usará un método teleológico.

En virtud de lo anterior, lo que este trabajo busca es aclarar el alcance del tipo de homicidio culposo por mala práctica profesional en el Ecuador y de esta manera evitar cualquier persecución en contra de tan prestigiosa profesión. El fin de este trabajo no es dar argumentos para responsabilizar la actuación médica sino establecer el alcance de la mala práctica profesional para que de esta manera el médico no sienta miedo de ejercer tan honorable profesión.

1. LA MALA PRÁCTICA MÉDICA

1.1. Visión histórica de la mala práctica médica

Previa a la revisión histórica de la mala práctica médica es necesario analizar el ejercicio de la medicina y sus implicaciones. Es difícil establecer una fecha exacta como el nacimiento de la medicina, sin embargo se puede establecer ciertos momentos históricos en su desarrollo. La medicina es el resultado de la necesidad social de combatir las enfermedades que pueden afectar a la salud de las personas.

El término enfermedad, como lo usamos actualmente, no ha sido constante. Si nos imaginamos a la primera sociedad en donde se presentó la primera dolencia, es natural entender que la gente intente averiguar un por qué de dicho acontecimiento. Esto se debe a que el ser humano siempre busca una causal para todo. Debido a la inexistencia de otra explicación y la preponderancia del pensamiento divino, las sociedades vieron a la fuente de la enfermedad como sobrenatural; es decir, un castigo o consecuencia de los actos de las personas.

Por tal motivo, los religiosos de las comunidades debían analizar la actuación de las personas y descifrar qué molestó a las deidades y de esa manera redimir al individuo. El ejercicio de la medicina, no como ciencia, se consideraba mágico y religioso. Actualmente esta visión es casi nula, aunque no es extraño especialmente para nuestro país, la práctica de “curanderos” o “shamanes” quienes mediante prácticas tradicionales buscan mejorar la salud de su comunidad.¹

Con el avance del tiempo se supera la medicina primitiva, que consistía en mediar con las deidades y se establece a la medicina como un oficio. La actividad inició de manera empírica en base a la simple observación de los enfermos y en virtud de las narraciones por parte de los pacientes. No es difícil comprender que al tener solo estas

¹ El artículo 360 de la Constitución de la República del Ecuador establece que promoverá la complementariedad con las medicinas ancestrales y alternativas. El artículo 362 establece que la salud se prestará también a través de medicina ancestral, alternativa y complementaria.

fuentes de información la práctica médica estaba llena de incertidumbre y riesgos. Esta incertidumbre es lo que hizo que se considere a la medicina como un arte.

El oficio de la medicina siguió desarrollándose y con la inclusión de los estudios de la anatomía humana y principalmente el sistema de circulación interna, la medicina llegó a tener un saber técnico. Esta medicina técnica es la que se ha desarrollado hasta la actualidad, tal vez teniendo como el mayor descubrimiento al genoma humano, hallazgo que conllevó al desarrollo de otras ciencias como la bioética

La medicina gira en torno a la salud. El preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) estableció que la salud es un derecho fundamental que tienen las personas y lo define “*como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”². El Estado ecuatoriano a través de la Constitución consagró como derecho fundamental a la salud en su artículo treinta y dos³, mismo que será garantizado por el Estado y cuya realización vincula a otros derechos. La Real Academia Española define a la salud como: el “*estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones*”⁴. La Ley Orgánica de la Salud define en su artículo tres a la salud como “*el completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.*”⁵

De lo anterior, se desprende que la salud abarca tres ámbitos: el físico, el mental y el social, y solo cuando se está en completo bienestar en todos ellos, la persona está saludable. Empero, esta definición convierte a la salud en un estado quimérico. En el ámbito físico la mínima dolencia haría que una persona ya no esté saludable, es decir si

² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Constitución*, Referencia: 10 de noviembre de 2013, disponible en: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

³ Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia Española*, Referencia 10 de noviembre de 2013, disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=salud>

⁵ Ley Orgánica de la Salud, R. O. Suplemento 423, 22 de diciembre de 2006.

uno está cansado o con cierto malestar ya no tendría salud. Existen personas que padecen de ciertas anormalidades biológicas y se consideran saludables o incluso han aprendido a vivir normalmente con ellas.

Mental o psicológicamente se vuelve más difícil alcanzar la salud total. El mundo se ha desarrollado a una velocidad en el cual difícilmente se tiene tiempo para sentarse y simplemente descansar: trabajos estresantes, relaciones difíciles, crecimiento profesional, dificultades económicas. Los seres humanos pasan toda su vida buscando una tranquilidad mental, lo cual muchas veces no se alcanza; sin embargo, se consideran saludables.

El ser humano es social por naturaleza y las relaciones interpersonales no son fáciles. Pasamos buscando cómo adaptarnos a la sociedad o cómo sentirnos parte de ella, lo cual puede convertirse en una tarea estresante e interminable.

Los tres ámbitos se relacionan en gran medida, incluso la fuerza mental y social puede ayudar a sobrellevar los problemas biológicos. No es extraño que se vean personas que se curan gracias a la fuerza mental o apoyo familiar que tienen. Es por este motivo que la medicina y el cuidado del enfermo tuvo como primer escenario el hogar del mismo paciente.

Existen personas que careciendo de extremidades se sienten mucho más saludables y felices que personas sin discapacidad física. Adicionalmente, esta definición podría considerar a las personas con capacidades especiales como no saludables; sin embargo no es así.

La medicina es la *“ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano”*⁶. La medicina es una ciencia debido al alto grado de tecnicismos y conocimientos que se debe tener para practicarla. Adicionalmente, requiere de un método y un objeto de estudio para considerarla como una ciencia. El método ya no es

⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia Española*, Referencia: 10 de noviembre de 2013, disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=medicina>

simplemente empírico sino que es basado en otras ciencias complementarias como la biología, la psicología y demás.

La medicina está en continuo desarrollo para poder diagnosticar, tratar y pronosticar las enfermedades y los enfermos. Pero ¿cuál es el objeto de estudio de la medicina: el enfermo o la enfermedad? La medicina busca la causal para las enfermedades y por lo tanto tratar la raíz de la misma; sin embargo, cuando esta causa no se logra conocer o cuando no se la puede tratar ¿qué debe hacer el médico? Esta incertidumbre convierte a la medicina en un arte y por qué se la debe tratar con tanta sutileza.

Según la definición antes dada, la medicina busca prevenir y curar enfermedades. Esto podría ocasionar a que se piense que el fin de la medicina es curar al enfermo, con lo cual se justificaría el continuo control a esta práctica y la negativa para aceptar cuando falla. Adicionalmente, llevaría a creerse que la medicina y la actividad médica implica una obligación de resultado: salud.

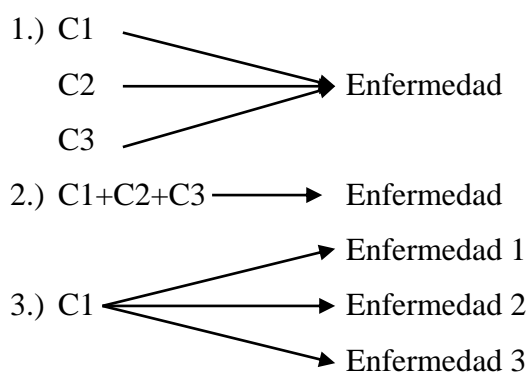
La medicina tiene como fundamento el arte clínico, la ética y las ciencias básicas. Este fundamento lleva a que se pueda diagnosticar, tratar y pronosticar correctamente las enfermedades. El arte clínico es la capacidad de identificar mediante los síntomas, molestias y exámenes de laboratorio la entidad clínica o enfermedad que padece el paciente. Esta es una abstracción o construcción mental que realiza el médico al analizar a un paciente y se base en el arquetipo humano que se ha logrado formular por parte de la sociedad médica. Por tanto, la medicina busca tratar las enfermedades; sin embargo, la medicina debe buscar tratar también al enfermo ya que si no se analiza desde un punto de vista completo tal vez no se puede solucionar la enfermedad.

Para entender este último punto, se debe ver las causas de la enfermedad y si todo detrimentos a la salud se puede entender como enfermedad. En este sentido se han desarrollado distintos modelos explicando la relación entre enfermedad y salud: modelo mágico religioso, sanitario, social, unicausal, multicausal, epidemiológico,

ecológico, histórico social, geográfico, económico e interdisciplinario.⁷ De los modelos anteriores podemos destacar el unicausal y el multicausal, ya que en estos dos podemos incluir a todos los otros modelos.

Dentro del modelo monocausal o unicausal podemos encontrar la teoría del contagio de Koch, quien establece la existencia de un agente infeccioso que es causa necesaria y suficiente para la enfermedad. Esta teoría es la base para el esquema epidemiológico el cual analiza también un mecanismo de transmisión.⁸

El modelo multicausal establece que *“pueden existir varias causas independientes que pueden producir un tipo de efecto o enfermedad o varias causas que deben estar simultáneamente o sucesivamente para que se produzca el efecto o, en ambos casos, puede ocurrir que una causa pueda producir una multiplicad de efectos.”*⁹ En otras palabras, lo anterior puede graficarse de la siguiente manera:



En ocasiones los factores más influyentes para la gravedad de un paciente es la psicológica o social, ya que si se cambia esta podemos resolver las demás. Por ejemplo, al tratar una enfermedad que está atacando el hígado de un paciente pero esto se debe a la ingesta de bebidas alcohólicas, el médico podría tratar la causa recetando a su paciente medicamentos para fortalecer dicho órgano, pero en verdad se debe atacar la causa de su bebida ya que si esta se soluciona, dejará de ingerir bebidas alcohólicas y por lo tanto se podrá tratar de forma eficiente y eficaz el daño al hígado.

⁷ ARRENDONDO, A. *Análisis y Reflexión sobre Modelos Teóricos del Proceso Salud-Enfermedad*”, Referencia: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v8n3/v8n3a05>

⁸ *Modelos Causales*” Referencia: <http://personal.us.es/cruzrojo/APUNTES-TEMA-2.pdf>

⁹ Id.

Otro factor importante es la falta de salubridad, especialmente en el estilo de vida o no tener la debida precaución para evitar una enfermedad. En nuestro país un claro ejemplo son las enfermedades transmitidas por mosquitos en la costa, las cuales se deben a aguas reposadas sin cubrirse. En virtud de lo anterior es entendible lo difícil que es encontrar la causa, la enfermedad y el tratamiento adecuado para tratar un paciente.

La enfermedad de acuerdo a la Real Academia Española se define como la “*alteración más o menos grave de la salud.*”¹⁰ Esta definición llevaría a entender que toda dolencia que afecta el bienestar integral de la persona es una enfermedad, lo cual es una falacia.

La enfermedad es aquella construcción mental que realiza el médico para catalogar los malestares de una persona que han sido constantes, que han impedido que la persona se desarrolló normalmente en su rutina diaria y que necesita de ayuda de un profesional. Es decir, aquel dolor de cabeza que puede dar no necesariamente es una enfermedad si este no impide el normal desenvolvimiento del individuo; pero, si el dolor es continuo y este imposibilita las actividades diarias, entonces puede ser enfermedad.¹¹

El catalogar si la dolencia es una enfermedad solo lo puede hacer un médico, pero debemos tener en cuenta que el galeno no es omnipotente ni una deidad. La medicina busca tratar las enfermedades pero no busca curar el enfermo por lo tanto es una obligación de medio, más no de resultado.

De lo anterior podemos comprender que la definición dada por la Organización Mundial de la Salud y la Ley Orgánica de la Salud es demasiada amplia y podría ocasionar grandes inconvenientes al momento de establecer la mala práctica médica. Adicionalmente esta situación se agrava si quienes buscan el resarcimiento consideran que la finalidad de la actividad médica es la curación o restauración de la salud del

¹⁰REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia Española*, Referencia: 10 de noviembre de 2013, disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=enfermedad>

¹¹ Cfr. GOIC, A. “*El fin de la medicina*”, editorial publicaciones técnicas mediterráneo, Chile, 2009

paciente. Por lo cual, es necesario para efectos del presente trabajo y para comprender el alcance de la mala práctica profesional definir a la salud como: la adecuación de la persona al arquetipo médico, el cual carece de malestares constantes que impidan su normal desenvolvimiento diario y que no requiere la ayuda de un profesional.

El tratar el paciente es la finalidad de la medicina, el buscar una respuesta y tratar las molestias del paciente es el objetivo. Sin embargo, debido a la creciente idealización del cuerpo humano, las personas han encontrado una nueva función de la medicina: estética. La estética es la excepción al verdadero espíritu de la medicina pero igual debe ser considerado, al menos en sus inicios, como una obligación de medios.

La medicina tiene relación directa al bien jurídico protegido primordial: la vida. Esta vinculación llevó a que los Estados establezcan políticas para su ejercicio y sancionar su mala práctica. Este interés no es reciente ya que a lo largo de la historia se puede ver mecanismos de control o análisis en su ejercicio.

“Diadoro de Sicilia da cuenta que en Egipto existió un compendio, una especie de protocolo profesional denominado Libro Sacro, el cual compilaba conocimientos y reglas a las que debían atenerse los que practicaban la medicina.”¹² Este compendio servía de guía para tratar las enfermedades, se puede considerar como uno de los primeros deberes mínimos de cuidado que debían tener los profesionales de la salud. Este compendio se logró mediante la concurrencia de aquellos profesionales al templo de Canope o de Menfi en donde exponían a detalle el procedimiento seguido. El procedimiento o tratamiento exitoso era incorporado al compendio y transmitido a los demás practicantes de la actividad médica; sin embargo, si el tratamiento no era exitoso se debía demostrar que se siguieron las normas mínimas de cuidado, ya que si se demostraba la responsabilidad del “curador” la sanción podía llegar a pena capital.¹³

El Código de Hammurabi presenta normas para el ejercicio del médico desde su numeral 215 a 223. Las normas establecen los pagos a recibirse cuando logre salvar a una persona y establece como sanción, en caso de dejar tuerto o cause la muerte del

¹² CHAIA, R., *Responsabilidad Penal Médica*, editorial Hammurabi, Argentina, 2006, p. 17

¹³ Cfr. *Ibíd.* p. 17-18

paciente, que se le corte la mano. La sanción es la misma en ambos casos y no existe un interés en el elemento subjetivo de la acción, es una visión totalmente causalista.

En Grecia quienes ejercían la actividad médica debían realizar el juramento hipocrático, el cual aunque tiene un índole ético, demuestra la importancia de esta actividad en la sociedad; práctica que se mantiene hasta hoy en día. En la época del Imperio Romano también se trató la responsabilidad médica, en especial con el abandono del paciente, la impericia en su actuación y en la inoportuna administración de medicamentos.¹⁴

La actividad médica siempre ha sido admirada y reconocida por la sociedad, ya que su objetivo ha sido disminuir el sufrimiento de las personas y por lo tanto ayudar con su instinto natural de preservación. Esta imagen casi divinizada conllevó a un rol paternalista por parte del médico.¹⁵ La posición del médico de familia implicó que el paciente confíe casi a ciegas en el profesional, provocando que *“el enfermo debe[a] aceptar un margen de inconvenientes y de peligros derivados de los errores de la Medicina y del médico mismo como un hecho fatal.”*¹⁶

El lecho del paciente era el centro de salud. Esto incluso se debe a que se veía a la familia como el apoyo necesario que necesitaba el enfermo para salir adelante; con el paso del tiempo se vio necesario establecer hospitales y centro médicos para internar a los pacientes. Los mismos médicos llevaban a sus estudiantes a realizar las visitas en los hogares de las personas. Este acercamiento es lo que mantuvo al médico como una figura paternal y de liberación frente a las dolencias del enfermo.

Sin embargo, debido al desarrollo tecnológico de la profesión, el progreso de la ciencia y los estudios médicos, la creación de reglas prácticas de procedimiento y de análisis, la responsabilidad individual y colectiva de los médicos se ha llegado a exigir resultados favorables a los médicos. Además, el paciente *“pasó desde la cosificación del paciente – objeto-, a ser considerado como el sujeto principal de la relación*

¹⁴ Cfr. Id.

¹⁵ Cfr. Ibíd. p. 25

¹⁶ GREGORIO M., *Vocación y Ética*, Colección Austral, 6ed, Madrid 1976, pp 102 ss. En: GOMEZ RIVERO. M. *La responsabilidad penal del médico*, editorial tirant lo Blanch, 2da edición, Valencia, 2008,p. 19

*médico paciente*¹⁷, lo cual fundamentó y desarrolló los derechos del enfermo. Hasta ese momento el paciente era solo fuente de estudio para los futuros médicos quienes lo veían como “material” para adquirir conocimientos. La destrucción de la figura paternalista y la visión del médico como un “agente liberador” quien presta sus servicios mediante un contrato, llevó a que se busque en el ámbito civil indemnizaciones por aquellos perjuicios ocasionados dentro de la actividad sanitaria.¹⁸

Posteriormente se dio una conciencia social ante la actividad médica debido a que dentro de su ejercicio está en juego la vida o la integridad de la persona; por lo cual, se vio necesario establecer normas más estrictas y parámetros de responsabilidad fuera de lo civil. El derecho penal fue la respuesta ante los posibles resultados lesivos que podía conllevar la actividad médica y que el ámbito civil no podía resolver. El tratamiento penal de la responsabilidad médica se la debe hacer con cautela ya que se debe velar por el derecho del paciente pero también el derecho del médico, por lo cual dicho juicio de reproche debe nacer de tipos penales bien definidos.

La evolución de exigencias médicas no solo llevó a una actitud diferente en los pacientes y en la sociedad, sino también en los médicos. La profesión sanitaria se ha visto en la obligación, especialmente en países con sanciones más severas, de adoptar prácticas de una medicina defensiva.

Este fenómeno se caracteriza por pruebas excesivas, tratamientos o cirugías innecesarias, lo cual conlleva mayor tiempo de hospitalización y por tanto un aumento de gastos médicos. La medicina defensiva busca reducir el riesgo de una posible demanda judicial. Esta práctica puede ser positiva o negativa, por un lado otorga un mejor servicio al paciente sin embargo, su abuso puede llevar a gastos innecesarios.¹⁹

1.2. Concepto de mala práctica médica

La mala práctica puede darse en toda profesión, arte u oficio. Para conceptualizar la mala práctica profesional en el arte de la medicina es necesario entender qué es la

¹⁷ CHAIA, R., *Responsabilidad Penal Médica*”, editorial Hammurabi, Argentina, 2006, p.23

¹⁸ Cfr. GOMEZ RIVERO. M. *La responsabilidad penal del médico*, editorial tirant lo Blanch, 2da edición, Valencia, 2008,p. 19

¹⁹ Cfr. CHAIA, R., *Responsabilidad Penal Médica*”, editorial Hammurabi, Argentina, 2006, p.38-40

actividad médica. El acto médico según Martínez Calcerrada es “*la prestación o actividad del médico que persigue, conforme a la técnica o arte correspondiente – la llamada lex artis adhoc-, en un efecto terapéutico o de curación de un enfermo o más genéricamente la promoción de la salud.*”²⁰

Esta definición introduce el requisito de los médicos de adecuarse a la lex artis o ley del arte y coloca como finalidad de la actividad el tratamiento, la curación y promoción de la salud. Cabe recalcar que para aceptar la promoción de la salud como finalidad, esta debe entenderse dentro del contexto señalado anteriormente, ya que si lo tomamos como lo establece la Organización Mundial de la Salud, sería un estado totalmente quimérico.

Para el tratadista Luzón “*el ejercicio de la medicina constituye [una] actividad curativa de nobles empeños y fuente de innumerables beneficios para la humanidad; pero, al mismo tiempo por implicar un riesgo constante de salud o enfermedad, de vida o de muerte, lleva consigo un peligro racional de eventos lesivos*”²¹ Luzón hace hincapié en la beneficencia de la profesión lo cual justificó por mucho tiempo su inmunidad ante cualquier responsabilidad; sin embargo recalca la posibilidad de eventos lesivos, elemento para que exista responsabilidad profesional.

Para el autor Rubén A. Chaia la práctica médica consiste en:

Uno o más actos llevados a cabo por un profesional de la medicina- con título habilitante y autorización para actuar- practicados de acuerdo con las técnicas que por su consenso general resulten adecuadas al caso concreto y que tengan por finalidad asegurar o restaurar la salud de una persona enferma, cuya vida e integridad física esté afectada, incluso llevarle alivio a quien lo necesite o, por el contrario, que sin necesitarlo, por su propia voluntad quiera someterse a un tratamiento estético o reparador aunque no tenga concreta y específicamente propósitos curativos.²²

El tratadista recalca el hecho que el médico debe tener un título habilitante que autoriza su actuación. Este requisito es primordial porque demuestra la pericia del profesional para actuar y presupone de hecho que el médico no puede recaer en

²⁰ LOMBANA J. *Derecho penal & responsabilidad médica*, biblioteca jurídica diké, Bogotá, 2010, p. 53

²¹ Manuel Luzón Domingo en PEREDA MARTINEZ – PAREDA J. *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, editorial Colex, Madrid, 1990

²² CHAIA, R., *Responsabilidad Penal Médica*”, editorial Hammurabi, Argentina, 2006, p.56

impericia en su actuación. Reitera la actuación acorde a las técnicas de consenso general o *lex artis*, como se tratará posteriormente. Incorpora el tratamiento estético, actividad y finalidad que no estaba contemplada en las definiciones anteriores.

Martínez Calcerrada establece que como elementos del acto médico lo siguiente:

La profesionalidad del acto representada por la intervención de un médico titulado; su ejecución regular o típica, es decir, de acuerdo a las reglas de la *lex artis*; el objeto sobre el cual recae, en este caso el cuerpo humano; su finalidad directa que es la curación e indirecta que es el bienestar del afectado o la salud pública; y por último, su licitud, la cual viene condicionada por la legitimidad de su autor, la licitud de la finalidad que persigue, su realización con consentimiento del paciente y su ajuste general a la legalidad.²³

El primero elemento referente al título es primordial ya que si la persona realiza actividades médicas sin serlo no podrá ser imputado de mala práctica médica; sin embargo si un médico titulado actúa fuera de su especialización si podría catalogarse como mala práctica. El segundo elemento recalca la necesidad de actuar acorde a la *lex artis*. El tercer elemento referente al objeto siendo la persona, se debe insistir que la cosificación del paciente ha sido superada y actualmente se debe considerar a la relación médico paciente de forma horizontal teniendo en cuenta que el paciente es sujeto de derechos.

La finalidad directa que menciona el tratadista ampliaría el espectro de demandas ya que si el profesional no logra curar al paciente se entendería que no ha cumplido su objetivo, por lo tanto se debe considerar que la finalidad directa de la actividad médica es el tratamiento de enfermedades buscando curar al paciente. La finalidad indirecta de la actividad médica justificaría los tratamientos estéticos. Además, entramos en un ámbito de la actividad médica en el cual la integridad física o la vida del paciente no se encuentran en peligro inminente y es el profesional quien crea o incrementa este riesgo.

Por último el autor menciona la licitud del acto; empero al analizar la mala práctica es primordial primero analizar la legalidad del acto. Por ejemplo, en nuestro país el aborto por regla general es ilegal y es un delito particular contemplado el Código

²³ Cfr. LOMBANA J. *Derecho penal & responsabilidad médica*, biblioteca jurídica diké, Bogotá, 2010, p. 53-54

Orgánico Integral Penal. Es decir, si el médico busca provocar el aborto en una mujer embarazada el acto sería ilegítimo y por tanto no entraría en homicidio culposo por mala práctica profesional sino bajo el tipo contemplado en el artículo 147 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal. Solo aplicaría el análisis de homicidio culposo por mala práctica profesional en el caso de darse la muerte de la madre y estar dentro de los requisitos establecidos en el artículo 150 del cuerpo legal mencionado.²⁴

Considerando lo anterior, para que exista mala práctica médica, se deben cumplir todos los elementos descritos salvo la *lex artis*. Es este incumplimiento el primer requisito para que se configure la mala práctica médica.

El tratadista Ruiz Orejuela menciona que *“la mala práctica médica la podríamos definir como una situación de impericia, negligencia, descuido o indolencia profesional, en donde el galeno produce, con su conducta terapéutica o asistencial, un resultado que no previó, que no anticipó y que, sin embargo, era anticipable, representable y objetivamente previsible.”*²⁵ La definición muestra un elemento subjetivo culposo por parte del médico y además agrega características al resultado de dicha actuación sin embargo no establece un mecanismo para calificar la actuación como negligente. El autor reitera que el resultado debía ser previsible y anticipable.

De acuerdo a Juan H. Sproviero, *“la mala praxis debe ser consecuencia de una actitud manifiestamente reñida con las reglas de la lex artis,”*²⁶ El tratadista no establece un elemento subjetivo a la actuación pero sí indica bajo qué criterio se debe juzgar la actuación: la *lex artis*. Adicionalmente al usar el término “manifiestamente” podemos entender que los indicios y posterior pruebas deben ser inequívocos juzgados objetivamente.

²⁴ Artículo 150.- Aborto no punible.- El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.
2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.

²⁵ RUIZ OREJUELA, *Responsabilidad médica* En: LOMBANA J. *Derecho penal & responsabilidad médica*, biblioteca jurídica diké, Bogotá, 2010 p. 131

²⁶ SPROVIERO J. *Mala Praxis-Protección jurídica del médico*, abeledoperrot, Buenos Aires, 1994, p. 265

La responsabilidad médica se da en los casos en el que un galeno es el causante de un daño, dentro del ejercicio de su profesión, y se debe a un incumplimiento, desobediencia o desconocimiento de la *lex artis* médica.²⁷ La jurisprudencia española ha establecido que la responsabilidad médica ha de ser alegada cuando “*en el tratamiento médico, terapéutico o quirúrgico se incidan en conductas descuidadas, que olvidando la Lex Artis, provoquen resultados lesivos [...]*”²⁸

En virtud de las anteriores consideraciones y definiciones podemos conceptualizar a la mala práctica médica como aquel acto culposo realizado por un médico debidamente acreditado, dentro de la relación con su paciente cuya finalidad, directa o indirectamente, se encuentre amparada por la ley, pero que no se ha realizado acorde a la *lex artis* y por tanto ha provocado un resultado lesivo en el paciente. El hecho, resultado y nexo deberán ser objetivamente comprobables y considerando el caso en particular.

La responsabilidad médica nace cuando “*el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión de cuidado exigible, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad que olvidando la lex artis conduzcan a resultados lesivos.*”²⁹ Es necesario siempre analizar cada hecho de forma individual.

Debemos considerar que el delito por mala práctica médica no busca tipificar el error en el ejercicio de la medicina puesto que la ciencia es inexacta. “*El quid está en la valoración de la cantidad de error, el quantum de su inexcusabilidad, que es precisamente lo que da lugar al reproche, cuya valoración entra en el ámbito de lo judicial[...]*lo decisivo para el derecho no es el error científico en sí, sino la causa

²⁷ Cfr. LOMBANA J. *Derecho penal & responsabilidad médica*, biblioteca jurídica diké, Bogotá, 2010, p. 247

²⁸ MARTINEZ – PAREDA J. *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, editorial Colex, Madrid, 1990, p.51

²⁹ MARTINEZ – PAREDA J. *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, editorial Colex, Madrid, 1990 p. 77

humana del error.”³⁰ Por lo tanto, la simple violación de una norma, por acción u omisión, de la *lex artis* no conllevaría una responsabilidad del profesional médico.

Ruben A. Chaia manifiesta que “*la acción será considerada delictiva si el facultativo viola el deber de cuidado que el caso impone, aumentando el riesgo más allá de lo que la comunidad jurídicamente organizada, de conformidad a las pautas objetivables previamente establecidas, puede tolerar.*”³¹ La sociedad ha establecido ciertos riesgos permitidos con un nivel de tolerancia para aquello. Por ejemplo el almacenamiento de explosivos es permitido aunque evidentemente es un riesgo para la sociedad, esta actuación es tolerable siempre y cuando se la realice bajo los parámetros establecidos por la ley y cumpliendo ante las autoridades respectivas los cuidados necesarios. En la profesión médica sucede lo mismo.

La sociedad debe aceptar que existe un riesgo innato en la profesión médica y una inexactitud en el posible resultado. Este riesgo es permitido y el resultado es aceptable siempre y cuando se realice de conformidad con las normas de la profesión, es aquí en donde entra a colación la *lex artis*. El tratadista Rubén A. Chaia establece que:

[E]l deber de cuidado les impone a los médicos, en cada caso, extremar el deber de prudencia con la complejidad, efectuando una correcta evaluación de los riesgos que pudieran pesar sobre el paciente al ser sometido a prácticas, seleccionando cuidadosamente para este fin la tecnología y los recursos terapéuticos más adecuados a la dolencia³²

En otras palabras el deber de cuidado exige a los médicos prever los posibles riesgos, aplicando el procedimiento adecuado para cada caso. Está la posibilidad que para una misma dolencia existan varios tratamientos por lo cual el médico entra en un rango de flexibilidad al momento de decidir; sin embargo, esta flexibilidad deberá enmarcarse a lo racionalmente aceptado.

Al ser la medicina una ciencia evolutiva y en desarrollo el médico tiene la posibilidad de utilizar un tratamiento experimental o nuevo ante una dolencia, lo cual no significa que haya actuado sin acatar su deber de cuidado. Es preciso analizar el

³⁰ Ibid. p.50

³¹ CHAIA, R., *Responsabilidad Penal Médica*”, editorial Hammurabi, Argentina, 2006 p.49

³² Ibid. p.92

nivel de riesgo en el que se encuentra el paciente. La responsabilidad recae cuando aquella violación del deber de cuidado ha incrementado el riesgo permitido y producto de ello se ha producido un resultado lesivo en el individuo.

[E]l deber de cuidado ha de ser establecido primero y medido después en función de todas las circunstancias concurrentes, entre ellas la clase de actividad sobre la que se realiza el juicio de reprochabilidad, el riesgo o riesgos que comporta para las personas o las cosas, especialidad técnica o científica que para su ejercicio se necesita, etc. Se hace con frecuencia relación a la *lex artis*, como modelo de cumplimiento ordinario o regular y a la impericia como capacidad técnica para el ejercicio de la profesión o arte de que se trate, lo que incluye el diagnóstico gravemente equivocado, la omisión de determinadas cautelas facultativas o la defectuosa ejecución de un acto.³³

Es necesario recordar que el derecho penal tiene como principio la inocencia de las personas y por tanto los médicos deben ser analizados bajo esta premisa. En otras palabras, la sola producción de una lesión o muerte del paciente no es prueba suficiente para imputar de responsable a un médico ni tampoco la simple enunciación de una norma de la *lex artis* que se haya omitido.

Se estableció que para que haya responsabilidad debe existir un hecho que haya violado las normas del debido cuidado, un resultado lesivo producto de un incremento de riesgo de la actividad y un nexo causal entre ambos elementos. Por lo tanto, la denuncia o demanda por mala praxis sería improcedente si no existe el nexo causal, mismo que debe ser probado objetivamente.

Según Lombana existen exclusiones a la responsabilidad penal por mala praxis médica. El tratadista lo categoriza dentro del error penal y señala que existen dos excusas: error de consentimiento y el error sobre el límite al estado de necesidad. El error de consentimiento puede atacar la tipicidad o la antijuricidad del acto.

Si el resultado es positivo la conducta es atípica y si el resultado es negativo el error de consentimiento servirá como causa de justificación siempre y cuando el error de consentimiento fuese invencible, pero si el error era vencible la acto sería imputable.³⁴

³³ MARTINEZ – PAREDA J. *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, editorial Colex, Madrid, 1990, p. 179-180

³⁴ LOMBANA J. *Derecho penal & responsabilidad médica*, biblioteca jurídica diké, Bogotá, 2010 p. 297

ERROR DE CONSENTIMIENTO		
	Vencible	Invencible
Resultado positivo	Atípico	Atípico
Resultado negativo	Imputable	Causa de justificación

El estado de necesidad es una causa de justificación en donde existe una “*situación de peligro para un bien jurídico que solo puede salvarse mediante la lesión de otro bien jurídico*”³⁵. El médico puede caer en un error en cuanto al estado de necesidad; es decir una valoración incorrecta del peligro del bien jurídico. Esta valoración incorrecta no se debe a una errónea interpretación de los hechos sino de una falta de tiempo, debido al peligro inminente, para realizar mayores exámenes o valoraciones.

La jurisprudencia española ha establecido que “*si las deficiencias del material o instrumental médico existente no son imputables al facultativo, no debe reputarse la impudencia de éste*”³⁶ Esta premisa tiene gran relevancia en la prestación de la salud pública puesto que debido a la gran cantidad de demanda y la falta de recursos humanos o suministros se puede ocasionar resultados lesivos en los pacientes pero que no acarrearían responsabilidad penal.

En virtud de lo anterior es necesario ver cada caso en particular. Por ejemplo si es un tratamiento que se pudo planificar, el médico debió abstenerse del tratamiento del paciente si no contaba con los equipos o instrumental necesario. Pero, si es una emergencia el médico no deberá ser responsable por la falta de equipos o materiales, lo cual es muy evidente en el caso de médicos rurales.

Como se mencionó, la mala práctica médica debe ser probada y objetivamente analizada a través de testimonios, documentos e informes periciales. El testimonio de familiares o de la víctima en el caso de lesiones ayuda al órgano jurisdiccional entender la situación previa a la intervención médica. El testimonio de los médicos que conformaron el equipo de intervención o que se encontraban de turno ayuda a entender el estado de la paciente.

³⁵ ALBÁN GÓMEZ GUILLERMO, “Manual de Derecho Penal Ecuatoriano”, ediciones legales, 1era edición, Quito p 172

³⁶ Tribunal Supremo Sala De Lo Penal, Madrid, España, Sentencia 12 De Marzo 1990 No. 858

Es necesario que se presente el título del profesional, ya que este elemento es primordial para considerar una mala práctica profesional y que el acto se dio en ejercicio del mismo. La historia clínica es un elemento de prueba puesto que en ella podemos encontrar diagnósticos, pronósticos, tratamientos, padecimientos, tratamiento y evolución del paciente y la enfermedad. Lombana define a la historia clínica como:

[U]n documento elaborado por medio digital, electrónico, mecánico, manuscrito u otras formas equivalente, que tenga la capacidad de dar plenas garantías de autenticidad, suscrito por un centro de salud o por un médico; en el cual se encuentran descritos todos los padecimiento y condiciones psicofísicas del paciente, así como sus antecedentes, contraindicaciones, tratamientos y medicamentos ordenados, así como el médico tratante, y el lugar, fecha y hora de la consulta, en una forma que debe ser clara y legible³⁷

Por tanto, mediante este documento se puede tener un indicio a una posible desobediencia al deber objetivo de cuidado.

Por último el medio probatorio por excelencia en la mala práctica médica será el informe pericial. Este informe deberá tener como objetivo establecer el daño en el paciente, la causa de dicho daño y el nexo del mismo. El peritaje deberá realizarse teniendo en consideración las circunstancias en la que se dio el acto y para analizar la actuación se deberá tener como premisa el actuar de un médico promedio.

Presentadas y practicadas estas pruebas, queda en las manos del órgano jurisdiccional analizar todos los elementos presentados en su conjunto y establecer si la actuación se adecua al tipo. El acto de juzgar recae en la sana crítica, es decir una hermenéutica basada en un proceso lógico que deriva de los hechos, pruebas, alegatos y normas que gracias a su experiencia, conocimiento e intuición puede dar una resolución fundada.³⁸

³⁷ LOMBANA J. *Derecho penal & responsabilidad médica*, biblioteca jurídica diké, Bogotá, 2010 p 315

³⁸ Cfr. ARAUJO, P. *El derecho como ciencia*, Corporación de estudios y publicaciones, Quito, 2010, p. 47

1.3. Mala práctica médica en el Ecuador

La mala práctica profesional hasta el 10 de agosto de 2014 no tenía un tipo penal en la legislación ecuatoriana. El Ecuador reconoció la *“inobservancia de su deber de adoptar disposiciones de derecho interno, contenida en el artículo 2 de la Convención, al no incorporar un tipo penal más adecuado para sancionar a los médicos que incurrir en debida práctica”*³⁹ en el caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La demanda se basó en la violación de los derechos de las víctimas al momento de aclarar la muerte de Laura Albán, en el Hospital Metropolitano de Quito en diciembre de 1987. La sentencia de la Corte Superior de Pichincha, de fecha 13 de diciembre de 1999, estableció la responsabilidad de los procesados pero declaró prescrita la acción y por tanto dejó en la impunidad el hecho.

La Corte Interamericana de Derecho Humanos falló en el 2007 en contra del Estado ecuatoriano estableciendo indemnización por daños a los familiares de la víctima y disponiendo que el Ecuador realice una difusión de los derechos de los paciente así como también capacitaciones a los operadores de justicia y profesionales de la salud sobre la normativa para precautelar los derechos de los paciente.⁴⁰ La supervisión del cumplimiento de la sentencia la realiza la Corte Interamericana de Derecho Humanos y con fecha 5 de febrero de 2013 resolvió que se mantiene abierta la supervisión en cuanto a la difusión de los derechos de los pacientes y la formación y capacitación de los operadores de justicia y profesionales de la salud.⁴¹

En el año 2008 entró en vigencia la actual Constitución de la República del Ecuador la misma que en su artículo 54 establece que: *“Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquellas que pongan en riesgo la integridad o la vida de las personas”*⁴² La

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2007, Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. punto 11

⁴⁰ Ibid. Cfr.

⁴¹ Id.

⁴² Constitución del Ecuador, R.O. 449, de 20 de octubre de 2008. Art. 54

responsabilidad por mala práctica profesional, no solo médica, fue consagrada en la actual Constitución lo cual obligó el cambio en el ordenamiento jurídico del Ecuador.

En el ámbito penal en las reformas del año 2010 no hubo una incorporación en cuanto a la mala práctica profesional. En el año 2011 se presentó el proyecto de ley reformativa al Código Penal para la tipificación de los delitos de mala práctica y falta de atención médica,⁴³ propuesta que definió la conducta de la siguiente manera:

Constituyen Mala Práctica Médica las acciones u omisiones que pudiendo y debiendo ser previstas pero no queridas por los profesionales de la salud que provoquen la muerte de una persona, incapacidad física permanente para el trabajo por la mutilación inutilización de un órgano principal o el contagio de una enfermedad incurable o catastrófica u otro daño por negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de procedimientos, protocolos médicos y de seguridad para la salud durante el tratamiento preventivo, intervención y rehabilitación médica⁴⁴.

De la definición podemos resaltar que estableció que el tipo puede tener como acto una acción u omisión y tiene como sujeto activo al profesional de la salud. El objeto jurídico del tipo es la vida y la integridad física. El núcleo del delito es provoque la muerte de una persona y la incapacidad permanente para el trabajo. El tipo incluso establece los medios para el cometimiento del tipo y tiene como elemento subjetivo la culpa.

En octubre de 2011 se presenta en la Asamblea Nacional del Ecuador el proyecto de Código Orgánico Integral Penal impulsado por el presidente Rafael Correa. La propuesta definió a la mala práctica médica en su artículo 198. Debido a que la propuesta refirió cambios no se tratará a detalle el primero borrador, sin embargo para entender la evolución de la norma cabe mencionar ciertos aspectos: El artículo consistía de cuatro párrafos, estableciendo dos tipos penales para la mala práctica profesional y dos tipos agravados del primero; todos los tipos tienen como sujeto activo al profesional médico; el bien jurídico material que protegían era el derecho a la salud,

⁴³ El presente proyecto fue presentado ante la Asamblea Nacional el 26 de octubre de 2011.

⁴⁴ Proyecto de ley reformativa al código penal para la tipificación de los delitos de mala práctica y falta de atención médica, 26 de octubre de 2011, artículo innumerado primero

lo cual significó un tipo demasiado amplio; y, la pena podía ser de seis meses hasta once años dependiendo la gravedad.⁴⁵

El delito por mala práctica profesional entra en vigencia el diez de agosto de dos mil catorce con el Código Orgánico Integral Penal. Hasta esa fecha los delitos de mala práctica médica debían ser subsumidos en otras figuras delictivas, como se analizarán en los siguientes casos.

0820-2009⁴⁶

La acusada presentó un recurso de revisión ante la Corte Nacional por la sentencia condenatoria por homicidio inintencional, aplicando una pena de setenta días. La víctima acudió a extraerse una pieza dental de la recurrente empero al momento de la intervención la pieza cayó dentro de la boca de la víctima quien la ingirió. La doctora no extrajo la pieza y envió al paciente a su casa recetándole glicerina para que ayude a que la pieza sea tragada. El paciente falleció el mismo día por obstrucción de vías respiratorias. La sentencia rechaza el recurso interpuesto y establece que se incumplió el deber de cuidado cuando la doctora no extrajo la pieza teniendo en cuenta que era un niño de cinco años. La sentencia, citando al autor Peña Cabrera, establece que para calificar a un delito como culposo *“es que la conducta haya inobservado una norma de cuidado, y que esta a su vez haya generado un riesgo jurídicamente desaprobado con aptitud de lesión al bien jurídico protegido”*⁴⁷

⁴⁵ Artículo 198.- Mala práctica médica.- El profesional de la salud que, de forma culposa, provocare daños en la salud de las personas será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años e inhabilitación para el ejercicio profesional por dos años adicionales al de la pena impuesta. Si el profesional no observare los protocolos médicos, será sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a un año e inhabilitación para el ejercicio profesional por seis meses, y si producto de esta inobservancia se produce la muerte del paciente la pena privativa de libertad será de siete a once años. Si se produce la muerte del paciente, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a once e inhabilitación de por vida para el ejercicio profesional. El profesional de la salud que prescriba o suministre estupefacientes fuera de los casos que indica la dosis terapéutica o notoriamente mayores de las necesarias, que provoquen daño en la salud será sancionado con pena privativa de libertad de tres a seis meses e inhabilitación para el ejercicio profesional por seis meses.

⁴⁶ Sala de lo Penal, Penal militar Penal Policial y tránsito, 3 de febrero de 2014, juicio no. 820-2009 por homicidio inintencional

⁴⁷ Sala de lo Penal, Penal militar Penal Policial y tránsito, 3 de febrero de 2014, juicio no. 820-2009 por homicidio inintencional

0793-2011⁴⁸

La víctima fue internada por una operación por dos hernias discales y debido a un shock hipovolémico se realizó una segunda intervención. *“La causa de la muerte fue por hemorragia aguda interna, laceración de arteria aorta abdominal, arteria iliaca primitiva derecha, vena cava inferior, estableciendo un manera de muerte, desde el punto de vista médico legal como violenta”⁴⁹* El llamamiento a juicio se hizo en contra del médico tratante de la primera cirugía y en contra del médico que fue llamado a la segunda intervención.

En la resolución de primera instancia, una vez practicada todas las pruebas, el tribunal declara como culpable al médico tratante por haber sido el causante de las laceraciones en las arterias, imponiendo una pena de ocho días. El médico que ingresó a la segunda intervención se le ratificó su inocencia. La ratio decidendi de la resolución recae en que el médico tratante *“debía tutelar bajo cualquier concepto el bien jurídico protegido, al tener conocimiento de que la operación era de alto riesgo, por lo que debió prever e ingresar con un doctor vascular al quirófano, aunque la literatura médica sostenga lo contrario.”⁵⁰*

La Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al resolver la apelación presentada en el caso, reforma la sentencia imponiendo una pena de 60 días al médico tratante. La sala establece que el médico inobservó el debido cuidado y en su ratio decidendi establece que el médico tiene posición de garante, que los riesgos deben ser tomados de forme preventiva y diligente, que incluso se debe hablar de una doble medida de cuidado; y, que el resultado sea previsible.⁵¹

Con fecha 5 de junio de 2012 la Corte Nacional de Justicia al resolver el recurso de casación presentado declaró improcedente el recurso ejecutando la sentencia de la

⁴⁸ Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, 5 de junio del 2012, juicio no. 0793-2011 por homicidio inintencional

⁴⁹ Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, 12 de agosto de 2010, juicio número 75-2010 por homicidio inintencional

⁵⁰ Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, 12 de agosto de 2010, juicio número 75-2010 por homicidio inintencional

⁵¹ Cfr. Sala de lo penal de la Corte Provincial de Pichincha 8 de febrero de 2011, 837-2010

Corte Provincial. La Sala en su análisis de la mala práctica toma en consideración la siguiente definición de *lex artis*:

La *lex artis* la constituyen los criterios a partir de los cuales, se debe regir un facultativo médico, considerándose como mala praxis médica, los casos en los que la actuación del facultativo no se encuentre entre los mismos. La *lex artis* es definida por los propios facultativos médicos, las universidades, los colegios de médicos, academias y sociedades científicas que aportan su conocimiento de la ciencia de la medicina y van estableciendo unas pautas y protocolos a seguir.

La *lex artis* se refiere al cómo del tratamiento, al procedimiento o método que se ha de seguir. La realización de una intervención se ajustará a la técnica correcta y será conforme, por tanto, a la *lex artis* cuando no sea contraria a la técnica establecida por la indicación ni a cuidado debido.⁵²

La sentencia establece que existen riesgos usuales, esperados y poco usuales o no esperados; que la firma del consentimiento no exime al médico de responsabilidad; que el error en la práctica médica puede ser por simple ignorancia o por ignorancia atrevida; que para un delito culposo lo que interesa es que se haya violado un deber de cuidado y que esta inobservancia genere un resultado lesivo. Adicionalmente, cita la definición del Profesor J. Jornet sobre negligencia profesional⁵³

1127-2012⁵⁴

La sentencia de fecha 20 de agosto de 2013 dictada por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador dentro del proceso número 1127-2012 por homicidio inintencional, declaró inocente a los procesados pero estableció ciertos criterios para la mala práctica médica. En el año 2010 un niño ingresó a la Clínica Paucarbamba de Cuenca para una cirugía ambulatoria. Posterior a la intervención el niño fue enviado al cuarto de recuperación donde el niño se puso morado y los médicos debieron intervenir nuevamente. El niño falleció por una supuesta mala práctica médica. El fiscal formuló

⁵² Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, 5 de junio del 2012, juicio no. 0793-2011 por homicidio inintencional

⁵³ Desde el punto de vista jurídico se entiende que ha existido negligencia profesional, y por lo tanto deben pedirse responsabilidades, cuando el acto médico ha sido realizado bajo el concepto de mal praxis. Este término se refiere a aquellas circunstancias en las que los resultados del tratamiento han originado un perjuicio al enfermo, siempre y cuando estos resultados sean diferentes de los que hubieran conseguido la mayoría de profesionales en las mismas circunstancias.

⁵⁴ Corte Nacional De Justicia, Sala De Lo Penal, Penal Militar, Penal Policial Y Transito, 30 de agosto de 2013, juicio n. 1127-2012 por homicidio inintencional.

cargos ante el anestesiólogo por el delito de homicidio inintencional tipificado en el artículo 459 del Código Penal.

En primera instancia se declaró la inocencia, pero la sentencia fue declarada nula y se declaró como culpable al galeno por el delito tipificado en el 459 imponiendo una pena de 8 días de prisión, multa de 6 dólares y daños y perjuicios por un monto de 146.688,00 dólares de los Estados Unidos de América. La sentencia fue apelada y en el fallo de la Corte Provincial de Azuay se declaró la inocencia del médico.

La fiscalía en el recurso interpuesto argumentó que en la historia clínica no se encontró el consentimiento, que el niño posterior a la intervención fue llevado en brazos de la enfermera y no en camilla, que en la sala de recuperación no existen los aparatos para dar respiración asistida, que se encuentra justificados los tres requisitos para los delitos imprudentes: 1. Violación de derecho objetivo de cuidado 2. Resultado lesivo 3. Relación de causalidad.

La defensa en su réplica explicó que aunque la causa de la muerte (paro cardio respiratorio por hipertemia maligna) pudo ser producto de la anestesia esta fue aplicada correctamente y muestra de ello fue que el paciente salió del quirófano sin complicaciones, que la madre del niño fue quien retiró la máscara de oxígeno que estaba usando, que siempre existe el riesgo pero es el permitido por la práctica médica, que el único medicamento para tratar la reacción del anestésico se llama Dantrolene y no existe en el Ecuador, que no existe procedimiento que puede establecer los posibles reacciones a los anestésicos y por ello es un proceso por descarte.

En la resolución de casación la Sala de lo Penal de la Corte Nacional estableció que la Corte Provincial no ha violado ninguna norma y por tanto se rechaza el recurso presentado por la fiscalía. De la resolución cabe destacar que aunque la causa de la muerte fue una reacción directa de la anestesia que se colocó, el resultado no podría ser previsto ni evitado. La previsibilidad no existía ya que no hay un procedimiento para establecer posibles reacciones al medicamento. Al no existir Dantrolene en el Ecuador tampoco era evitable el resultado. La Ratio Decidendi recae en que esta imposibilidad para prever y evitar un resultado descarta la mala práctica médica.

1123-2014

Con fecha 12 de junio de 2014 el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha resolvió el caso 0079-2010. La paciente ingresó al hospital a recibir un tratamiento preventivo puesto que presentaba un cuadro alérgico. La paciente no podía ingerir mariscos y en la dieta de ese día le pasaron pescado por lo cual presentó una irritación en la piel y una leve deficiencia respiratoria. El médico residente, después de llamar al médico tratante, procede a ordenar a la enfermera de piso el suministro de adrenalina racémica vía intravenosa⁵⁵, aunque esto es contraproducente debido a su concentración, inmediatamente posterior al suministro del medicamento la paciente falleció.

El Tribunal al analizar las pruebas establece que las actuaciones de las doctoras no se subsumía al homicidio inintencional sino al homicidio preterintencional, delito tipificado en el artículo 456 del código vigente a esa época, puesto que cumple con los requisitos establecido por la jurisprudencia de la ex Corte Suprema de Justicia.⁵⁶ La sentencia establece que en este caso, al demostrarse el conocimiento del mecanismo de suministro del medicamento y la contraindicación en cuanto a ser inyectada, los doctores han actuado con dolo inicial al cual ha sucedido una responsabilidad culposa. La pena impuesta fue de tres años de reclusión menor.

Con fecha 4 de agosto de 2014 la Corte Provincial de Pichincha resuelve el recurso de apelación y nulidad presentado en el caso anteriormente descrito. La Sala de lo Penal descarta el tipo preterintencional y encuadra la actuación en un elemento subjetivo doloso puesto que los doctores provocaron un riesgo innecesario al suministrar un medicamento a sabiendas de que no era ni el producto, ni la dosis, ni la vía adecuada. El comportamiento según órgano jurisdiccional se adecua al dolo indirecto y por tanto el tipo correcto es el homicidio simple. La sentencia declara culpables de homicidio simple imponiendo una pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria para la doctora residente y 4 años para la enfermera.

⁵⁵ La adrenalina racémica debe ser suministrada por inhalación oral exclusivamente

⁵⁶ Gaceta Judicial de 8 de marzo de 1976, año LXXVI, Serie XII No. 11 pág. 2282: a) que la intención del agente se dirija a causar lesiones a la persona como consecuencia de ellas resultó muerta; b) que no haya querido ese resultado; y c) Que tampoco hubiera podido preverla.

En cuanto a la última sentencia considero que el subsumir la actuación en el delito de homicidio por dolo indirecto no considero adecuado. El Código Penal vigente a esa época establecía como elemento subjetivo el dolo (intencional y preterintencional) y culposo. Por tanto, no se contempla el dolo indirecto en dicho Código.

De las sentencias citadas se puede destacar lo siguiente:

- Al no existir un tipo por mala praxis se debió subsumir en otros tipos legales;
- El médico debió inobservar una norma de cuidado. Las normas de cuidado se incorporan a la *lex artis*;
- Debe existir un resultado lesivo previsible y evitable,
- El médico ejerce la posición de garante

El 10 de agosto de 2014 entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal (COIP), el cual cambió el artículo inicial de mala práctica médica por mala práctica profesional. El Código concuerda de mejor manera con el artículo 54 de la Constitución al incorporar toda profesión. El tipo se encuentra en el artículo 146 del cuerpo legal.

Artículo 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional.- *La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.*

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

Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

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

- 1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.*
- 2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.*
- 3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.*
- 4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.⁵⁷*

En cuanto a los elementos del tipo, el sujeto activo es un profesional y por tanto es un delito propio. El núcleo del tipo es ocasione la muerte y el medio es infringiendo el deber objetivo de cuidado. El objeto jurídico del tipo es la vida. El título del artículo establece que el elemento subjetivo es culposo. El COIP establece que la culpa “*se da*

⁵⁷ CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL R.O. Suplemento 180, 10 de febrero de 2014

cuando se infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso”⁵⁸. La pena que se establece para este delito es de uno a tres años.

El tipo recoge el deber objetivo de cuidado que la doctrina ha establecido como elemento necesario. El mismo artículo define los parámetros para definir la infracción al deber objetivo de cuidado, sin embargo a mi criterio el único numeral que lo hace es el segundo, puesto que ahí se menciona la *lex artis*. Los demás numerales son inherentes a la mala práctica médica.

La doctrina ya ha establecido que la mera muerte del paciente no constituye mala práctica. El nexo entre el hecho y el resultado debe ser directo, la doctrina incluso ha establecido que este es un motivo de exclusión a la denuncia. La previsibilidad y evitabilidad del resultado no entra en el deber objetivo de cuidado sino en el principio de lesividad que debe tener la mala práctica médica.

El tipo por mala práctica profesional, para establecer la violación al deber objetivo de cuidado se remite a leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas y *lex artis*. Por tanto el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional se convierte en un tipo en blanco al remitirse a otras normas no penales para determinar su adecuación. Adicionalmente, se convierte en un tipo abierto ya que deja en manos de los operadores de justicia el determinar si en ese caso en particular la violación de la norma de cuidado es imputable y causante del resultado lesivo. Esto se debe a que el juez o tribunal deberá actuar bajo hipótesis y pronósticos para determinar si existe o no un nexo causal entre la norma omitida y el resultado lesivo producido.

El Código Orgánico Integral Penal ha incorporado a la *lex artis* como elemento para infringir el deber objetivo de cuidado y con lo cual se establece un elemento base para establecer la responsabilidad penal del médico. Sin embargo, es preciso establecer qué comprende la *Lex Artis*.

⁵⁸ Ibid. art. 27

El artículo 146 de homicidio culposo por mala práctica profesional incorpora los elementos de la doctrina: inobservancia del deber de cuidado, resultado lesivo previsible y evitabilidad y un nexo directo entre ambos elementos. Sin embargo estos mismos elementos son establecidos en el homicidio culposo. El artículo 145 establece: *“la persona que por culpa mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”*⁵⁹ y la definición de culpa en el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 26 establece que *“se da cuando se infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso.”*⁶⁰

En virtud de lo anterior la única diferencia entre ambos tipos es que el primero debe realizarse en ejercicio o práctica de la profesión. La negligencia, imprudencia e impericia que mencionaba el Código Penal derogado ya no se incorpora en la definición de culpa.

El artículo 146 establece el homicidio culposo por mala práctica profesional agravado el cual se aplicará cuando, adicional a la violación del deber objetivo de cuidado, la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.⁶¹ La pena que da en este caso es de tres a cinco años de privación de libertad. En virtud de lo anterior cabe mencionar que el homicidio culposo, tipificado en el artículo 145, establece que la persona que por culpa mate a otra será sancionada con privación de la libertad de tres a cinco años, es decir misma pena que el homicidio culposo por mala práctica profesional agravado.

En el tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional agravado se contemplan tres requisitos esenciales. La peligrosidad de la actividad médica es inminente, es decir no existe tratamiento quirúrgico o terapéutico que ponga en cierto peligro la salud de la persona, incluso los medicamentos establecen efectos secundarios a los pacientes.

⁵⁹ CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL R.O. Suplemento 180, 10 de febrero de 2014

⁶⁰ Ibid, art. 27

⁶¹ Esta aclaración fue realizada mediante resolución de la corte Nacional de justicia publicado en el Registro Oficial No. 246 de fecha 15 de mayo de 2014

Toda intervención en principio es necesaria para precautelar la salud del paciente o de cierta manera restablecerla. Este término incluso podría ser un mecanismo para disuadir a los médicos a recurrir a una medicina defensiva. Adicionalmente, las cirugías estéticas entrarían como innecesarias ya que no son requeridas para aliviar una dolencia del paciente. La necesidad debería hacer referencia a que si el tratamiento incrementa o no el riesgo del paciente o si existe un método alternativo.

Cabanellas define a legítimo como aquello que es legal o conforme a la ley. En este caso solo se consideraría ilegítimo si el profesional ha actuado sin tener un título de médico o si en uso de su profesión realiza intervenciones prohibidas, por ejemplo el aborto. Sin embargo, como ya se mencionó en capítulos anteriores la legitimidad es un elemento de la actividad médica y por tanto si este elemento no existe no habría actividad médica y por ende no se configuraría el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional.

En los casos en que el procedimiento se ilegítimo lo más prudente sería subsumir el delito en otro tipo penal. Por ejemplo en el caso del aborto sería en los tipos contemplados en los artículos 147 y siguientes. Por otro lado se podría ir por el delito de homicidio culposo, que como ya se analizó, posee la misma sanción penal.

En conclusión la legislación ecuatoriana ha incorporado el tipo por mala práctica profesional, pero aún existen vacíos especialmente al delimitar la *lex artis* y por tanto su deber objetivo de cuidado.

2. LEX ARTIS DEL MÉDICO-PRINCIPIOS

De las definiciones doctrinales, el análisis jurisprudencia y el tipo establecido en el Código Orgánico Integral Penal es necesario establecer la definición y alcance de la lex artis. Este análisis ayudará principalmente a delimitar el deber objetivo de cuidado y por tanto el alcance de la mala práctica médica.

*“La lex artis es el estricto acatamiento a disposiciones de orden médico, técnico y aun de aquellas reglas que, sin estar mencionadas expresamente, forman parte de la veterata consuetudo y que deben gravitar ostensiblemente como indicadores de la conducta médica”*⁶² La lex artis abarca disposiciones escritas y aquellas que, aunque no lo estén, forman parte de la costumbre tradicional y que sirven, como ya se mencionó, para establecer las obligaciones del médico. La lex artis no nació de un día para otro, es el continuo desarrollo por todos los profesionales que se dedican a esta noble profesión y conjuntamente quienes llegan a establecer protocolos y reglas para la correcta prestación del servicio.

La lex artis son las pautas mínimas de conducta que le son exigible⁶³. Por tanto, la lex artis no puede considerarse como una exageración al deber de cuidado puesto que llevaría a una persecución al profesional.

El tratadista Jaime Lombana en su libro de Derecho Penal y responsabilidad médica recoge la siguiente definición de lex artis: *“Para Molina Arrubla: la lex artis puede definirse como la serie de reglas que determinan el correcto modo de conducta profesional del médico frente a la corporeidad de su paciente, dentro del contexto de una determinada situación clínica y de acuerdo con los últimos avances de la ciencia médica.”*⁶⁴

Esta definición desarrolla la individualidad de la lex artis en cada situación, por tanto concretar los conocimientos al momento en particular. La segunda parte establece la obligación de preparación continua que deben tener los profesionales de la medicina.

⁶² SPROVIERO J. *Mala Praxis-Protección jurídica del médico*, abeledoperrot, Buenos Aires, 1994 p. 181

⁶³ GOMEZ RIVERO. M. *La responsabilidad penal del médico*, editorial tirant lo Blanch, 2da edición, Valencia, 2008 p. 330

⁶⁴ LOMBANA J. *Derecho penal & responsabilidad médica*, biblioteca jurídica diké, Bogotá, 2010 248

Además al mencionar “últimos avances” recalca el hecho que la medicina es una ciencia en continua evolución y desarrollo.

Debido a este dinamismo se habla de *lex artis ad hoc*, aquellas normas que se concretan en cada situación y que analiza la complejidad del acto. La *lex artis ad hoc* puede obtenerse por las actuaciones de otros profesionales en la misma situación, o del mismo médico en intervenciones anteriores. Martínez Calcerrada define a la *lex artis ad hoc* como:

[E]l criterio valorativo del acto médico ejecutado por el profesional de la medicina – ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos-estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida⁶⁵

La descripción citada agrega un elemento adicional que el juez debe analizar: factores endógenos. Esto tiene gran vinculación las teorías multicausales que se trato anteriormente al momento de establecer la causa de una enfermedad.

La jurisprudencia ecuatoriano ha utilizado la siguiente definición:

La *lex artis* es definida por los propios facultativos médicos, las universidades, los colegios de médicos, academias y sociedades científicas que aportan su conocimiento de la ciencia de la medicina y van estableciendo unas pautas y protocolos a seguir.

La *lex artis* se refiere al cómo del tratamiento, al procedimiento o método que se ha de seguir. La realización de una intervención se ajustar a la técnica correcta y será conforme, por tanto, a la *lex artis* cuando no sea contraria a la técnica establecida por la indicación ni a cuidado debido.⁶⁶

En virtud de lo anterior, se puede definir a la *lex artis* como las normas establecidas por quienes ejercen la medicina para la correcta aplicación de los tratamientos y procedimientos terapéuticos que deben ser consideradas en el caso concreto examinado por el juez. Estas definiciones llevan a creer que el órgano jurisdiccional a través de las pruebas presentadas tiene la potestad de establecer qué comprende la *lex artis ad hoc*; sin embargo existen consideraciones generales de la *lex artis* que deben ser estudiadas por el juez o tribunal.

⁶⁵ LOMBANA J. *Derecho penal & responsabilidad médica*, biblioteca jurídica diké, Bogotá, 2010 p.248

⁶⁶ Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, 5 de junio del 2012, juicio no. 0793-2011 por homicidio inintencional

2.1. Cualidades del profesional

El primer elemento que se debe tener en cuenta para la *lex artis* en cuanto a la mala práctica profesional son las cualidades del sujeto activo. El sujeto activo debe ser un profesional de la medicina legalmente acreditado por el Estado para poder ejercer la actividad. El artículo 194 de la Ley Orgánica de la Salud establece que: “*para ejercer como profesional de salud, se requiere haber obtenido título universitario de tercer nivel, conferido por una de las universidades establecidas y reconocidas legalmente en el país, o por una del exterior, revalidado y refrendado. En uno y otro caso debe estar registrado ante el CONESUP y por la autoridad sanitaria nacional.*”⁶⁷

La obtención del título acredita la pericia del personal médico, incluso se le obliga a realizar un año de prácticas en parroquias rurales o marginales.⁶⁸ Estos estudios generales del profesional de la medicina deben ser complementados con maestrías y posgrados. La especialización se debe al desarrollo de esta ciencia y la necesidad de profundizar en ciertos aspectos de la medicina.

El paciente acude al médico por la pericia que posee, convirtiéndole en idóneo para el tratamiento a efectuar. “*La impericia caracterizaría al hecho como ilícito y haría factible la acriminación culposa.*”⁶⁹ Empero, la simple falta de especialización no significa una responsabilidad penal. En ocasiones la pericia que posee el médico puede ocasionar que las expectativas por parte del paciente y sus familiares sean desmedidos. El juez deberá analizar si la impericia fue la causal para omitir una norma de cuidado.

El conocimiento que posee el profesional y que lo convierte en idóneo para tratar a un paciente tiene dos fuentes: la academia y el examen previo. El estudio que realiza el médico en la universidad y en su especialización lo acredita para tratar a pacientes. El examen previo es lo que ayuda al sujeto activo entender el riesgo de la intervención.

El médico debe realizar exámenes previos para conocer la condición del paciente antes de la intervención, debe revisar el pasado clínico del paciente, debe realizar una

⁶⁷ Ley Orgánica de Salud, R.O. Suplemento 423, de fecha 22 de diciembre de 2006, actualizado hasta el 24 de enero de 2012, art. 194

⁶⁸ *Ibíd.* Art. 197

⁶⁹ SPROVIERO J. *Mala Praxis-Protección jurídica del médico*, abeledoperrot, Buenos Aires, 1994 p.182

entrevista con el paciente para conocer su estado. El examen previo otorga conocimientos especiales al médico tratante que ayudará a minimizar o conocer el verdadero riesgo de su intervención.

La preparación académica y el examen previo establecen la idoneidad del profesional, en caso de no tener esta cualidad deberá consultar o remitir al paciente a otro profesional. “[E]l médico [que] emprende el acto médico en cuestión pese a no tener los conocimientos que le eran exigibles, el reproche que por ello se le formule incide de lleno en el ámbito de la infracción del deber de cuidado”⁷⁰. En ocasiones este examen previo por la urgencia del tratamiento no se puede hacer a satisfacción. En este caso la violación a este deber se entiende justificada en el estado de necesidad que presenta el paciente.

La capacidad de un profesional podemos establecerla en dos clases: la fáctica y la técnica. La primera corresponde al conocimiento que posee el médico promedio, es aquella capacidad mínima física y psíquica de un profesional de la salud. La capacidad técnica es una preparación adicional la cual da una especialización al sujeto activo lo cual lleva a mayor pericia en sus actos.⁷¹

Con tanta especialización y con la inevitable desigualdad de conocimiento en la ciencia médica es necesario establecer bajo qué conocimiento se debe establecer la pericia del profesional y por tanto ser sujeto a responsabilidad penal. Una primera teoría sugiere que se debe analizar las circunstancias personales del sujeto pero tomar en cuenta que él es parte de una colectividad, por lo cual se debe analizar los conocimientos de sus iguales. No podríamos analizar un médico recién graduado con un cirujano, pero si dos cirujanos. La idoneidad debe ser promedio es decir se debe analizar aquel conocimiento fáctico del sujeto activo.⁷²

Una segunda teoría establece que al momento de analizar la idoneidad del sujeto activo se debe comprobar si el sujeto considerado individualmente estaba en capacidad

⁷⁰ GOMEZ RIVERO. M. *La responsabilidad penal del médico*, editorial tirant lo Blanch, 2da edición, Valencia, 2008 p. 388

⁷¹ *Ibíd.* Cfr. p. 391

⁷² *Ibíd.* p. 383

de evitarlo. Por tanto se debe ir contra de una principio de igualdad al momento de juzgar a un médico. El deber de cuidado por tanto no depende del conocimiento promedio sino de una pericia individual.

La primera considera impericia del médico cuando actúa con conocimientos menores al promedio. La segunda teoría establece que el médico tenía la pericia adecuada pero tenía conocimientos adicionales y al no utilizar dicha información recae en impericia.

La jurisprudencia española establece “*que tampoco se incrimina la falta de extraordinaria pericia o cualificada especialización. Pero sí se debe sancionarse cuando la equivocación sea inexcusable o la incuria sobresaliente*”⁷³ La pericia que es exigible es la de un médico promedio. La especialización ayuda a que el riesgo disminuya lo cual favorece al paciente y al médico. Sin embargo, la jurisprudencia establece que si la equivocación es inexcusable o la incuria sobresaliente esta si tiene responsabilidad penal.

La medicina al estar en constante desarrollo el médico requiere un continuo estudio. Si el profesional sigue utilizando procedimientos o tratamientos que han sido mejorados o incluso desvirtuados, sí debería responder en caso de producirse la afectación a un bien jurídicamente protegido.

La falta de actualización de conocimiento solo debe ser relevante cuanto a raíz de esta omisión se ha dado un resultado lesivo en el paciente, mismo que pudo ser evitado si el sujeto activo hubiese realizado una actualización. Mir Puig señala que la “*incidencia en la norma de cuidado de la no actualización de las capacidades especiales sólo resulta relevante cuando el sujeto deja de usarlas conscientemente- aunque sin intención de causar el resultado lesivo-, no así cuando por circunstancias excepcionales no consigue, pese a pretenderlo, estar a la altura de sus capacidades*”⁷⁴

⁷³ MARTINEZ – PAREDA J. *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, editorial Colex, Madrid, 1990 p. 179

⁷⁴ GOMEZ RIVERO. M. *La responsabilidad penal del médico*, editorial tirant lo Blanch, 2da edición, Valencia, 2008 p. 395

En virtud de lo anterior, el médico y el personal de salud deben estar en continuo aprendizaje, en una actualización constante de conocimientos y consciente de sus capacidades. El hecho que el médico sea idóneo para ejercer la profesión es lo que hace al riesgo de la profesión médica permitida por la sociedad. Si no existe la idoneidad por parte del profesional no se puede tratar de un riesgo permitido, dejando el acto de ser atípico.

Dentro de la idoneidad del profesional debemos tratar la asepsia del sitio en el cual se realiza la intervención quirúrgica. El profesional debe estar consciente que el material que está utilizando es adecuado y esterilizado para evitar incrementar el riesgo del paciente de manera innecesaria. Este requisito establece que el cirujano al utilizar una sala de operaciones de un hospital, asume que el material utilizado ha sido tratado y es el apropiado; sin embargo si esto se desvirtúa se deberá responsabilizar a la persona que estaba a cargo de realizar esta función.

Con la evolución de la ciencia médica y de su especialización el paciente y la enfermedad ya no puede ser tratada por una sola persona. Es necesario que los pacientes sean intervenidos por un grupo de profesionales que hacen que el riesgo de tratamiento se disminuya.

En estos casos de trabajo en equipo se debe tener en cuenta dos temas principales: la autoridad y la relación de confianza. En el primer caso siempre debe existir una cabeza de equipo quien será el médico tratante y el encargado de analizar los integrantes que formar su equipo, por ejemplo contar con un anestesiólogo o de cualquier otro galeno especialista en el caso de agravarse el paciente. Sin embargo en ocasiones el médico tratante no tendrá una autoridad frente otro profesional sino que será una relación de igualdad en el cual ambos profesionales asumen que su compañero está realizando su actividad con la debida diligencia.

En este punto, es necesario analizar que debe existir confianza entre los profesionales. El médico cirujano no está en el deber de vigilar la cantidad o forma en la que se proporciona la anestesia al paciente. De igual manera, el médico confía en que su equipo realizó todos los preparativos necesarios para realizar su actividad de la

forma más diligente. Por ejemplo, el médico confía que el quirófano se encuentra esterilizado y por tanto no podrá ser responsable en el caso de que no se haya realizado ese protocolo. En este caso solo será responsable aquella persona encargada de esta actividad.

2.2. Relación médico – paciente

Una buena relación médico paciente ayuda a disminuir las posibles demandas civiles o penales por la prestación del servicio médico. Además se debe tener en cuenta que la actividad médica tiene dos sujetos primordiales: el médico y el paciente. Por tanto, la *lex artis* abarca la relación de ambos sujetos para establecer ciertos parámetros para que la prestación del servicio sea el adecuado. Debemos primero establecer la evolución de esta relación, su estado actual, las obligaciones derivadas de la relación y la función que cumple esta relación.

Al igual que la ciencia médica la relación entre ambos sujetos ha evolucionado y ha cambiado. El lugar donde se desarrollaba la relación médico paciente era la casa y en particular la cama del enfermo. Esto se daba ya que los médicos consideraban que el paciente requería el apoyo de su familia y de las personas cercanas a él para mejorar su situación.

Los médicos iban a las casas de los pacientes para en ese lugar realizar sus estudios y análisis. Por tal motivo, los estudiantes de medicina conocían del arte en el lecho del paciente.

Esta cercanía del médico y del paciente llevó a que el profesional tenga una relación casi de familia con el enfermo y sus parientes. Por tal motivo se lo veía al médico en una función paternalista en la cual el paciente asumía el riesgo y aceptaba cualquier resultado. El paciente confiaba ciegamente en el médico que lo libraba de cualquier reclamo.

Existía una relación de confianza y credibilidad muy estrecha entre las personas pero con cierta supremacía del médico. Esta relación vertical se debía al conocimiento que poseía el médico lo cual le daba la última palabra en el tratamiento de toda

dolencia. El médico incluso se podía compadecer de las dolencias del paciente lo cual creaba en los parientes seguridad de que el profesional iba a realizar todo lo que estaba en sus manos para recuperar la salud de la persona. Lastimosamente la relación vertical creó una cierta inmunidad del médico y la cosificación del paciente.

Con el pasar del tiempo los médicos vieron necesario crear centros especializados para tratar a los enfermos incluso para acceder a instrumentos y equipos necesarios para la correcta prestación del servicio. Estos centros reunían a todos los enfermos en un solo lugar para que el profesional puede revisar su evolución de una forma más sencilla y de forma global. Los centros médicos se convirtieron en centros de estudio para los aspirantes a la medicina quienes conjuntamente con el médico tratante descubrían las dolencias del paciente y buscaban formas de aliviar su dolor.

Esta agrupación en centros de salud trajo mejoras en cuanto al tiempo de respuesta del médico y ayudó a que los estudiantes aprendan del arte de la medicina; empero esta nueva modalidad también creó nuevos riesgos. Debido a que los enfermos fueron agrupados en un solo lugar llevó a que enfermedades hospitalarias salgan a la luz. La transmisión de enfermedades entre pacientes incrementó y poco a poco se separó esa visión paternalista del médico.

Con el tiempo esta relación se vio enmarcada en un contrato de prestación de servicios obligando una vinculación horizontal. Es decir el médico prestaba sus servicios para aliviar las dolencias del enfermo aplicando sus conocimientos. El médico tenía una obligación frente al paciente, no era una simple vocación. Por otro lado y como contraprestación al servicio del médico, el paciente estaba obligado de pagar por los honorarios y por el servicio de médico.

Este cambio provocó que el paciente sea parte de la relación y no sujeto pasivo de la actividad médica.⁷⁵ La cosificación antes aplicada justificó muchos actos atroces en el cual con el justificativo de avanzar en la ciencia el enfermo no tenía derechos.

⁷⁵ LOMBANA J. *Derecho penal & responsabilidad médica*, biblioteca jurídica diké, Bogotá, 2010 p.42

La relación horizontal busca preservar la dignidad de la persona evitando el abuso del médico y otorgando al paciente la capacidad de decidir sobre su tratamiento. Fruto de esta concepción las legislaciones incluso han establecido normas para proteger al médico y delimitar el ejercicio profesión.

El paciente ya no se siente como aquel sujeto vulnerable e incapaz de decidir sobre su tratamiento sino ahora puede incluso contradecir al médico y no acatar sus recomendaciones. Esto ocasiona un gran problema puesto que esta falta de comunicación y confianza entre médico y paciente puede provocar un resultado lesivo y posterior demanda por mala práctica médica.

[L]os pacientes de esta nueva generación tienden a creer que cualquier fallo o error en el diagnóstico o el tratamiento se debe a la imprudencia o la negligencia del médico, y no dudan ni por un instante en llevar su caso ante las instancias judiciales con el objeto de obtener un resarcimiento por el perjuicio sufrido⁷⁶

El resultado lesivo no es deseado por el médico ni por el paciente. Por lo tanto, la relación médico – paciente acarrea obligaciones y compromisos por ambas partes para que la prestación médica sea la adecuada.

Debe existir una relación de confianza por parte del médico y el paciente. El médico debe establecer este vínculo ya que esto ayudará a que el paciente crea en la pericia del profesional. El paciente que confía en su médico acogerá los consejos que este le dé y obedecerá todo tratamiento que se le establezca. Sin embargo, esto no significa que es responsabilidad del médico asegurarse que el paciente cumpla con las recomendaciones puesto que esto significaría regresar a una figura paternalista. La legislación ecuatoriana establece esto como una obligación del individuo:

Art. 8.- Son deberes individuales y colectivos en relación con la salud:

c) Cumplir con el tratamiento y recomendaciones realizadas por el personal de salud para su recuperación o para evitar riesgos a su entorno familiar o comunitario;⁷⁷

Esta norma incluso agrega que el acatar el tratamiento no es solo beneficio para el enfermo o su familia sino también para la comunidad. Esta norma justifica por qué se

⁷⁶ LOMBANA J. *Derecho penal & responsabilidad médica*, biblioteca jurídica diké, Bogotá, 2010 p. 53

⁷⁷ Ley Orgánica de Salud, R.O. Suplemento 423, de fecha 22 de diciembre de 2006, actualizado hasta el 24 de enero de 2012, Art. 8

debe declarar en estado de emergencia cuando existen epidemias o cuarentenas cuando se busca evitar la propagación de una enfermedad. El bienestar social está sobre el bienestar individual.

La relación médico paciente mejora la comunicación y por tanto la información que transmite. El médico tiene la obligación de informar al paciente sobre sus actuaciones, tratamientos y diagnóstico en cuenta a las dolencias del paciente. La comunicación debe ser antes, durante y después del tratamiento o intervención quirúrgica. El médico no solo debe informar al paciente sino a los familiares sobre el estado, efectos y resultado de la intervención.

La información que debe dar el médico debe ser constante y procurando que los familiares conozcan el estado continuo del enfermo ya que en ocasiones esta falta de comunicación provoca descontento entre el profesional y los parientes. Esto puede ser el motivo de una demanda por mala práctica profesional en caso de darse un resultado lesivo.

El médico debe mantener un registro de todas las actuaciones frente a cada paciente, una bitácora de sus decisiones y su justificativo. La historia clínica, como ya se mencionó, sirve como prueba para establecer si el médico actuó con el debido cuidado. El documento puede servir como prueba a favor o en contra del profesional.

Es importante establecer que es obligación y derecho del paciente tener acceso a su historia clínica. En caso de no entregarse esta información al paciente, este tiene el derecho a solicitarla mediante una habeas data. En el caso Albán Cornejo vs Ecuador si esta garantía se hubiese puesto desde un inicio capaz la acción no hubiese prescrito.

La comunicación y la buena relación que se construye con el médico y el paciente tienen dos finalidades respecto a la responsabilidad penal médica. La comunicación fortalece la idoneidad del profesional ya que a través de ella el profesional obtiene mayor conocimiento sobre las dolencias y el estado del paciente. Este conocimiento se obtiene mediante la entrevista clínica.

La entrevista médica tiene varias etapas: recepción, identificación, interrogatorio, examen físico, exámenes complementarios, diagnóstico, tratamiento y despedida.⁷⁸ Las etapas pueden variar según la urgencia del tratamiento, el tipo de institución (pública o privada) o si es la primera consulta o ya es un médico tratante. En el caso que no exista una urgencia para un tratamiento se deben tener las siguientes recomendaciones para las etapas establecidas:

1. Recepción: el médico debería establecer una acogida al paciente para que este pueda confiar totalmente en las capacidades del médico y pueda con total seguridad contar todas sus dolencias.
2. Identificación: el médico debe iniciar la historia clínica del paciente pero tener en cuenta el pasado clínico en otras instituciones de salud o bajo el cuidado de otro profesional de salud.
3. Interrogatorio: una vez escuchado al paciente y establecer su objetivo al acudir al médico el profesional deberá realizar preguntas necesarias para aclarar sus dudas, preferible que dichas preguntas sean abiertas para obtener la mayor cantidad de información y conocimiento de los síntomas.
4. El examen físico: es incómodo para el paciente esta etapa por ello la importancia del vínculo inicial. El examen físico de ser posible se debe hacer explicando al paciente lo observado mientras se lo realiza.
5. Exámenes complementarios: el médico requiere la ayuda de exámenes médicos para obtener mayor información y establecer una respuesta a las dolencias del paciente.
6. Diagnóstico: el paciente busca una respuesta a sus dolencias aunque sea temporal o incluso una simple afirmación que todo va estar bien. El médico en base a lo narrado por el paciente y el examen físico dará un diagnóstico inicial. Este diagnóstico es preliminar por lo cual un error en este punto no podría ocasionar una responsabilidad por parte del profesional, puesto que aún no posee toda la información necesaria.

⁷⁸ RODRIGUEZ M. “*Relación médico paciente*”, editorial ciencias médicas, Cuba, 208, p. 44 Referencia: http://newpsi.bvs-psi.org.br/ebooks2010/en/Acervo_files/Relacion_medico-paciente.pdf

7. Tratamiento: el médico dará un tratamiento preliminar en base al diagnóstico realizado el cual estará sujeto a cambios a posterior. ⁷⁹

El médico debe crear una buena relación de comunicación para que el paciente se realice los exámenes complementarios y regrese con ellos al médico, ya que si no lo hace aquel diagnóstico preliminar puede ocasionar problemas en salud del paciente. Empero, el médico no puede obligar al paciente a realizarse los exámenes o a continuar con el tratamiento, esto queda a total autonomía del paciente.

El hecho que la relación sea de un contrato de prestación de servicios debemos recalcar que el médico posee una obligación de medio no de resultados. Por tal motivo el médico debe aclarar cualquier duda del paciente y explicar los resultados y riesgos de la posible intervención o tratamiento.

Existen dos modelos en torno a la relación médico paciente: la paternalista y el de autonomía. El paternalista utiliza la comunicación a favor del médico ya que solo busca mayor información para saber cómo tratar la dolencia. El médico asume que el paciente requiere la asistencia y con ello está legitimada cualquier actuación del médico.⁸⁰

Por otro lado, el de autonomía establece que la actuación del médico se legitima en el consentimiento del paciente. Este modelo justifica aquellas intervenciones quirúrgicas que no necesariamente tienen un fin curativo; por ejemplo, las estéticas.

La relación horizontal que se manifiesta en este trabajo se justificaría en el modelo de autonomía, en el cual la relación requiere del consentimiento del paciente. Este modelo incluso está recogido en nuestro ordenamiento jurídico en el literal h) del artículo 7 de la Ley Orgánica de la Salud que otorga al paciente el derecho a “*ejercer la autonomía de su voluntad a través del consentimiento por escrito y tomar decisiones respecto a su estado de salud y procedimientos de diagnóstico y tratamiento, salvo en*

⁷⁹ Id. Cfr.

⁸⁰ Cfr. GOMEZ RIVERO. M. *La responsabilidad penal del médico*, editorial tirant lo Blanch, 2da edición, Valencia, 2008 p.37

los casos de urgencia, emergencia o riesgo para la vida de la personas y para la salud pública”⁸¹

La relación por tanto establece el deber de información que tiene el médico hacia el paciente. La información que debe ser transmitida puede ser en dos sentidos: información terapéutica e información relativa a la toma de decisión del paciente.

La primera acepción hace referencia a aquella información que “*trata de asegurar el éxito de la terapia y en general, de mejorar la salud del paciente.*”⁸² Son aquellas indicaciones que dependen del paciente en sí, por ejemplo el tipo de medicina a suministrarse, dosis, contraindicaciones y cuidados personales. El médico transmite sus conocimientos académicos para que el paciente pueda cuidarse cuando este ya no esté bajo la mira del profesional.

La segunda acepción es aquella información que establece los pros y los contras de la terapia, procedimiento o intervención que se va a realizar, en la cual se debe comunicar los riesgos, los posibles resultados y posibles daños. Esta información es relevante puesto que gracias a ella se puede legitimar la relación médico paciente y la actividad sanitaria.

La obligación de informar no se discute aunque el contenido que esta debe contener si tiene ciertas discusiones. Una primera tesis sostiene que la información que se debe transmitir es aquella habitual o común que realiza un médico razonable. La crítica a esta posición es que existe una ambigüedad a qué se entiende por habitual o médico razonable.

Una segunda tesis sostiene que la información a entregarse debe ser aquella necesaria para que una persona razonable pueda ponderar su decisión, es decir los pros y contras mínimos para decidir. Nuevamente la crítica es la ambigüedad y la información entregada quedaría a discrecionalidad del profesional.

⁸¹ Ley Orgánica de Salud, R.O. Suplemento 423, de fecha 22 de diciembre de 2006, actualizado hasta el 24 de enero de 2012 Art. 7

⁸² GOMEZ RIVERO. M. *La responsabilidad penal del médico*, editorial tirant lo Blanch, 2da edición, Valencia, 2008, p. 81

En ambos casos los modelos entregan a discreción del médico lo que él considera como información relevante. Una tercera tesis sostiene que la información a entregarse debe ser aquella que el paciente demande en el caso concreto. La crítica a este modelo se debe a que exige un conocimiento exagerado del paciente para que pregunte al médico lo que desea saber. El paciente no posee el conocimiento necesario como para saber qué preguntar e incluso desvirtúa la naturaleza del deber de informar que tiene el médico.⁸³

Ante esto, la tesis que sostiene Ma. Del Carmen Gomez Rivero es la más apropiada para efectos del presente trabajo ya que es un modelo que une a todos los anteriores. El médico debe transmitir toda información que habitualmente se realice en la práctica médica considerando la capacidad del paciente para ponderar las posibilidades y en caso de exigir información adicional el médico debe estar dispuesto a aclararla.⁸⁴ La información debe ser veras e inteligible.

La información tampoco debe ser una clase magistral hacia al paciente. El primer límite a la cantidad de información que debe ser entregada es el tiempo que se tiene para intervenir o tratar al paciente. El médico debe usar su criterio de funcionalidad y optimización de aquella información en verdad relevante. La intensidad y alcance en la información debe ser inversamente proporcional a la urgencia del acto médico.⁸⁵

Una segunda limitante es el privilegio terapéutico. El médico puede omitir cierta información que considera perjudicial a la psiquis del paciente, es decir puede empeorar o deteriorar la situación actual del enfermo.

La segunda limitante nace de la visión paternalista y amplia de salud, en la cual no solo se ve lo físico sino lo psíquico. La práctica de esta teoría nos regresa a una figura paternalista del médico y de producirse un resultado lesivo podría conllevar a una responsabilidad por parte del médico.

⁸³ Ibid. Cfr., p. 85-88

⁸⁴ Ibid. Cfr., p88-89

⁸⁵ Ibid. Cfr., p. 97-101

A mi criterio ninguna información relevante debe ser omitida, por más percusiones psíquicas pueda producir. No se puede dejar a discrecionalidad del médico decidir qué información entregar y cual no. La recomendación es crear un vínculo de confianza suficiente en el paciente para que esta información pueda ser transmitida con la mayor delicadeza y sutileza para prevenir cualquier daño psíquico.⁸⁶

2.3. Procedimientos idóneos

La Real Academia Española define a un proceso como “*conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial.*”⁸⁷ Por tanto, dentro de la *lex artis* se debe analizar las fases de la actividad médica y si estas han sido las adecuadas.

El paciente es quien acude al médico en busca de respuestas ante su dolencia – fin directo o terapéutico – o con el deseo de cambiar algún aspecto de su vida – fin indirecto o estético. En ambos casos la actividad médica inicia desde que el doctor accede a intervenir. Por ejemplo, el paciente que presenta ciertas dolencias acude a una consulta médica para ser tratado y recuperarse. El médico en la entrevista médica escucha y da un diagnóstico preliminar. El profesional, en base a ese conocimiento, puede decidir no tratar al paciente puesto que no posee la pericia necesaria o considera que la dolencia debe ser tratada por un especialista. El médico moralmente no debería negarse sin antes establecer otra alternativa al paciente: acudir a otro centro, consultar con otro profesional, o solicitar exámenes adicionales.

Para que el médico acepte tratar a un paciente debe tener todos los conocimientos necesarios, por ello la importancia de la relación médico paciente y la idoneidad del profesional. Esta aceptación significa que el médico asume el riesgo del tratamiento. El paciente al momento de conocer los riesgos y alternativas que le presenta el médico este también asume el riesgo. Por tanto, para efectos del presente trabajo, la actividad del médico inicia cuando el médico, después de analizar al paciente, establece un diagnóstico, establece el tratamiento, comunica los riesgos al paciente y este lo acepta.

⁸⁶ Ibid. Cfr., p. 110

⁸⁷ Real Academia Española, *Diccionario de la Real Academia Española*, Referencia: octubre 2014 disponible en: www.rae.es

En el capítulo anterior ya se estableció que el fin de la medicina no es la curación del paciente sino el tratar la enfermedad buscando su curación. Es preciso aclarar nuevamente este punto puesto que existen enfermedades que no tienen cura pero se los puede tratar, disminuyendo las dolencias. Además, existen tratamientos que no buscan curar sino que requieren la intervención de un médico para precautelar la vida del paciente. Por ejemplo, la cirugía estética o el embarazo en el cual no se presenta una enfermedad, pero la intervención que se requiere vulnera la integridad física y puede ocasionar un resultado lesivo mayor.

En este aspecto debemos analizar la idoneidad del procedimiento. Según la Real Academia Española la idoneidad significa que “*es adecuado o apropiado para algo*”⁸⁸. La lex artis obliga la seguridad del paciente, por tanto se debe estar consciente de los resultados del procedimiento. En último plano la decisión de qué procedimiento es el más idóneo tiene que ver con el riesgo que posee. El médico deberá reducir el riesgo y teniendo eso en mente debe aconsejar el método más idóneo. Al analizar la idoneidad de un procedimiento no podemos limitar el criterio del médico puesto que él tiene libertad dentro de su profesión e incluso es parte de su desarrollo como médico el buscar alternativas o nuevos tratamientos.

La investigación y capacitación como ya se mencionó es primordial en toda profesión y principalmente en aquella que tiene relación directa con la salud de las personas. El médico es libre de emplear “*técnicas innovadoras siempre que cuente[n] con antecedentes que las hagan creíbles y eficientes*”⁸⁹

La idoneidad de un procedimiento deberá ser establecido por el juez mediante las pruebas que se presenten. El juez deberá analizar el informe pericial y analizar si el procedimiento era el más apropiado para tratar al paciente. El médico deberá estar en la capacidad para establecer la razonabilidad de su decisión al establecer un procedimiento o tratamiento.

⁸⁸ Real Academia Española, *Diccionario de la Real Academia Española*, Referencia: octubre 2014 disponible en: www.rae.es

⁸⁹ SPROVIERO J. *Mala Praxis-Protección jurídica del médico*, abeledoperrot, Buenos Aires, 1994 p.185

Por otro lado, se debe recordar que el modelo de relación médico paciente es de autodeterminación. El médico no puede decidir por el paciente su sometimiento a un procedimiento o tratamiento en específico. El médico debe informar y aconsejar al paciente, para que él pueda elegir el tratamiento y someterse a él. La idoneidad lo debe establecer el médico pero la elección es del paciente.

Cuando el procedimiento que aconseja el médico es aprobado por el paciente es lo ideal, empero no siempre suele suceder. Se analizará la obligación del procedimiento idóneo cuando lo aconsejado por el profesional no es consentido por el paciente.

El paciente en base al conocimiento que posee puede solicitar otro procedimiento al médico que este no le presentó como idóneo. Por ejemplo el médico puede sugerir en un embarazo que este se dé por parto normal mientras que el paciente solicita cesaria. El médico puede establecer que anestesia local es suficiente pero el paciente pide que se le coloque anestesia general.

El médico por tanto deberá revisar si el tratamiento solicitado por el paciente incrementa o tiene el mismo riesgo que el procedimiento aconsejado por el médico. Si el procedimiento solicitado por el paciente incrementa el riesgo que el aconsejado el médico debe rehusarse al mismo puesto que iría en contra de la *lex artis*. Por otro lado, si el procedimiento solicitado no incrementa el riesgo, el médico deberá acatar lo pedido.

El médico al revisar al paciente y establecer un diagnóstico aconseja al paciente, pero puede suceder que esto no acepta el tratamiento y no existe una alternativa al mismo. En esta situación se debe analizar el principio de autodeterminación y el estado de necesidad como causa de justificación. El principio de autodeterminación del paciente es primordial puesto que solo es lícito aquel procedimiento que cuenta con el consentimiento del paciente.

El estado de necesidad es una causa de justificación que vuelve jurídico un acto antijurídico. Esta causa aplica cuando existe un peligro inminente a un bien jurídico y la única forma de salvarlo es violentando otro bien jurídico. Esta justificación aplica

cuando el paciente está imposibilitado de prestar su consentimiento y en virtud de la obligación de socorro que tiene el profesional médico este debe proceder. Sin embargo, en el caso concreto suponemos que el paciente puede prestar su consentimiento pero se niega al tratamiento. En este particular el médico no podrá actuar.⁹⁰

Por último, se debe establecer en qué punto termina la actividad médica. El médico tratante que realiza una intervención tiene el deber de realizar un seguimiento pos operatorio hasta establecer que el paciente puede darle de alta. En este punto el paciente ya no está bajo el cuidado del médico. El profesional está obligado a transmitir los cuidados a futuros que debe tener en cuenta el paciente, pero si la persona no acata dichos consejos, el médico no puede ser responsable.

2.4. El consentimiento

La relación de médico paciente se basa en el principio de autodeterminación. La actividad médica requiere la autorización del paciente para que sea practicada. *“El tratamiento médico reclama, como presupuesto mínimo de su conformidad a Derecho la concurrencia del consentimiento del paciente”*⁹¹ *“La intervención médica necesita para su legitimidad el consentimiento”*⁹². Este requerimiento protege al paciente y evita posibles torturas o abuso por parte del personal médico.

Lombana recoge en su obra el derecho penal y la medicina las siguientes definiciones de consentimiento:

El consentimiento informado es la aceptación a realizarse determinado tratamiento propuesto por su médico, de parte del paciente, siempre y cuando haya comprendido tanto el diagnóstico como las características del tratamiento propuesto, alternativas del mismo y fundamentalmente los riesgos más frecuentes para su salud en caso de aceptarlo o no.

Se ha definido el consentimiento informado como una declaración de voluntad efectuada por un paciente, quien luego de recibir información suficiente referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención.

⁹⁰ El principal inconveniente que se da en este aspecto son con los testigos de Jehová. En ocasiones el único procedimiento que se puede realizar es una transfusión de sangre, pero debido a su religión esta no se puede realizar. El médico no puede ser responsable penalmente si el paciente se niega a recibir la transfusión de forma expresa y a costa de ello fallece. El problema más grande es en el caso de niños en donde la decisión es tomada por sus padres. La validez del consentimiento por representación frente al estado de necesidad será analizado en el capítulo dos punto cuatro.

⁹¹ GOMEZ RIVERO. M. *La responsabilidad penal del médico*, editorial tirant lo Blanch, 2da edición, Valencia, 2008, p .35

⁹² LOMBANA J. *Derecho penal & responsabilidad médica*, biblioteca jurídica diké, Bogotá, 2010 p. 62

El consentimiento informado es la aquiescencia que manifiesta el paciente en someterse a determinado tratamiento, intervención cirugía u otro tipo de acto médico, teniendo una absoluta claridad sobre las consecuentes, peligros, riesgos y beneficios que le significará el sometimiento a dicho acto, claridad que se debe derivar de una clara explicación y advertencia por parte del médico de los pros y contras de la realización del acto, sin perjuicio de que el paciente pueda informarse de los mismos por otros medios.

De los conceptos anteriores podemos establecer lo siguiente:

1) El paciente debe tener toda la información necesaria para aceptar, es decir el médico debe procurar entregar toda la información necesaria para que el paciente tome una decisión informada;

2) La información es previa, por ende no se puede informar o solicitar el consentimiento posterior a la intervención ya que esto desvirtuaría la naturaleza del consentimiento;

3) El paciente es quien debe decidir en base a lo aconsejado por el médico y por tanto es quien tiene la última palabra, el médico deberá abstenerse de imponer su criterio y por tanto es la única ocasión en la que su deber moral de socorrer al enfermo esta supeditado al principio de autodeterminación del paciente;

4) El paciente puede usar otros métodos de información fuera del médico tratante, el galeno incluso debería impulsar que el paciente busque información adicional, pero deberá recomendar que sean de fuentes válidas. Lamentablemente vivimos en un mundo globalizado en el que el paciente no solo puede encontrar información útil sino también información perjudicial para su estado de salud, lo cual impediría un correcto tratamiento de la enfermedad.

La importancia del consentimiento recae en su efecto en la actividad médica y su repercusión en una posible responsabilidad penal. La teoría monista establece que existe un solo efecto del consentimiento: la atipicidad. Toda intervención quirúrgica produce lesiones en el cuerpo y por tanto se subsume al delito de lesiones, sin embargo el consentimiento dado por el paciente busca volver atípico el acto médico.⁹³

⁹³ Cfr. LOMBANA J. *Derecho penal & responsabilidad médica*, biblioteca jurídica diké, Bogotá, 2010 p 701

El Código Orgánico Integral Penal recoge en el último párrafo del artículo 152: “No serán punibles las lesiones derivadas de acciones terapéuticas ejecutadas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad que precautele la salud del paciente”. El artículo establece como primer requisito para que no exista responsabilidad el hecho que las lesiones sean por motivos terapéuticos, es decir actos que buscan tratar las enfermedades de los pacientes y segundo que sea en base al principio de necesidad.

La teoría monista aplica para aquellas intervenciones terapéuticas; sin embargo existe una tendencia a actos médicos que no tratan enfermedades: estéticas. Estos actos no estarían abarcados en el artículo citado puesto que no tiene fines terapéuticos y no cumple con el principio de necesidad. Lo único que legitima este acto es el consentimiento del paciente.

La teoría dualista mantiene lo anterior pero agrega otro efecto: antijuricidad. El consentimiento es causa de justificación para el acto médico que no necesariamente busca precautelar la salud y no se encuadra al principio de necesidad. Es el caso de cirugías estéticas o experimentales.

Sin embargo cabe destacar que para que sea causa de justificación el sujeto pasivo debe ser dueño del bien jurídico en cuestión. Por ejemplo la integridad física, mas si se busca atentar con la vida, el consentimiento no legitima el acto médico.⁹⁴ En el caso de las intervenciones estéticas, el consentimiento se convierte en casusa de justificación ya que el titular del bien jurídico protegido es quien solicita al profesional para que de forma legítima realice una afectación a un bien jurídico protegido.

Para que el consentimiento sea válido existen ciertos elementos que han sido recogidos por la doctrina:

- 1) Capacidad

El primer requisito es que el sujeto pasivo sea capaz de consentir.

⁹⁴ Cfr. CHAIA, R., *Responsabilidad Penal Médica*”, editorial Hammurabi, Argentina, 2006, p.106

Lejos de tratarse de un requisito formal, se pretende garantizar el derecho a que le mismo [paciente] sea consciente del acto que realiza y asienta en someterse a él, la determinación de los propuesto para considerarle capacitado para ello no debe vincularse a la declaración judicial de incapacidad ⁹⁵

En la anterior cita el autor enfatiza que el consentimiento no es un mero trámite a seguirse previa a la intervención por parte del médico. Tiene un trasfondo más amplio basado en el principio de autodeterminación de las personas.

Dentro de este tema es precisión analizar el caso de los menores y su capacidad de consentir. Existen principalmente dos modelos que se deben tomar en cuenta al momento de realizar una intervención en un menor de edad.

El primer modelo establece que es necesario remitirse a normas extrapenales que ayuden a establecer la capacidad del menor; es decir el régimen civil. Por lo general esta capacidad está dada a los 18 años, por lo cual aquellos que no hayan cumplido esta edad estarían sujetos a la decisión de los padres o en su defecto de los guardadores.

El segundo modelo implanta la idea que se deben tener en cuenta factores autónomos. “[E]n la práctica médica será el profesional sanitario quien deba evaluar la capacidad de hecho del paciente”⁹⁶ Esto con el fin de evitar procesos demorosos que podrían poner en riesgo la vida del menor.

A mi criterio, se debería aplicar ambos modelos al momento de decidir sobre el consentimiento de las intervenciones quirúrgicas en un menor. El médico deberá tener en cuenta la capacidad civil del paciente y en caso de ser incapaz, recurrir a quienes poseen la representación del paciente. Sin embargo, en caso de no poder recurrir a quienes poseen la representación y encontrándose el paciente en riesgo, el médico deberá establecer otros mecanismos para obtener el consentimiento por parte del menor.

⁹⁵ GOMEZ RIVERO. M. *La responsabilidad penal del médico*, editorial tirant lo Blanch, 2da edición, Valencia, 2008, p. 53

⁹⁶ Ibid. p. 54

2) Información previa y comprendida:

El deber de información que tiene el médico ya se ha expuesto en el capítulo relacionado al vínculo entre médico y paciente. A manera general se debe recordar que esta debe ser anterior a la intervención, entregando toda la información al paciente, estableciendo riesgos, alternativas y consecuencias.

Es difícil establecer con qué tiempo de antelación se debe dar la información y qué tiempo se debe dar al paciente para que pondere las posibilidades. No se puede establecer un tiempo específico puesto que cada caso debe ser visto de manera individual. Lo que sí se puede establecer es que el tiempo para deliberar deberá ser inversamente proporcional al nivel de urgencia en el tratamiento.

3) Específica y actual:

El paciente debe comprender y entender la información transmitida ya que deberá realizar su consentimiento de manera específica y actual. El consentimiento debe autorizar todo acto que se le vaya a practicar. Este tema tiene mayor relevancia en aquellos procedimientos prolongados en el tiempo, por ejemplo la quimioterapia.

Fruto de lo anterior el paciente tiene el derecho de revocar su consentimiento en cualquier momento previo a la culminación de la intervención médica. Este derecho trae ciertos inconvenientes y por ende se deberá analizar ciertos casos en particular.

El primer problema ocurre en aquellos casos en que se ha iniciado la intervención pero no se ha culminado todo el proceso. Por ejemplo el caso de donaciones de órganos y tejido. La misma Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en su artículo 38 establece:

Art. 38 Revocatoria del consentimiento.- El consentimiento informado de la o el donante vivo no podrá ser sustituido ni complementado. Sin embargo, podrá ser revocado, en forma verbal, hasta el momento mismo de la intervención quirúrgica, mientras la o el donante conserve la capacidad para expresar su voluntad.⁹⁷

⁹⁷ Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, R.O. N. 398, 4 de marzo de 2011

Por lo tanto, el donante podrá revocar su consentimiento en cualquier momento y el médico deberá acatar esta decisión.

Un segundo inconveniente se produce cuando el paciente solicita al médico que no respete su revocabilidad en un procedimiento. Esto usualmente se da en caso en que el paciente por miedo a cambiar de opinión solicita al médico que pase lo que pase continúe con la intervención. En estos casos el médico deberá cerciorarse que el paciente de forma reiterada desea dejar sin efecto su consentimiento inicial.

Un tercer problema surge cuando el tratamiento ya ha iniciado pero el paciente desea parar. Este es el caso de quimioterapia u otros procesos que conllevan grandes esfuerzos físicos y sacrificios por parte del paciente. El médico en este caso deberá procurar siempre informar al paciente la importancia de continuar con el tratamiento, pero si a pesar de ello el paciente continúa solicitando que se detenga el proceso, el médico deberá acceder.

4) Voluntaria:

El consentimiento debe ser libre de todo vicio ya sea interno o externo. Para evitar un error interno por parte del paciente es primordial que la información transmitida sea clara y comprendida, principalmente el riesgo que involucra.

Si el consentimiento cumple con todos estos requisitos se entenderá eficaz, legitimará el acto médico y su efecto será volver atípico al acto o servirá como causa de justificación. El paciente consiente el acto y asume el riesgo conjuntamente con el médico. No existe una forma establecida para obtener el consentimiento ya que este puede ser verbal o escrito; sin embargo por motivos probatorios es primordial que este sea recogido en algún mecanismo escrito o digital.

El paciente puede discrepar con lo aconsejado por el médico, en ese caso se aplicaría lo señalado anteriormente en el procedimiento. Empero en ocasiones el paciente está inconsciente y por ende no puede transmitir su consentimiento y es

necesario intervenir. Ante esta situación existen dos modelos: la ficción y el estado de necesidad.

El primero establece que se debe realizar una abstracción o ficción con lo cual se presume el consentimiento. Para lograr esta ficción el médico deberá realizar la consulta a los familiares, personas cercanas o tener en cuenta la actuación previa del paciente. Sin embargo la presunción llevaría a que el médico sea quien a su juicio establezca el deseo del paciente. Este modelo destruye el principio de autodeterminación y por tanto regresamos a un modelo paternalista.

El segundo modelo para legitimar el acto se refleja en el estado de necesidad. El Código Orgánico Integral Penal establece al estado de necesidad como una causa de justificación y por tanto el acto deja de ser antijurídico. El estado de necesidad está regulado en el artículo 32 del cuerpo legal.

Artículo 32.- Estado de necesidad.- Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos:

1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro.
2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar.
3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.⁹⁸

El estado de necesidad justificaría la actuación del médico; sin embargo podría llevar a un abuso del mismo ya que no existe un limitante hasta dónde puede llegar el acto médico. Por lo cual un tercer modelo derivado del anterior establece que el acto médico se entiendo justificado en el estado de necesidad pero el médico solo debe actuar bajo este criterio hasta lograr estabilizar al paciente para posteriormente obtener su consentimiento. Esta aprobación no aplica retroactivamente sino para aquel procedimiento posterior que sea necesario realizar.

El tercer supuesto es el más conveniente y el más acorde al principio de autodeterminación y beneficencia del médico. La necesidad de justificar este acto es porque los profesionales de salud tienen la obligación de atender a una persona en emergencia. El art. 365 de la Constitución de la República del Ecuador establece: “*Por*

⁹⁸ Código Orgánico Integral Penal Registro Oficial suplemento 180, 10 de febrero de 2014

*ningún motivo los establecimientos públicos o privados ni los profesionales de la salud negarán la atención de emergencia. Dicha negativa se sancionará de acuerdo con la ley*⁹⁹. Mandato que concuerda con el artículo 218 del Código Orgánico Integral Penal que sanciona la desatención de salud.

Artículo 218.- Desatención del servicio de salud.- La persona que, en obligación de prestar un servicio de salud y con la capacidad de hacerlo, se niegue a atender a pacientes en estado de emergencia, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Si se produce la muerte de la víctima, como consecuencia de la desatención, la persona será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años. Si se determina responsabilidad penal de una persona jurídica, será sancionada con multa de treinta a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general y su clausura temporal.¹⁰⁰

El artículo presenta un delito de peligro en el cual no requiere inicialmente un resultado para ser sancionado. Por este motivo y con el objetivo de precautelar la actuación del médico se debe tener en cuenta los modelos mencionados anteriormente. El verbo rector del artículo precedente es niegue, por lo cual si el paciente no consiente el acto expresamente no podría ser responsable el médico puesto que estaría en contra del principio de autodeterminación del paciente.

En virtud de lo anterior es necesario aclarar que *“la imprudencia y, con ello la responsabilidad por lesiones, existe o no en función del modo en que se realiza el acto médico, sin que en esta conclusión influya que el mismo estuviera o no consentido”*.

2.5. Normativa

En virtud de lo anterior podemos concluir que la lex artis contiene, pero no se limita a los siguientes principios y obligaciones:

- Idoneidad del médico;
- Asepsia en el equipo
- Obligación de realizar una entrevista al paciente previa;
- Obligación de informar

⁹⁹ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, reforma 13 de julio 2011

¹⁰⁰ Código Orgánico Integral Penal Registro Oficial suplemento 180, 10 de febrero de 2014

- Obligación de llevar una historia clínica
- Principio de autodeterminación del paciente;
- Procedimiento idóneo;
- Consentimiento previo e informado;

Lo anterior, que deriva del continuo desarrollo doctrinal de la medicina, se refleja en normas del ordenamiento interno ecuatoriano.

El artículo. 193 de la Ley Orgánica de la Salud define a los profesionales de la salud de acuerdo a la formación que han obtenido, misma que está vinculada con la salud de las personas. El artículo. 194 establece como requisito para ejercer dicha profesión el obtener un título universitario y que este registrado en la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación y el Ministerio de Salud del Ecuador. Además, en el artículo 197 consagra la obligación de realizar prácticas rurales por un año y el artículo 198 limita el actuar del profesional al título que posee.¹⁰¹

Estos artículos consagran la idoneidad del médico para ejercer la profesión. Esta idoneidad se basa en la pericia que posee el médico previo a ejercer la profesión y el control que tienen las autoridades para evitar el ejercicio ilegal de la profesión. El artículo 198 tiene relevancia puesto que establece que el médico deberá actuar dentro de sus conocimientos, ya que de hacerlo aumentaría el riesgo que es permitido dentro de la profesión.

El Artículo 7 de la Ley Orgánica de la Salud en su literal e) establece el derecho a la información que tienen los pacientes, artículo que concuerda con el 5 de la Ley de Derechos y Amparo al Paciente:

Art. 7.- Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos: [...]

¹⁰¹ Ley Orgánica de Salud, R.O. Suplemento 423, de fecha 22 de diciembre de 2006, actualizado hasta el 24 de enero de 2012

e) Ser oportunamente informada sobre las alternativas de tratamiento, productos y servicios en los procesos relacionados con su salud, así como en usos, efectos, costos y calidad; a recibir consejería y asesoría de personal capacitado antes y después de los procedimientos establecidos en los protocolos médicos. Los integrantes de los pueblos indígenas, de ser el caso, serán informados en su lengua materna¹⁰²

Art. 5.-Derecho a la información.- Se reconoce el derecho de todo paciente a que, antes y en las diversas etapas de atención al paciente, reciba del servicio de salud a través de sus miembros responsables, la información concerniente al diagnóstico de su estado de salud, al pronóstico, al tratamiento, a los riesgos a los que médicamente está expuesto, a la duración probable de incapacitación y a las alternativas para el cuidado y tratamientos existentes, en términos que el paciente pueda razonablemente entender y estar habilitado para tomar una decisión sobre el procedimiento a seguirse. Exceptúense las situaciones de emergencia.¹⁰³

El artículo 5 de la Ley de Derechos y Amparo al paciente establece una excepción al derecho de información que tienen los pacientes: la emergencia. El mismo cuerpo normativo en su artículo 7 define a la situación de emergencia:

Art. 7.- Situación de emergencia.- Es toda contingencia de gravedad que afecte a la salud del ser humano con inminente peligro para la conservación de la vida o de la integridad física de la persona, como consecuencia de circunstancias imprevistas e inevitables, tales como: choque o colisión, volcamiento u otra forma de accidente de tránsito terrestre, aéreo o acuático, accidentes o infortunios en general, como los ocurridos en el medio de trabajo, centros educativos, casa, habitación, escenarios deportivos, o que sean el efecto de delitos contra las personas como los que producen heridas causadas con armas corto punzantes, de fuego, contundentes, o cualquiera otra forma de agresión material.¹⁰⁴

La emergencia no puede ser establecida por el paciente. El inminente peligro a la vida o integridad física de la persona solo podrá ser establecido por el médico.

El literal f) del artículo 7 de la Ley Orgánica de la Salud garantiza el derecho a una historia clínica a todo paciente misma que debe ser confidencial, comprensible precisa y completa. Este derecho es fundamental ya que este documento podrá servir como prueba a futuro para establecer una posible mala práctica médica.

En virtud de la relación horizontal que se crea entre el médico y el paciente es necesario obtener el consentimiento del mismo, lo cual recae en el principio de

¹⁰² Ley Orgánica de Salud, R.O. Suplemento 423, de fecha 22 de diciembre de 2006, actualizado hasta el 24 de enero de 2012

¹⁰³ Ley de Derechos y Amparo al Paciente, Registro Oficial Suplemento 626 3 de febrero de 1995, Reforma 22 diciembre 2006

¹⁰⁴ Id.

autodeterminación. Dicho requerimiento se encuentra plasmado en el literal h) del artículo 7 de la Ley Orgánica de la salud. *“h) Ejercer la autonomía de su voluntad a través del consentimiento por escrito y tomar decisiones respecto a su estado de salud y procedimientos de diagnóstico y tratamiento, salvo en los casos de urgencia, emergencia o riesgo para la vida de la personas y para la salud pública.”*¹⁰⁵ El Principio además está consagrado en el artículo 6 de la Ley de Derechos y Amparo al Paciente: *“Todo paciente tiene derecho a elegir si acepta o declina el tratamiento médico. En ambas circunstancias el servicio de salud deberá informarle sobre las consecuencias de su decisión.”*¹⁰⁶

El artículo de la Ley Orgánica de la Salud establece tres excepciones adicionales a la información previa y al consentimiento por parte del paciente: urgencia, riesgo para la vida de la persona y riesgo para la salud pública. Además, establece que el consentimiento debe ser por escrito.

La Lex Artis, aunque en su mayoría son reglas no escritas de continuo desarrollo y evolución, existen aquellas que ya son consagradas en las leyes mencionadas anteriormente. Adicionalmente el Ministerio de Salud Pública emite manuales que ayudan a consagrar las buenas prácticas en el ejercicio de la profesión sanitaria. Por ejemplo:

- Código de ética médica, Resolución 16/93, Registro Oficial 300, 20-X-1993;
- Diagnóstico y tratamiento del aborto espontáneo, incompleto, diferido y recurrente, Resolución 00004432, Suplemento del Registro Oficial 145, 17-XII-2013;
- Guía de atención integral a personas que viven con vih/sida (PVVS), Acuerdo 00000500, Registro Oficial 310, 28-X-2010;
- Guía de práctica clínica diagnóstico y tratamiento de la anemia en el embarazo, Acuerdo 00004701, Suplemento del Registro Oficial 205, 17-III-2014;

¹⁰⁵ Ley Orgánica de Salud, R.O. Suplemento 423, de fecha 22 de diciembre de 2006, actualizado hasta el 24 de enero de 2012

¹⁰⁶ Ley de Derechos y Amparo al Paciente, Registro Oficial Suplemento 626 3 de febrero de 1995, Reforma 22 diciembre 2006

- Guía de práctica clínica diagnóstico, tratamiento y seguimiento de la hiperplasia suprarrenal congénita, adaptada por la dirección nacional de normatización, Acuerdo 00005110 (Suplemento del Registro Oficial 360, 23-X-2014).
- Manual de prevención y tratamiento de riesgos de discapacidades en perineonatología, Acuerdo 00000060, Registro Oficial 390, 22-II-2010;
- Manual de procedimientos de pruebas rápidas para tamizaje de infección por vih/sida y sífilis nivel primario, Acuerdo 0381, Registro Oficial 253, 19-IV-2006;
- Manual para la referencia y contrarreferencia de pacientes, Acuerdo 00158, Registro Oficial 563, 25-IV-2002;
- Manuales a ser aplicados en el ámbito hospitalario, Acuerdo 0425, Registro Oficial 435, 11-I-2006;
- Normas de conservación de las historias clínicas y aplicación del tarjetero índice automatizado, Acuerdo 0457, Registro Oficial 436, 12-I-2007;
- Normas y protocolos de atención integral de salud de las y los adultos mayores, Acuerdo 000132, Registro Oficial 217, 18-VI-2010;
- Protocolo para el diagnóstico y certificación de la muerte encefálica, Acuerdo 00005231, Segundo Suplemento del Registro Oficial 448, 28-II-2015;
- Protocolos de atención pre hospitalaria para emergencias médicas, Acuerdo 00000673, Registro Oficial 530, 8-IX-2011;

Es necesario que los órganos jurisdiccionales, los abogados, los peritos y el todo profesional que ejerce su profesión en torno a la salud conozcan estas normas y el alcance que tienen para su correcta aplicación al momento de delimitar el deber objetivo de cuidado.

3. LA NEGLIGENCIA MÉDICA COMO UN DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN

Explicado los elementos de la mala práctica médica y la *lex artis* como base para establecer el deber objetivo de cuidado, es necesario analizar la construcción del delito por mala práctica médica. De acuerdo al tratadista Francisco Carrara *“delito es la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso”*¹⁰⁷

El Código Orgánico Integral Penal del Ecuador define a la infracción penal, a través de su estructura, en el artículo 18: *“Infracción penal es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código”*¹⁰⁸. Posteriormente, clasifica a las infracciones en delitos y contravenciones, diferenciándolos solo por el tipo de pena aplicable.

El primer elemento del delito es la acción o conducta según nuestro Código¹⁰⁹. La conducta del sujeto activo puede ser activa o pasiva. La conducta de acción o activa *“se manifiesta como un movimiento humano externo, como un hacer perceptible sensorialmente, que causa el resultado dañoso”*¹¹⁰ *“El injusto del delito de acción consiste en una intervención activa nociva que en principio una norma prohíbe”*¹¹¹

Por otro lado, la conducta pasiva o de omisión *“se manifiesta como un voluntario no hacer algo que debía haberse hecho y que se exterioriza, con un resultado lesionador de un bien jurídico, que no debía haberse producido si se actuaba”*¹¹² [E]l injusto de la omisión consiste en hacer algo distinto a la prestación deseable obligada

¹⁰⁷ Francisco Carrara en ALBÁN GÓMEZ GUILLERMO, “Manual de Derecho Penal Ecuatoriano”, ediciones legales, 1era edición, Quito, p. 108

¹⁰⁸ Código Orgánico Integral Penal Registro Oficial suplemento 180, 10 de febrero de 2014

¹⁰⁹ Id. Art. 22 Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos descriptibles y demostrables.

¹¹⁰ ALBÁN GÓMEZ GUILLERMO, “Manual de Derecho Penal Ecuatoriano”, ediciones legales, 1era edición, Quito, p 135

¹¹¹ MIR PUIG. S. Derecho Penal- Parte General, editorial IBdef, 7ma edición, Buenos Aires, 2004, p. 109

¹¹² ALBÁN GÓMEZ GUILLERMO, “Manual de Derecho Penal Ecuatoriano”, ediciones legales, 1era edición, Quito, p 135

*en principio por una norma preceptiva*¹¹³ El Código Orgánico Integral Penal recoge ambas modalidades en el artículo 23.

La mala práctica médica, como se analizó en el primer capítulo, nace de la violación del deber objetivo de cuidado produciendo un resultado lesivo en el paciente. El Código Orgánico Integral Penal establece el mismo requisito esencial y principalmente en el numeral 2 del artículo 146, el cual recalca que el resultado se debe a *“la inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión”*¹¹⁴. Es decir el médico no acata una norma preceptiva implícita o explícita dentro de su profesión que es ejercerla bajo el deber objetivo de cuidado. La mala práctica médica, por tanto, deberá analizarse como un delito por omisión.

Dentro de los delitos de omisión la doctrina ha establecido que este se puede realizar bajo dos modalidades, las cuales tienen su respectiva estructura y elementos. Al igual que los delitos de acción estos se pueden clasificar en de mera actividad o de resultado. Si el delito se configura por el solo hecho de no hacer o no acatar la norma preceptiva, el tipo es un delito de omisión pura simple o propia.

La segunda modalidad es un delito de resultado; es decir, requiere que se produzca una lesión al bien jurídico protegido para configurar la omisión. Por tanto, el sujeto activo si hubiese actuado acorde a la norma imperativa el resultado no se hubiera producido. Es decir, el sujeto activo debía estar en la capacidad de cumplir con la norma y al hacerlo el resultado debía ser evitado.

El delito de omisión simple en su parte objetiva posee la siguiente estructura: *“a) la situación típica; b) la ausencia de una acción determinada; c) la capacidad de realizar esa acción”*¹¹⁵. El delito de comisión por omisión mantiene la misma estructura en su parte objetiva pero agrega la posición de garante para el sujeto activo, que la omisión

¹¹³ MIR PUIG. S. Derecho Penal- Parte General, editorial IBdef, 7ma edición, Buenos Aires, 2004, p. 109

¹¹⁴ Código Orgánico Integral Penal Registro Oficial suplemento 180, 10 de febrero de 2014

¹¹⁵ MIR PUIG. S. Derecho Penal- Parte General, editorial IBdef, 7ma edición, Buenos Aires, 2004, p. 315

haya causado un resultado y que además de la capacidad del sujeto activo debe existir la posibilidad de evitar el resultado.

En la segunda modalidad, el sujeto activo posee una cierta capacidad superior y por tanto tiene características que hacen que su actuar pueda evitar resultados lesivos a un bien jurídico. Por tanto, debe existir una relación muy estrecha entre el sujeto activo y el bien jurídico. Esta conexión ha llevado a considerar al sujeto activo como un garante del bien jurídico.

En el caso de la mala práctica profesional es un delito propio ya que el sujeto activo debe ser un profesional de la medicina y es esta modalidad que da ciertos elementos estructurales al sujeto activo. El tipo de homicidio culposo por mala práctica profesional establece que este se configura por la inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión; es decir se produce por una omisión. Empero, la mera omisión no configura el delito ya que es necesario que se produzca la muerte de la persona, por lo tanto, el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional deberá enmarcarse dentro de la comisión por omisión.

3.1. Situación típica

La estructura objetiva del delito de omisión simple y de comisión por omisión tiene como primer elemento la situación típica. Este elemento es el origen del deber de realizar el acto mandado, es la situación que pone al bien jurídico en peligro; fruto de esta situación el sujeto activo debe actuar para modificar cambiar o restablecer al bien jurídico en una posición fuera de peligro.¹¹⁶

En este punto, es necesario tener en cuenta que el tratamiento que realiza el médico siempre va a tener un cierto riesgo. Desde la prescripción de medicamentos a la intervención quirúrgica, la salud del paciente va a estar en cierto grado de peligro. La entrevista médica no conlleva un peligro; sin embargo usualmente se acude a ella

¹¹⁶ Cfr. MARTINEZ, José y otros, *“Lecciones de Derecho Penal”*, Universidad externado de Colombia, 2da edición, Bogotá, 2011 p. 482

cuando ya existe una molestia o dolencia que consideramos puede acarrear un peligro a nuestro organismo. Esta sensación es la que nos lleva a acudir a un profesional.

En el caso de medicamentos, la prescripción de los mismos se debe hacer con la mayor cautela posible, ya que esta puede tener efectos secundarios en el cuerpo del paciente. Es necesario recordar que no toda dolencia es en sí una enfermedad. Por tanto, si producto de la prescripción de medicinas, el paciente muestra dolores de cabeza, esta se deberá tratar, pero no se deberá tomar como una situación de peligro del bien jurídico vida. La dolencia deberá llegar a un nivel en el cual se convierta en una patología nueva para que el bien jurídico este en situación de riesgo.

En el caso de los tratamientos médicos debemos distinguir de tres tipos: a) quirúrgicos, b) exploración o diagnóstico, y c) experimentación. Los primeros son la esencia de la actividad médica en la cual el galeno busca restablecer la salud de la persona. En este primer grupo ingresa también la cirugía estética, la cual, a pesar que no trata una enfermedad, busca restablecer la salud mental o imagen que tiene la persona de sí misma. En el segundo grupo tenemos aquellas intervenciones que buscan prevenir o adelantar a la enfermedad, por ejemplo: una colonoscopia o endoscopia. El tercer grupo contiene aquellas intervenciones que están en desarrollo o que tratan de crear nuevos mecanismos para tratar enfermedades. En este último caso se debe ver que los tratamientos deben ser idóneos.¹¹⁷

En todos los tratamientos mencionados anteriormente existe una situación de peligro en el bien jurídico y es esta situación típica la que inicia el delito omisivo; ya que debido a este peligro, el ordenamiento requiere que el galeno actúe con el deber objetivo de cuidado al momento de realizar su actividad. Si no existe una situación de peligro, no hay necesidad de requerir que el médico actúe.

3.1.1. Posición de garante

La situación típica basta para el delito de omisión simple, sin embargo para la comisión por omisión el sujeto activo debe tener una especial vinculación con el bien jurídico protegido. El sujeto activo debe estar en posición de garante o *garanstellang*

¹¹⁷ Cfr. Pilar Gomez Pavón p. 79

respecto al bien jurídico. “La posición de garante se da cuando corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro en ciertas condiciones”¹¹⁸ Lo cual establece que la posición nace de las funciones del sujeto activo ya sea respecto al bien jurídico o a la fuente de peligro.

El Código Orgánico Integral Penal define a la posición de garante en el segundo párrafo del artículo 28

Artículo 28.- Omisión dolosa.- La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante.

Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico.¹¹⁹

El Código Orgánico Integral Penal incluye la definición en la omisión dolosa ya que dicho cuerpo legal no incluye la omisión culposa. Pero al definir la omisión hace referencia a la no evitación de un resultado, es decir trataría de un delito por resultado más no de mera actividad. Adicionalmente, establece que debe estar en posición de garante lo cual es característico de la comisión por omisión.

El artículo en referencia establece que el garante nace de una obligación legal o contractual y que ha provocado o incrementado el riesgo del bien jurídico protegido. Este origen de la posición de garante se uniría a las establecidas en la definición antes dada que establecía el origen en la funcionalidad del sujeto activo.

En la doctrina existen principalmente tres teorías para establecer el inicio de la posición de garante: la formal, la funcional y la de la fuente de peligro. La teoría formal establece que la obligación de actuar y la posición de garante de la persona nacen de la ley, el contrato o el actuar precedente de la persona. La ley establece ciertas obligaciones, por ejemplo a los padres frente a los hijos, los cuales tienen la obligación de cuidar y protegerlos. Es por eso que la ley sanciona el abandono de menores; sin embargo la norma legal solo puede ser considerada como fuente de la

¹¹⁸ CHAIA, R., *Responsabilidad Penal Médica*”, editorial Hammurabi, Argentina, 2006 p. 66

¹¹⁹ Código Orgánico Integral Penal R.O. Suplemento 180, 10 de febrero de 2014 art. 28

posición de garante cuando es específica, por ejemplo no se acepta la obligación general de ayudar.

El contrato es una fuente de obligaciones civiles, pero que también crea una posición de garante frente a otra persona. En este caso vemos como el consentimiento de ambas partes es lo que crea la posición de garante. Empero, debemos tener en cuenta que la eventual nulidad del contrato escrito no afectaría la posición de garante asumida por el sujeto activo. Esta fuente podría aplicar a los médicos en el caso de los tratamientos estéticos y en los experimentales.

El actuar precedente algunos autores lo han colocado dentro de la teoría formalista, sin embargo a mi parecer entraría más en la teoría funcional; ya que, para establecer la posición de garante se debe observar las actuaciones anteriores del sujeto activo y si este ha creado o incrementado el riesgo del bien jurídico protegido. Por ejemplo el chofer de bus que maneja sobre el límite de velocidad incrementa el riesgo de los pasajeros que se encuentran usando el servicio.

La teoría funcional establece que la posición de garante puede nacer por sus funciones dentro de la familia, la comunidad o por su propia asunción. En el caso de la función familiar aplica también los padres frente a sus hijos menores ya que ellos tienen la función de protegerlos mientras están bajo su cuidado. La función en comunidad aplica en aquellas actividades que uno realiza en comunidad que pone en peligro a todos. La doctrina establece como ejemplo de esta posición de garantes a los alpinistas quienes en grupos realizan actividades riesgosas. Por ejemplo es garante el que asegura la soga para que los demás compañeros suban la montaña.

El sujeto activo puede tener cierta función en una sociedad, el cual al momento de realizar dicha actividad se convierte en garante, por ejemplo los médicos. El profesional de la medicina al momento de aceptar intervenir a una persona se convierte en garante del bien jurídico.

Por último, el sujeto activo puede convertirse en garante de un bien jurídico por estar en control de una fuente de peligro y es este control lo que evita que se produzca

el resultado lesivo. Es necesario por tanto primero establecer el control que poseía el sujeto activo para luego considerarlo como garante del bien jurídico. Se podría considerar que el médico es quien pone en una situación de peligro la vida de la persona al momento de iniciar un tratamiento quirúrgico; sin embargo debemos concebir que la situación de riesgo es anterior y esta se debe a factores exógenos a la relación médico paciente: la enfermedad.

En el caso de la posición de garante que posee el médico, la doctrina ha establecido algunas teorías. Por un lado existen aquellos que establecen que la posición de garante nace de la misma profesión; es decir del código deontológico del galeno. Existe un compromiso implícito a actuar y por tanto ser garante de la vida de las personas cuando estos han sido entregados el título.¹²⁰

Ese rol de “profesional del arte de curar” que se le asigna al médico a través del título habilitante y la correspondiente autorización para actuar que le otorga el Estado, lo convierte en un sujeto plenamente capaz de intervenir en el ámbito de la salud humana y, como consecuencia de esa actividad, asume una posición de garante penalmente responsable de los riesgos que genere siendo destinatario de eventuales sanciones en aquellos supuestos en que omita actuar dentro del estándar socialmente admitido.¹²¹

Esta tesis genérica ocasionaría muchos problemas puesto que obligaría a que todo médico actúe cuando la vida de una persona está en peligro, lo cual es ilógico e improcedente. La ley penal se podría convertir en un mecanismo de persecución a la profesión médica.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 365 establece que “*por ningún motivo los establecimientos públicos o privados ni los profesionales de la salud negarán la atención de emergencia. Dicha negativa se sancionará de acuerdo con la ley.*”¹²² Lo cual está en concordancia con el artículo 218 que sanciona la omisión de socorro por parte del profesional de la salud. Esto podría llevar a la idea que nuestra legislación acopla la obligación genérica sin embargo esta solo aplica para las situaciones de emergencia como lo define el artículo 7 de la ley de amparo al paciente.

¹²⁰ Cfr. CHAIA, R., *Responsabilidad Penal Médica*, editorial Hammurabi, Argentina, 2006 68

¹²¹ Ibid. p.49

¹²² Constitución del Ecuador, R.O. 449, de 20 de octubre de 2008 art. 365

La segunda tesis establece que el médico se convierte en garante desde la asunción que realiza. Es decir, *“solo en aquellos casos en que éste ha asumido efectivamente el tratamiento del paciente”*¹²³ La asunción es el inicio de la posición de garante y por tanto el inicio de la actividad médica. Como ya se mencionó la actividad médica inicia desde que el médico decide intervenir al paciente. *“La esencia de la asunción es la creación de un momento de peligro para el bien jurídico”*¹²⁴ Este momento de peligro no quiere decir que el médico es la fuente de peligro, sino que existe un riesgo en su actuación.

Debemos separar dos ámbitos principalmente: a) el curativo y b) el estético. En el primer caso el médico no crea la situación de peligro inicial al bien jurídico, ya que el paciente ya posee una dolencia previa la cual no ha sido provocada por el médico; sin embargo al proceder con la intervención quirúrgica esta situación incrementa pero es normal y el paciente está consciente de ello. La asunción sería el momento en que el médico incrementa la situación de riesgo que ya existía. En el segundo caso no existe una situación de peligro al bien jurídico y por tanto la asunción es más notoria. No es tarea fácil establecer desde qué momento el médico se convierte en garante pero es necesario especificar esta asunción o voluntad del médico para intervenir previo al análisis de la mala práctica profesional.

La posición de garante no es permanente o indefinida. El médico deja de ser garante del bien jurídico si otro profesional asume dicha posición. Por ejemplo si un médico inicia la atención pero observa el paciente requiere la atención de una persona más calificada este deje de ser garante al momento de trasladar el paciente al segundo médico. Un segundo caso es de darse la muerte del paciente. El médico dejara de ser garante del bien jurídico ya que no existe dicho bien jurídico. El galeno deja de ser garante si el paciente renuncia al tratamiento o no acata las recomendaciones realizadas. Si el paciente recupera la salud o el centro médico ha dado de alta al paciente la posición de garante culmina sin embargo la responsabilidad de sus actos se mantienen.

¹²³ MIR PUIG. S. *Derecho Penal- Parte General*, editorial IBdef, 7ma edición, Buenos Aires, 2004 128

¹²⁴ *Ibid.* p. 129

El problema más grande nace para los médicos de turno, de planta, o que se encuentran realizando el año de ejercicio rural. Debemos tener presente la norma de la Constitución en la cual se establece que no se puede denegar la salud a ninguna persona pero en estas situaciones el médico no se lo debe considerar como garante de todo paciente que ingresa sino que él se encuentra en una posición de monopolio de la prestación de salud.¹²⁵ El médico rural o de planta deberá atender las emergencias y en caso de no poder continuar con el tratamiento deberá remitir al paciente a otra institución.

3.2. Ausencia de la acción determinada

La omisión es una forma de prohibir una acción. Lo que es penalmente relevante no es la omisión sino la acción. La omisión no significa un no hacer general, la estructura requiere que sea un no hacer algo. Es decir existe un deber de realizar una cierta actuación por parte de las personas. El deber puede ser genérico o específico. El genérico es aquel deber que aplica a toda persona sin establecer una cualidad en particular. Por otro lado, el deber específico requiere ciertas cualidades especiales que hacen que la persona tenga este deber, por ejemplo: el médico.¹²⁶

El deber exigido no debe ser moral ni social, debe ser jurídico. Este debe ser esperado y por tanto conocido. El sujeto activo no debe estar obligado a hacer algo que desconoce, es decir debe estar dentro de sus conocimientos el realizar dicha actividad. En el caso de los médicos se presume que el galeno cuenta con los conocimientos suficientes para saber qué actividad es requerida.

Esta norma preceptiva o imperativa necesaria para que se configure la mala práctica médica es la Lex Artis. Este conjunto de normas guían al médico para que cumpla con su profesión con el requerido deber objetivo de cuidado.

El Código Orgánico Integral Penal en el artículo referente a la mala práctica profesional establece que esta deberá darse por violar el deber objetivo de cuidado.

¹²⁵ Ibid. p.133

¹²⁶ MUÑOZ CONDE F. “*Teoría General del delito*”, editorial tirant lo Blanch, 4ta edición, Valencia, 2007 p.45

Como se mencionó antes, el deber objetivo de cuidado como está redactado en nuestro código no es lo más correcto ya que el único numeral que hace referencia a una verdadera violación es la inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.

Es necesario, al momento de establecer la responsabilidad penal a un profesional de la medicina que se identifique cuál es la norma que se ha violado. Esta identificación se la debe hacer a través de la pruebas que se presenten en el juicio y demostrar que el profesional tenía la obligación de realizarla.

3.2.1. Resultado lesivo

La omisión de una regla de la *lex artis* y por tanto la violación del deber objetivo de cuidado no es suficiente para que se configura la comisión por omisión y por tanto la mala práctica profesional. Se debe siempre “*encontrar la producción de un resultado típico, es decir, el llamado disvalor de resultado, que ha de ser objetivamente imputable a la acción que ha infringido*”¹²⁷

Posterior a establecer la norma que se ha violado se debe verificar el resultado lesivo. El artículo referente a la mala práctica profesional establece que el resultado lesivo que se desea evitar es la muerte. El delito solo se produce una vez que se haya dado la muerte del paciente por lo cual solo existe el delito consumado en la mala práctica profesional. No se puede hablar de tentativa.¹²⁸

El resultado puede deberse a razones preexistentes o porque el paciente se ha puesto de forma autónoma en la posición de peligro. En el primer caso el paciente puede padecer una enfermedad terminal la cual producirá la muerte del paciente sin importar la intervención quirúrgica que le realizarán. En este caso, no se quiere decir que el médico no tiene responsabilidad de sus actos, pero no existe un incremento de la situación de peligro del paciente. En el segundo caso el médico puede realizar una intervención quirúrgica y establecer recomendaciones para evitar cualquier complicación y el paciente no las acata. En estas circunstancias el médico realizó una

¹²⁷ CHAIA, R., *Responsabilidad Penal Médica*”, editorial Hammurabi, Argentina, 2006 p. 95

¹²⁸ Ibid. Cfr.p.94

actividad de riesgo pero no fue su actuación la causante de la muerte, sino el mismo paciente.¹²⁹

La intervención quirúrgica puede reducir la situación de riesgo del bien jurídico y aun así producir un resultado lesivo. En este caso el resultado no es la muerte sino las lesiones propias de cada cirugía. El médico es el autor de las lesiones pero no puede ser responsable penalmente por las mismas ya que gracias a ellas logró disminuir la situación de riesgo del bien jurídico.

3.3. Capacidad de realizar el acto

Debido a la posición de garante que posee el médico este garantiza que el profesional, en principio, está en capacidad de realizar el acto mandado por la norma. Para conocer la capacidad que posee el sujeto activo, Mir Puig establece que se debe “partir del baremo de un hombre normal pero situado en la posición del autor”¹³⁰ En cuanto a esta declaración se debe acotar que no se puede partir desde el punto de vista de un “hombre normal”, ya que el mismo tipo requiere que el sujeto activo posea ciertos conocimientos superiores; es decir, debemos partir desde el conocimiento del médico general.

El conocimiento general será dado a través de los informes periciales los cuales evidenciarán el conocimiento de un “médico normal”. Para entender la posición del autor se requerirá revisar la entrevista clínica realizada y la historia médica. Con esta información el juez podrá determinar si el médico se encontraba en capacidad de realizar un acto.

Es necesario analizar el contexto en el cual se encontraba el paciente, por tanto, no podemos responsabilizar al profesional si la incapacidad de realizar un acto se debió a la falta de instrumental o equipamiento y este no haya sido imputable al médico. Este último punto tiene mayor interés en el caso de los hospitales públicos.

¹²⁹ Ibid. Cfr. p. 95-97

¹³⁰ MIR PUIG. S. *Derecho Penal- Parte General*, editorial IBdef, 7ma edición, Buenos Aires, 2004 p. 316

Si se llega a demostrar que el acto ordenado era imposible de realizar entonces sería atípico por imposibilidad de la acción ordenada.¹³¹ Ahora bien, puede ser que existan actos análogos que el médico podía realizar para evitar el resultado. El alcance de los actos análogos y la eficacia se basaría en presupuestos hipotéticos que deben ser analizados al caso concreto. De demostrarse que existían otros mecanismos para evitar el resultado, el profesional si sería responsable penalmente.

3.3.1. Capacidad de evitarlo

Conjuntamente con la capacidad de realizar el acto tratado anteriormente, se debe revisar si el actor tenía la capacidad de evitar el resultado. *“Lo que importa en la imputación de un resultado a una conducta omisiva o, si se prefiere la terminología clásica, en la comisión por omisión, es la constatación de una causalidad hipotética, es decir la posibilidad fáctica que tuvo el sujeto de evitar el resultado”*¹³²

La responsabilidad médica se configura *“siempre que sea evitable el error o se funden en errores fundamentales de la profesión”*¹³³ Esto se debe a que el deber de evitar presupone un poder evitar el resultado.¹³⁴ La evitabilidad quiere decir que *“el autor debe conocer la conexión entre su comportamiento y la lesión del bien jurídico protegido”*¹³⁵. Siempre va existir una lesión a un bien jurídico en cualquier actuación del médico ya sea por la prescripción de medicamentos o por la intervención quirúrgica. Sin embargo; la conexión debe existir entre el comportamiento del médico y el resultado no deseado y amparado bajo la norma. *“La doctrina entiende suficiente que aparezca como sumamente probable que el sujeto pudiese haber evitado la producción del mismo”*¹³⁶

La evitabilidad presupone *“a) conocimiento de la situación típica; b) vía para evitar el resultado; y, c) posibilidad de evitar el resultado”*¹³⁷. La situación típica fue

¹³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *“Derecho Penal Parte General”*, editorial ediar, 2da edición, Buenos Aires p 574

¹³² MUÑOZ CONDE F. *“Teoría General del delito”*, editorial tirant lo Blanch, 4ta edición, Valencia, 2007 p.50

¹³³ MARTINEZ – PAREDA J. *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, editorial Colex, Madrid, 1990 p. 36

¹³⁴ Ibid. p. 37

¹³⁵ Cfr. CHAIA, R., *Responsabilidad Penal Médica*, editorial Hammurabi, Argentina, 2006 P. 103-104

¹³⁶ ARLUCEA, Esteban, *“Lecciones de teoría jurídica del delito”*, editorial Comares, Granada, 1999 P. 117

¹³⁷ WELZEL, Hans, *“Derecho Penal Aleman”*, editorial jurídica de Chile, 11 edición p. 251

analizada anteriormente y hace referencia al peligro en el cual se encuentra el bien jurídico. Por ejemplo si existe una cierta enfermedad en el paciente o una cualidad de su estado que no es conocido por el médico y que pone en peligro la vida del paciente y resultado de este se produce un resultado lesivo, el médico no puede ser imputado penalmente. La situación de peligro debe ser clara para el galeno o en su defecto por un médico con similares conocimientos.

El segundo presupuesto es que el médico debe conocer la vía para evitar el resultado. Por este presupuesto es necesario que el profesional sea idóneo y que el procedimiento sea el adecuado para tratar la situación típica. Cabe aclarar que si el médico no usó la vía adecuada para evitar un resultado pudiendo hacerlo, el actor sería imputable penalmente por el resultado producido.

El tercer elemento hace referencia a la capacidad propia del médico y el procedimiento para evitar el resultado. Si el resultado pudo acaecer sin importar las capacidades del profesional o el procedimiento a utilizar, el resultado no puede ser imputado al profesional. Existen ocasiones en que la muerte del paciente es casi imposible evitar, sin embargo por una esperanza de salvar la vida del paciente se decide intervenir. En este caso la muerte no puede ser imputable al médico.

Debido a que el juez debe realizar una abstracción de si la conducta que se omitió podía evitar o no el resultado, en sí no existe una causación entre el hecho y el resultado. En virtud de lo anterior, dicho nexo es reemplazado por el nexo de evitación.¹³⁸

Conjuntamente con la evitabilidad también se debe analizar la previsibilidad del resultado, “*entendiendo por tal la posibilidad de prever un resultado, que habida cuenta del nivel intelectual y experimental comprobado pudo fácilmente evitarse aplicando la técnica adecuada*”.¹³⁹La previsibilidad es “*conocer, conjeturar por*

¹³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “*Derecho Penal Parte General*”, editorial ediar, 2da edición, Buenos Aires p. 575

¹³⁹ MARTINEZ – PAREDA J. *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, editorial Colex, Madrid, 1990 p. 49

algunas señales o indicios lo que ha de suceder; disponer o preparar medios contra futuras contingencias.”¹⁴⁰

La previsibilidad es un tema relativo ya que un resultado no se podría conocer o prever si la patología es nueva, ya que usualmente los resultados son conocidos por los profesionales médicos. Si el riesgo se puede prever se conoce como un riesgo típico caso contrario es un riesgo atípico.¹⁴¹

De lo anterior a manera de resumen podemos resumir en lo siguiente:

		PREVISIBLE	
		Si (resultado típico)	No (resultado atípico)
EVITABLE	Si	Imputable	Imputable hasta cierto grado
	No	No Imputable	No imputable

3.4. Elemento subjetivo culposo

Analizada la parte objetiva de la estructura del tipo de mala práctica médica es necesario revisar el elemento subjetivo del tipo, que en síntesis es el “*análisis de la voluntad que dirige el acto del sujeto activo*”¹⁴² El elemento subjetivo puede analizarse desde dos concepciones según el Dr. Albán: la tradicional y la moderna.

En la primera teoría de concepción psicológica se analiza el nivel de imputabilidad y el nivel de vinculación. La culpabilidad se enfoca en la conciencia y la voluntad del sujeto activo. En el nivel de imputabilidad se analiza si la persona es capaz para realizar actos penalmente relevantes. En el nivel de vinculación se debe investigar si el actor ha actuado ya sea con culpa o con dolo.¹⁴³

¹⁴⁰ RAE. <http://lema.rae.es/drae/?val=prever>

¹⁴¹ Cfr. LAZCANO, Guillermo, “Responsabilidad Penal culposa del médico: Fundamentos para el establecimiento de la egligencia o impericia”, Referencia: <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rldmml/v6-7n2-1/art10.pdf>

¹⁴² ALBÁN GÓMEZ GUILLERMO, “Manual de Derecho Penal Ecuatoriano”, ediciones legales, 1era edición, Quito 183

¹⁴³ Ibid. Cfr. p.184-185

La teoría psicológica ha tenido ciertas críticas por parte de la doctrina misma que trata el tratadista Reyes Escandia en su libro: “Culpabilidad”. Principalmente se puede mencionar que hace mucha referencia en el sujeto en sí y no en la vinculación que tiene con el acto. Adicionalmente, el hablar solo de la teoría psicológica impediría hablar de una legítima defensa. Por otro lado, tampoco se podría hablar de una graduación o atenuación cuanto al dolo o culpa del sujeto activo.¹⁴⁴

En la segunda concepción se agrega al nivel de imputabilidad y de vinculación el de exigibilidad. Este tercer nivel pone en discusión la necesidad de analizar las circunstancias en la que actuó el sujeto activo y revisar los motivos de su actuación.¹⁴⁵

Para establecer la culpabilidad de un acto se debe analizar si el autor es imputable de dicho acto; por tanto que no recaiga en los casos de inimputabilidad. El Código Orgánico Integral Penal establece como casusas de inimputabilidad: el trastorno mental, la embriaguez o intoxicación de conformidad con el artículo 37 y la minoría de edad.

Nadie está libre de sufrir cierto trastorno mental. El médico pudo estar sufriendo de cierto trastorno mental que impidió que actúe con la diligencia necesaria y acatando la *lex artis* y por tanto provocando un resultado lesivo. Este trastorno deberá ser debidamente probado mediante peritos. En el caso de la embriaguez se deberá atener a las reglas del artículo 37 del Código Orgánico Integral Penal. La minoría de edad no podría recaer en la profesión médica ya que es improbable que un médico titulado tenga menos de 18 años.

El segundo nivel de culpabilidad es la vinculación que tiene el sujeto activo con el actor. Esta vinculación puede ser a título de dolo o de culpa. En el caso concreto de la mala práctica profesional el vínculo debe ser por culpa. La culpa está definida como se mencionó en el artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal, mismo que consiste en infringir el deber objetivo cuidado y que produzca un resultado. Esta definición nos remite al artículo 146 del mismo cuerpo legal.

¹⁴⁴ REYES ECHANDÍA, A. “*Culpabilidad*”, editorial Temis, Bogotá, 1999, p.5-6

¹⁴⁵ ALBÁN GÓMEZ GUILLERMO, “*Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*”, ediciones legales, 1era edición, Quito 183. Cfr. p.184-185

El Código Penal vigente hasta agosto del año 2014 definía a la infracción culposa en su artículo 14 como “*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*”¹⁴⁶. Esta definición a mi criterio establecía elementos para establecer la existencia de la culpa, adicionales a la sola infracción al deber objetivo de cuidado.

Podemos distinguir dos clases de culpa: consciente e inconsciente.

La culpa puede calificarse como inconsciente cuando del resultado del obrar o acto no se tuvo representación del resultado emergente del acto cuestionado, todo ello partiendo de la premisa de haberse conducido el sujeto con negligencia o imprudencia pero la consecuencia final de su accionar delictivo no tuvo tal representación en quien así actuara.¹⁴⁷

La culpa consciente obedece a otras motivaciones y pone ella de resalto la obligada representación que el sujeto activo se haga o tuviera del resultado¹⁴⁸

La diferencia existente es en la previsibilidad del resultado lesivo. El médico debe poder prever el resultado para que este sea responsable del acto. En el caso de la culpa inconsciente esta se configura cuando el resultado no fue previsto por el médico pero se debió a que el sujeto activo no realizó el diagnóstico o examen previo apropiado: por ejemplo para descartar posibles alergias.

En el caso de la culpa consciente el resultado fue previsto por el médico pero no tomo las precauciones necesarias. Por ejemplo el médico que sabe que su intervención es de alto riesgo y no ingresa con el personal de apoyo necesario para prevenir cualquier complicación. En la culpa consciente se puede hablar incluso de una sobre confianza por parte del médico tratante.

Cabe diferenciar en este punto la culpa consciente con el dolo eventual. Este último considera el resultado, sin embargo lo ve como algo probable. El sujeto activo acepta esta probabilidad y deja el curso normal de las cosas. La culpa consiente discrepa del dolo eventual en esta aceptación y abandono al normal de las cosas.

¹⁴⁶ Código Penal, R.O. 147, de 22 de enero de 1971, actualizado hasta 15 de febrero de 2012 art. 14

¹⁴⁷ SPROVIERO J. *Mala Praxis-Protección jurídica del médico*, abeledoperrot, Buenos Aires, 1994 p. 164

¹⁴⁸ Ibid. p. 165

El tercer nivel de análisis de la culpa que hace referencia a la exigibilidad, tiene como objeto ver las circunstancias o motivos de la actuación del médico. Nuestro Código no analiza las motivaciones que tuvo el actor para cometer un delito; sin embargo el numeral 4 del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal obliga al juez y al tribunal analizar las circunstancias en el cual se desarrolló el posible delito. Por ejemplo no es lo mismo un ingreso e intervención de emergencia a una intervención que ha sido previamente acordada. Distinto es el caso del médico que trabaja en un centro médico público el cual no cuenta con la instrumentación necesaria a un centro médico privado que necesariamente debe tener la instrumentación para los servicios que presta.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En virtud de lo expuesto anteriormente se puede llegar a las siguientes conclusiones y recomendaciones:

- La mala práctica médica no es un tema reciente. Desde el Código de Hammurabi pasando por Grecia, Roma y nuestra propia legislación ha visto mecanismo para que sea abordado;
- La mala práctica médica puede ser definido como aquel acto culposo realizado por un médico debidamente acreditado, dentro de la relación con su paciente cuya finalidad directa o indirecta se encuentre amparada por la ley, pero que no se ha realizado acorde a la *lex artis* y por tanto ha provocado un resultado lesivo.
- En el Ecuador la mala práctica médica, en el ámbito penal, se debía subsumir en otro tipos penales hasta la promulgación del Código Orgánico Integral Penal, el cual la tipificó en el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional en el artículo 146;
- Al ser un delito culposo que se basa en el deber objetivo de cuidado que deben tener los profesionales, es necesario establecer a *lex artis* como base para delimitar la responsabilidad profesional;
- La *lex artis* se puede definir como las normas establecidas por quienes ejercen la medicina para la correcta aplicación de los tratamientos y procedimientos terapéuticos, estéticos y experimentales que deben ser consideradas en el caso concreto examinadas por el juez.
- Las legislación ecuatoriana establece ciertas bases para *lex artis* y ciertos protocolos pero deja mucho a discrecionalidad del juez;
- El médico se encuentra en posición de garante frente al paciente debido a su función en la sociedad y en virtud de la asunción que este realiza y el consentimiento del paciente;
- El simple incumplimiento no es motivo para imputar al médico de mala práctica profesional. Es necesario que se produzca un resultado directamente producto de esta omisión y que este haya sido previsible y evitable.
- La figura penal más adecuada para analizar la mala práctica profesional es a través de la comisión por omisión u omisión impropia;

- Es necesario que se capacite a los profesionales de la salud y los funcionarios de la justicia sobre el alcance de la práctica médica y las normas que la regulan.

5. BIBLIOGRAFÍA

Libros

- ALBÁN GÓMEZ GUILLERMO, “*Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*”, ediciones legales, 1era edición, Quito
- ARLUCEA, Esteban, “*Lecciones de teoría jurídica del delito*”, editorial Comares, Granada, 1999
- CAMACHO, Daniella, “*La Mala Práctica Médica*”, Ratio Decidendi - Derecho Penal, edit. Cevallos, Quito, 2012
- CASABONA, Carlos, “*El médico y el Derecho Penal*”, Tomo I, editores Rubinzal-Culzoni, 1ed, Buenos Aires, 2011.
- CASABONA, Carlos, “*El médico y el Derecho Penal*”, Tomo II, editores Rubinzal-Culzoni, 1ed, Buenos Aires, 2011.
- CHAIA, R., “*Responsabilidad Penal Médica*”, editorial Hammurabi, Argentina, 2006
- GOMEZ RIVERO. M. “*La responsabilidad penal del médico*”, editorial tirant lo Blanch, 2da edición, Valencia, 2008
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “*Teoría del Delito*”, vol. 2, editorial Jurídica Universitaria, México, 2002
- LEON, E., “*Breves reflexiones acerca de la necesidad de delimitación de la mala praxis médica en el Ecuador*”, Revista Novedad Jurídicas de Ediciones Legales, año viii, número 64, octubre 2011, pp. 48-51
- LOMBANA J. “*Derecho penal & responsabilidad médica*”, biblioteca jurídica diké, Bogotá, 2010
- MARTINEZ – PAREDA J. “*La responsabilidad penal del médico y del sanitario*”, editorial Colex, Madrid, 1990
- MARTINEZ, José y otros, “*Lecciones de Derecho Penal*”, Universidad externado de Colombia, 2da edición, Bogotá, 2011
- MEINCKE, María, “*La Mala Praxis Médica*”, editorial adhoc, 1era edición, Argentina, 2001

- MIR PUIG. S. *Derecho Penal- Parte General*, editorial IBdef, 7ma edición, Buenos Aires, 2004
- MUÑOZ CONDE F. “*Teoría General del delito*”, editorial tirant lo Blanch, 4ta edición, Valencia, 2007
- PARRA, Mario, “*Carga de la prueba en la responsabilidad médica*”, ediciones doctrina y ley, Bogotá, 2004
- REYES ECHANDÍA, A. “*Culpabilidad*”, editorial Temis, Bogotá, 1999
- RODRIGUEZ, Luis, y otros, “*Derecho Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*”, editorial la ley, 4ta edición, España, 2011
- SCHUNEMANN, Bernd, “*Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*”, ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2009.
- SPROVIERO J. *Mala Praxis-Protección jurídica del médico*, abeledoperrot, Buenos Aires, 1994
- TERRAGNI, Marco, “*Dolo Eventual y Culpa Consciente*”, editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009
- WELZEL, Hans, “*Derecho Penal Aleman*”, editorial jurídica de Chile, 11 edición,
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “*Derecho Penal Parte General*”, editorial ediar, 2da edición, Buenos Aires,

Internet

- “*Modelos Causales*” Referencia: <http://personal.us.es/cruzrojo/APUNTES-TEMA-2.pdf>
- AGARWAL A., *Medical Negligence: Law and Interpretation*, referencia: 15 de abril del 2013, disponible en World Wide Web: <http://www.iimahdernet.in/assets/snippets/workingpaperpdf/12616804582011-03-03.pdf>
- AMERICAN Association for Justice, *Medical Negligence: The Role of America's Civil Justice System in Protecting Patients' Rights*, Referencia: 15 de abril del 2013, disponible en World Wide Web: http://www.justice.org/resources/Medical_Negligence_Primer.pdf

- ARRENDONDO, A. *Análisis y Reflexión sobre Modelos Teóricos del Proceso Salud-Enfermedad*”, Referencia: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v8n3/v8n3a05>
- Código de Hammurabi, <http://www.ataun.net/BIBLIOTECAGRATUITA/CI%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/An%C3%B3nimo/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf>
- <http://www.scielosp.org/pdf/spm/v49n1/a09v49n1.pdf>
- LANCEY, Ver Heyden, *Medicine, mistakes and manslaughter> A criminal combination*, Referencia: 15 de abril de 2013, disponible en World Wide Web: www.law.cam.ac.uk/faculty-resources/10006277.pdf
- LAZCANO, Guillermo, “*Responsabilidad Penal culposa del médico: Fundamentos para el establecimiento de la negligencia o impericia*”, Referencia: <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rldmml/v6-7n2-1/art10.pdf>
- NAYAK, R.K., *Medical Negligence, Patients’ Safety and the Law*, Referencia: 15 de abril de 2013, disponible en World Wide Web: http://209.61.208.233/LinkFiles/Regional_Health_Forum_Medical_Negligence.pdf
- Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Referencia: www.rae.es
- RODRIGUEZ M. “*Relación médico paciente*”, editorial ciencias médicas, Cuba, 208, Referencia: http://newpsi.bvs-si.org.br/ebooks2010/en/Acervo_files/Relacion_medico-paciente.pdf

Legislación

- Código Orgánico Integral Penal R.O. Suplemento 180, 10 de febrero de 2014
- Código Penal, R.O. 147, de 22 de enero de 1971, actualizado hasta 15 de febrero de 2012.
- Constitución del Ecuador, R.O. 449, de 20 de octubre de 2008.
- Ley de Derechos y Amparo al Paciente, Registro Oficial Suplemento 626 3 de febrero de 1995, Reforma 22 diciembre 2006
- Ley Orgánica de Salud, R.O. Suplemento 423, de fecha 22 de diciembre de 2006, actualizado hasta el 24 de enero de 2012
- Ley Orgánica de Donación y Transplante de Órganos, Tejidos y Células, Registro Oficial 398, 4-III-2011

Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2007, Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador.
- Corte Nacional De Justicia, Sala De Lo Penal, Penal Militar, Penal Policial Y Tránsito, 30 de agosto de 2013, juicio n. 1127-2012 por homicidio inintencional.
- Sala de lo penal de la Corte Provincial de Pichincha 8 de febrero de 2011, 837-2010
- Sala de lo Penal, Penal militar Penal Policial y tránsito, 3 de febrero de 2014, juicio no. 820-2009 por homicidio inintencional
- Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, 5 de junio del 2012, juicio no. 0793-2011 por homicidio inintencional
- Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Pichincha, 12 de agosto de 2010, juicio número 75-2010 por homicidio inintencional
- Tribunal Supremo Sala De Lo Penal, Madrid, España, Sentencia 12 De Marzo 1990 No. 858

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Daniel Esteban Robalino Moscoso, C.I. 1713530317 autor del trabajo de graduación intitulado: Análisis del vacío legal respecto a la construcción típica de la mala práctica médica en el Ecuador: la inobservancia de la Lex Artis, previa a la obtención del grado académico de ABOGADO en la facultad de JURISPRUDENCIA:

1. Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2. Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través del sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 4 de noviembre de 2015



Daniel Esteban Robalino Moscoso

C.I.1713530317

REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA

Nº
171343031-7

APELLIDOS Y NOMBRES
ROBALINO MOSCOSO
DANIEL ESTEBAN

LUGAR DE NACIMIENTO
PICHINCHA
QUITO

SANTA PRISCA

FECHA DE NACIMIENTO 1991-06-01

NACIONALIDAD ECUATORIANA

SEXO M

ESTADO CIVIL Soltero



INSTRUCCIÓN
BACHILLERATO

PROFESIÓN
ESTUDIANTE

V4443V4442

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
ROBALINO FRANKLIN SAMUEL

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
MOSCOSO RAMOS ELBA YOLANDA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO
2010-05-21

FECHA DE EXPIRACIÓN
2020-05-21

000288001



FIRMA DEL CEDULADO

