



ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

Tema:

“EL DERECHO A LA SALUD FRENTE AL HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL”

Proyecto de Investigación previo a la obtención del título de Abogada

Línea de Investigación:

Fundamentos y Principios del Derecho y sus aplicaciones.

Autora:

ANDREA VANESSA LOZADA CEPEDA

Director:

MSC. PAÚL SANTIAGO MARTÍNEZ RAMOS

Ambato - Ecuador

Enero 2016

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
SEDE AMBATO**

HOJA DE APROBACIÓN

Tema:

“EL DERECHO A LA SALUD FRENTE AL HOMICIDIO CULPOSO POR MALA
PRÁCTICA PROFESIONAL”

Línea de Investigación:

Fundamentos y Principios del Derecho y sus Aplicaciones

Autora:

ANDREA VANESSA LOZADA CEPEDA

Paul Santiago Martínez Ramos, Dr. Msc. **f.** _____
CALIFICADOR

Pablo David Pazmay Pazmay, Ab. Mg. **f.** _____
CALIFICADOR

Edgar Washington Fiallos Paredes, Dr. Mg. **f.** _____
CALIFICADOR

Juan Carlos Manjarrés Buenaño, Ab. **f.** _____
DIRECTOR ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

Hugo Rogelio Altamirano Villarroel, Dr. **f.** _____
SECRETARIO GENERAL PUCESA

Ambato – Ecuador

Enero 2016

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD Y RESPONSABILIDAD

Yo, ANDREA VANESSA LOZADA CEPEDA portadora de la cédula de ciudadanía No. 1804371134, declaro que los resultados obtenidos en la investigación que presento como informe final, previo a la obtención del título de ABOGADA son absolutamente originales, auténticos y personales.

En tal virtud, declaro que el contenido, las conclusiones y los efectos legales y académicos que se desprenden del trabajo propuesto de investigación y luego de la redacción de este documento son y serán de mi sola y exclusiva responsabilidad legal y académica.

ANDREA VANESSA LOZADA CEPEDA

CI. 1804371134

AGRADECIMIENTO

A Dios y a mi familia por permitirme alcanzar tan anhelada meta.

A la PUCESA por sus incalculables enseñanzas y por todas las oportunidades que me ha brindado.

Al Dr. Santiago Martínez por su dedicación, por compartir sus conocimientos, por sus instrucciones y por la acertada dirección del presente proyecto.

A quienes trabajan en la institución con ferviente vocación; Psicólogo Maco Mena, quien me ha brindado su apoyo desinteresado desde el día en el que ingresé a los predios universitarios.

Al Dr. Santiago Morales y Dr. Hugo Altamirano por ser guías, en la construcción del tema de investigación.

Al Dr. Pablo David Pazmay Pazmay y Dr. Edgar Washington Fiallos Paredes lectores del actual trabajo; y al Dr. Edwin Iván Gavilanes Paredes validador del presente documento.

Andrea Vanessa Lozada Cepeda

DEDICATORIA

A mis queridos padres, Fabián Lozada y Alexandra Cepeda, por su incondicional amor, apoyo y fortaleza.

A mis hermanos José y Mathías, compañeros de travesuras, por su afecto y cariño.

A Marco Antonio Tocto, por su ternura, entrega y amor.

Andrea Vanessa Lozada Cepeda

RESUMEN

El objetivo de la presente investigación es analizar el derecho a la salud frente al homicidio culposo por mala práctica profesional, los métodos que se utilizaron para lograr esta finalidad fueron el bibliográfico documental y el de campo, metodologías que permitieron por un lado recabar en el documento aportes teóricos e históricos del tópico materia de estudio, como también levantar información aplicando la técnica de la encuesta; dirigida esta específicamente a la población que se considera como afectada en mayor medida por la situación jurídica analizada como son: profesionales de todas las áreas, profesionales de la Salud, profesionales del Derecho y funcionarios idóneos para resolver procesos de esta índole. Algunos de los temas tratados en el trabajo fueron: El derecho a la salud desde la perspectiva jurídica, los delitos contra la vida, la responsabilidad profesional en general y la responsabilidad de los profesionales de la Salud; bibliografía que abarca desde 1976 hasta 2014. El resultado de la presente investigación se sintetiza en que la figura del homicidio culposo por mala práctica profesional si garantiza el derecho a la salud, lo que permite comentar que la norma penal representa un aporte significativo en lo referente al ordenamiento jurídico y que los legisladores ecuatorianos han logrado con la implementación de esta disposición proteger el derecho a la salud a través de penas o sanciones rigurosas.

Palabras claves: salud, homicidio, culpa, mala práctica, profesional.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze the right to health in light of culpable homicide from professional malpractice. The methods that were used to achieve this aim were documental-bibliographical as well as field work, methodologies which made it possible to include theoretical and historical contributions about the thesis topic as well as gather information by applying the technique of a survey which was aimed at the population considered to be mostly affected by the legal situation being analyzed such as professionals of all fields, health workers, professionals in law and officials who are suited to solve processes of this type. Some of the topics that were considered in the study were the right to health from a legal perspective, crimes against life, general professional liability and the responsibility of health workers. It includes a bibliography which covers the time from 1976 to 2014. In summary, the result of this research proves that the figure of culpable homicide from professional malpractice guarantees the right to health, which makes it possible to comment that criminal legislation is a significant contribution in reference to the legal system and that Ecuadorian legislators have achieved the implementation of this disposition to protect the right to health through rigorous sentences or fines.

Keywords: health, homicide, guilt, malpractice, professional.

INDICE DE CONTENIDOS

PRELIMINARES

Declaración de Originalidad y Responsabilidad	iii
Agradecimiento	iv
Dedicatoria	v
RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
INDICE DE CONTENIDOS	viii
INDICE DE TABLAS	xviii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I “FUNDAMENTOS TEÓRICOS”	4
1.1.Antecedentes	4
1.2.Descripción del problema.....	6
1.3.Preguntas básicas.....	8
1.4.Objetivos.....	8
1.4.1.Objetivo general	8
1.4.2.Objetivos específicos	8
1.5.Pregunta de Estudio	9

1.6.Estado del arte.....	9
1.7.Variables	14
1.7.1.Variable independiente.....	14
1.7.2.Variable dependiente	14
1.8.Desarrollo de los Fundamentos Teóricos	15
1.8.1 Derecho a la salud	15
1.8.1.1.Fuentes	15
1.8.1.2 Alcance del derecho a la salud.....	16
1.8.2. De las Naciones Unidas.....	17
1.8.2.1 Constitución de la Organización Mundial de la Salud	18
1.8.2.1.1.Origen	18
1.8.2.1.1.1.Del preámbulo.....	18
1.8.2.1.1.2.De la normativa	23
1.8.2.1.1.2.1.Finalidad	23
1.8.2.1.1.2.2.Funciones.....	23
1.8.2.1.1.2.3.De los miembros y la asamblea	25
1.8.2.2.Declaración Universal de los Derechos Humanos	26
1.8.2.2.1.Origen	26
1.8.2.2.2.De la normativa.....	29
1.8.2.3.Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)	31

1.8.2.3.1. Origen.....	31
1.8.2.3.2. Preámbulo	31
1.8.2.3.3. De la normativa.....	33
1.8.2.4. Convención de los Derechos del Niño.....	35
1.8.2.4.1. Origen.....	35
1.8.2.4.2. Preámbulo.....	35
1.8.2.4.3. De la normativa.....	38
1.8.3. Constitución de la República del Ecuador	45
1.8.3.1. El derecho constitucional a la salud	45
1.8.3.2. De los grupos de atención prioritaria	47
1.8.3.3. Del régimen del Buen Vivir	50
1.8.4. Ley Orgánica de la Salud	59
1.8.4.1. De las profesiones de la salud, afines y su ejercicio	63
1.8.4.2. Jurisdicción y competencia.....	65
1.8.4.3. Procedimiento.....	65
1.8.4.4. Sanciones.....	68
1.8.5. Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional.	68
1.8.5.1. Obligación	68
1.8.5.2. Responsabilidad	70
1.8.5.2.1. Responsabilidad en sentido técnico	71

1.8.5.2.2. Formas de responsabilidad.....	71
1.8.5.2.2.1. Responsabilidad moral.....	71
1.8.5.2.2.1.1.El bien y el mal	71
1.8.5.2.2.1.1.1.Etica.....	72
1.8.5.2.2.1.1.2.Moral	73
1.8.5.2.2.2.Responsabilidad jurídica.....	74
1.8.5.2.2.2.1.Responsabilidad civil.....	76
1.8.5.2.2.2.1.1.Concepto	76
1.8.5.2.2.2.1.2.Importancia	78
1.8.5.2.2.2.1.3.Evolucion de la responsabilidad civil	79
1.8.5.2.2.2.1.4.Clasificacion de la responsabilidad civil	83
1.8.5.2.2.2.1.4.1.Responsabilidad civil contractual	84
1.8.5.2.2.2.1.4.1.1.Elementos	85
1.8.5.2.2.2.1.4.1.2.Exoneracion	86
1.8.5.2.2.2.1.4.2.Responsabilidad civil extracontractual	87
1.8.5.2.2.2.1.4.2.1. Elementos	88
1.8.5.2.2.2.1.4.2.2. Fuentes	89
1.8.5.2.2.2.1.4.2.3.Exoneracion	90
1.8.5.2.2.2.1.4.3.Elementos diferenciadores y comunes.....	91
1.8.5.2.2.2.1.4.3.1. Elementos diferenciadores	92

1.8.5.2.2.2.1.4.3.2. Elementos comunes.....	94
1.8.5.2.2.2.2.Responsabilidad administrativa	95
1.8.5.2.2.2.2.1.Objeto del Derecho Administrativo	95
1.8.5.2.2.2.2.2.Fundamento de la responsabilidad del Estado	96
1.8.5.2.2.2.2.3.El Estado y su agente	98
1.8.5.2.2.2.2.3.1.Distinción entre el Estado y su agente	99
1.8.5.2.2.2.2.4.Diferencia entre la aplicación de la responsabilidad civil y administrativa	99
1.8.5.2.2.2.3.Responsabilidad penal	100
1.8.5.2.2.2.3.1.Responsabilidad penal y configuración general	101
1.8.5.2.2.2.3.2.Diferencia entre responsabilidad penal y moral	102
1.8.5.2.2.2.3.3.Responsabilidad penal y responsabilidad civil.....	103
1.8.5.2.2.2.3.4.La responsabilidad en el COIP	103
1.8.6.Responsabilidad profesional médica	106
1.8.6.1.Acto médico y sus consecuencias jurídicas	106
1.8.6.2.Lex artis	108
1.8.6.3.Responsabilidad médica	108
1.8.6.3.1.Rzones del auge de la responsabilidad médica.....	110
1.8.6.3.2.Tipos de responsabilidad a las que está sujeto el médico	114
1.8.6.3.2.1.Responsabilidad ética	115

1.8.6.3.2.2.Responsabilidad jurídica.....	115
1.8.6.3.3.Tesis frente a la responsabilidad médica.....	118
1.8.6.3.4.Desarrollo de las responsabilidades a las que se somete el médico	124
1.8.6.3.4.1.Responsabilidad ética del médico.....	124
1.8.6.3.4.1.1.Problemas éticos frecuentes	126
1.8.6.3.4.2.Responsabilidad civil médica	128
1.8.6.3.4.2.1.Responsabilidad civil médica contractual	128
1.8.6.3.4.2.1.1.Definición	128
1.8.6.3.4.2.1.2.Requisitos de procedencia de la responsabilidad contractual médica ..	129
1.8.6.3.4.2.1.3.Esencialidades de la responsabilidad contractual	130
1.8.6.3.4.2.2.Responsabilidad civil médica extracontractual	151
1.8.6.3.4.2.2.1.Definición	151
1.8.6.3.4.2.2.2.Elementos	152
1.8.6.3.4.2.2.3.Fuentes	153
1.8.6.3.4.3.Responsabilidad administrativa médica	154
1.8.6.3.4.3.1.De la falla de servicio	154
1.8.6.3.4.3.1.1.Nociones previas	154
1.8.6.3.4.3.1.2.Historia	155
1.8.6.3.4.3.1.3.Contenido.....	156
1.8.6.3.4.3.1.4.Concepto clásico	156

1.8.6.3.4.3.1.5.Concepto moderno	157
1.8.6.3.4.3.1.6.Elementos de responsabilidad	157
1.8.6.3.4.3.1.7.Falla de servicio médico	158
1.8.6.3.4.4.Responsabilidad penal médica	159
1.8.6.3.4.4.1.Precedentes	159
1.8.6.3.4.4.2.Origen de las penas	159
1.8.6.3.4.4.3.Derecho a penar	160
1.8.6.3.4.4.4.Consecuencias de establecer sanciones para conductas antijurídicas	161
1.8.6.3.4.4.5.Proporción de delitos y penas	162
1.8.6.3.4.4.6.Finalidad	162
1.8.6.3.4.4.7.Prontitud de la pena	163
1.8.6.3.4.4.8.Elementos para configurar la responsabilidad en la conducta médica penal	163
1.8.6.3.4.4.9.Aspectos de la culpa	164
1.8.6.3.4.4.9.1.Configuración de los delitos culposos	165
1.8.6.3.4.4.10.Dolo	166
1.8.6.3.4.4.11.Encuadramiento de la conducta médica	168
1.8.6.3.4.4.12.Del delito	169
1.8.6.3.4.4.12.1.Bien jurídico protegido en los delitos contra la vida	169
1.8.6.3.4.4.12.2.Delitos contra la vida según el COIP	176

1.8.6.3.5.El daño	187
1.8.6.3.5.1.Definición	187
1.8.6.3.5.2.Clasificación	187
1.8.6.3.5.3.El acto médico y el daño.....	189
1.8.6.3.5.4.El acto dañoso desde el punto de vista ético médico	189
1.8.6.3.5.5.El daño y su nexo causal con la culpa-exención de responsabilidad.....	190
1.8.6.3.5.6.Resarcimiento del daño	192
1.8.6.3.6.Prueba	192
1.8.6.3.6.1.Concepto y función prueba judicial	192
1.8.6.3.6.2.La prueba de la culpa médica.....	193
1.8.6.3.6.2.1.Aspectos generales	193
1.8.6.3.6.2.2.Medios probatorios generales en materia de responsabilidad médica	194
1.8.6.3.6.2.3.Medios probatorios específicos	196
1.8.6.3.6.2.3.1.Historia clínica	196
1.8.6.3.6.2.3.1.1.Concepto	196
1.8.6.3.6.2.3.1.2.Importancia	197
1.8.6.3.6.2.3.1.3.Caracteres y elementos.....	197
1.8.6.3.6.2.3.1.4.Naturaleza jurídica	199
1.8.6.3.6.2.3.1.5.Contenido	201
1.8.6.3.6.2.3.1.6.Titularidad y conservación	204

1.8.6.3.6.2.3.1.7.Responsabilidad legal del médico frente a la historia clínica.....	205
1.8.6.3.6.2.3.2.Otros documentos sanitarios.....	206
CAPÍTULO II “METODOLOGÍA”	208
2.1. Metodología de la Investigación.....	208
2.1.1. Método General	209
2.1.2. Método Específico	210
2.1.3. Técnicas e instrumentos de recolección de información.....	210
2.2. Población y Muestra	211
CAPÍTULO III “RESULTADOS”	212
3.1 Presentación de resultados	212
3.2 Análisis de Resultados	222
3.2.1. Análisis de Encuestas.....	222
3.2.1.1. Profesionales en general	222
3.2.1.2. Abogados en libre ejercicio profesional	227
3.2.1.3.Profesionales de la Salud.....	232
3.2.1.4.Unidad Judicial Especializada en el ámbito Penal.....	237
3.2.2.Análisis General	240
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	241
Conclusiones	241
Recomendaciones.....	243

BIBLIOGRAFÍA	245
APÉNDICE	252
Apéndice N° 1: Encuesta profesionales de todas las áreas	252
Apéndice N° 2: Encuesta profesionales del Derecho	255
Apéndice N° 3: Encuesta profesionales de la Salud	258
Apéndice N° 5: Encuesta Jueces de la Unidad Judicial Penal	260

ÍNDICE DE TABLAS

TABLAS

Tabla No. 3.1: Presentación de Resultados	212
---	-----

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, previo a la obtención del título de Abogada, titulado “El derecho a la salud frente al homicidio culposo por mala práctica profesional” procura ser una contribución en el ámbito jurídico; analizando el derecho a la salud frente al homicidio culposo por la mala práctica profesional, diagnosticando la situación de la protección jurídica del derecho a la salud, examinando los requisitos del homicidio culposo por mala práctica profesional y proponiendo criterios de protección jurídica del derecho a la salud en relación al homicidio culposo por mala práctica profesional.

En el presente trabajo de titulación podremos vislumbrar los siguientes capítulos y componentes:

En Capítulo I, titulado Fundamentos Teóricos, encontraremos los antecedentes de la investigación; la descripción del problema, que es la exposición detallada de las causas y consecuencias de la contrariedad jurídica identificada y la justificación de trabajar en el tema propuesto; encontraremos también las preguntas básicas, que son respuestas a interrogantes que nos permiten comprender a cabalidad el problema; el objetivo general que corresponde a lo que se desea lograr con el proyecto de investigación y los objetivos específicos que se refieren a resultados parciales o etapas que conducen a cumplir

objetivo general; la pregunta de estudio, que es el resultado del desarrollo del proyecto; el estado del arte, que es un breve recuento de las investigaciones, innovaciones o desarrollos que ya se han realizado sobre la temática en el ámbito regional, nacional o internacional y el alcance de estas en la investigación; las variables que son estructuras que relacionan causas y efectos del problema planteado y finalmente podremos vislumbrar en este capítulo los fundamentos teóricos que son el sustento teórico del estudio mediante el desarrollo de teorías, doctrinas, categorías y conceptos.

En el Capítulo II, titulado Metodología, encontraremos la metodología del proyecto que responde a la pregunta cómo y con qué se realizó la indagación; el enfoque epistemológico, el proceso de estudio, el alcance del estudio, y la modalidad de la investigación; se especifica además en este capítulo el método general y específico del trabajo, las técnicas e instrumentos de recolección de información y la población y muestra.

En el Capítulo III, denominado Resultados, podremos encontrar la presentación de los resultados del trabajo mediante la utilización de tablas y el análisis de los mismos explicitando la medida en que fueron cumplidos los objetivos declarados en relación o conexión con las preguntas de las encuestas.

Con posterioridad encontramos las conclusiones y recomendaciones de la investigación y finalmente el material de referencia que se compone por las referencias mismas y los apéndices.

CAPITULO I

FUNDAMENTOS TEÓRICOS

1.1. Antecedentes

Como antecedentes tenemos que las Ciencias de la Salud se han ido transformando con el devenir del tiempo en cuanto a su perspectiva como también a su valoración, lo que ha dado como resultado que actualmente se emitan juicios diferentes a los antes expresados acerca de la responsabilidad profesional en este ámbito.

Varios son los autores que han sentado bases sobre la mala práctica profesional, y para este estudio hemos de adaptar, a groso modo, la doctrina que consideramos más completa, cuya autoría original corresponde al Dr. Jaramillo Martínez (2011); para quien todo se remonta al año 1760 en el que se constituyó el Código de Hammurabi, cuerpo en el cual se establecían reglas de responsabilidad médica, y en este sentido se imputaban penas severas a los profesionales de la salud que incurrieran en error en el ejercicio de su arte; específicamente este texto establecía que se le cortasen las manos a los médicos que ocasionen la muerte de sus pacientes.

En Egipto y Grecia existían instituciones que determinaban reglas que debían ser seguidas para sanar a los enfermos, disposiciones que en caso de ser violentadas configuraban una específica sanción como podía ser por ejemplo la crucifixión; de igual manera en Roma se estableció la Lex Aquila, la cual fijó penas a la culpa de los profesionales de salud que incurriera en mala práctica.

En la época moderna las sanciones se convierten en proporcionales al daño producido, lo que deja en un segundo plano la venganza que antes imperaba en el tópico materia de estudio y señala una pena correspondiente a la conducta del profesional.

En la época contemporánea se evidencia el hecho de que tanto las normas jurídicas como los sistemas han progresado considerablemente, cambiando enteramente el paradigma de represalia por el de justicia reparadora.

Remontándonos a nuestra sociedad podemos manifestar que en el Ecuador se han presentado casos insólitos de mala práctica profesional, figura que actualmente reposa en varios textos jurídicos, incluida entre esta gama normativa la Constitución de la República y desde el 10 de agosto del 2014 también el Código Orgánico Integral Penal, el cual en el artículo 146 instituyó el tipo de homicidio culposo por mala práctica profesional, cuya promulgación ha generado un debate jurídico sobre la verdadera

intencionalidad de la disposición en mención, y de los posibles dilemas que representa el efectivizar la justicia a través de estas norma.

Es por lo anteriormente dicho que el presente documento representa una contribución significativa en el ámbito jurídico teórico y práctico relativo a la responsabilidad profesional, ya que comprendiendo los preceptos, la doctrina y la aplicación de esta figura lograremos determinar su aporte y procedencia en el sistema jurídico ecuatoriano.

1.2. Descripción del Problema

La Constitución de la República del Ecuador 2008, en su artículo 32 inciso primero dispone que la salud es un derecho que garantiza el Estado; por otro lado, este mismo cuerpo señala en su artículo 54 que las personas responderán por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, de su arte o de su oficio, y en especial este texto se enfatiza en aquellas actividades que pongan en riesgo la integridad de las personas.

Ambos artículos poseen jerarquía constitucional y por ende deben ser desarrollados en normas de menor rango jurídico, a lo que los legisladores han dado respuesta con el Código Orgánico Integral Penal, que entró en vigencia el 10 de agosto de 2014, específicamente en el artículo 146 se tipifica el homicidio culposo por mala práctica profesional y se establece que la persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena

privativa de libertad de uno a tres años, y de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas; además tendrá inhabilidad para el ejercicio de su profesión durante el tiempo que determine la ley.

En este sentido la norma mencionada pretende efectivizar lo ya descrito por la Constitución, sin embargo la misma ha sido materia de debate, incluso con anterioridad a su vigencia, principalmente por los profesionales de la salud, ya que estos en razón del servicio que prestan podrían incurrir con mayor facilidad en el tipo penal, y por ende en las sanciones establecidas.

Según el Dr. Marco Navarrete, doctor en Medicina y en Derecho, con la vigencia del artículo 146 del COIP varios médicos se negarán a atender casos de pacientes de gravedad, en donde se perciban altas probabilidades de muerte, ya que de no obtener resultados favorables con el tratamiento empleado los mismos se verán en la obligación de responder penalmente.

Algunos dilemas de la vigencia del tipo penal en mención son: la relación médico-paciente, la configuración del daño, la responsabilidad del daño, los medios probatorios, la certeza del nexo causal, etc; conflictos facticos y jurídicos por los cuales es imperativo el exhaustivo análisis legal y doctrinario de las disposiciones constitucionales en mención.

1.3. Preguntas Básicas

1.3.1. ¿Qué lo origina?

Lo origina la infracción de una persona del deber objetivo de cuidado o la actuación u omisión innecesaria, peligrosa o ilegítima en el ejercicio de su profesión que dé como resultado la muerte de otro individuo.

1.4. Objetivos

1.4.1. General

Analizar el derecho a la salud frente al homicidio culposo por la mala práctica profesional.

1.4.2. Específicos

1. Diagnosticar la situación de la protección jurídica del derecho a la salud.
2. Analizar los requisitos del homicidio culposo por mala práctica profesional.
3. Proponer criterios de protección jurídica del derecho a la salud en relación al homicidio culposo por mala práctica profesional.

1.5. Pregunta de Estudio

¿Se garantiza el derecho a la salud con la figura penal del homicidio culposo por mala práctica profesional?

Una vez realizada la presente investigación se ha llegado a determinar que la figura del homicidio culposo por mala práctica profesional, establecida en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal si garantiza el derecho a la salud; ello podemos fundamentarlo en las fuentes teóricas e históricas de las que se compone el presente documento como también en los resultados que se obtuvieron del levantamiento información efectuado a través de distintas técnicas investigativas.

1.6. Estado del Arte

Desde la perspectiva de Jorge Eliecer Gaitán (1976), se manifiesta que existe culpa cuando el individuo no hace todo lo que podía y debía hacer para evitar un resultado negativo; la culpa consiste en no tener el cuidado adecuado y la prudencia que la ley exige en las personas razonables para que sus actos no causen perjuicios a la sociedad.

Esta concepción de culpa presentada por el Dr. Jorge Eliecer Gaitán, se relaciona con la presente investigación debido a que nos permite comprender cabalmente que la culpa es un derivado de la falta de cuidado y procedencia que se exige a las personas para que sus actos no provoquen daño alguno, ello nos lleva a diferenciar, la culpa del dolo y a entender que la figura penal materia de estudio, sanciona los resultados obtenidos de actos u omisiones realizadas sin la debida prudencia.

Según Jiménez y Paz (2000): Se entiende por responsabilidad médica, la obligación que tienen los médicos de reparar las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios cometidos en el ejercicio de su profesión.

La acepción que antecede nos permite vislumbrar que la responsabilidad médica, no es sino el deber que tienen los galenos de reparar o de remediar los efectos negativos que han sido causados por sus acciones u omisiones, lo que nos lleva a reflexionar sobre el hecho de que la figura del homicidio culposo por mala práctica profesional, no intenta sino hacer efectiva esta obligación.

Según Martínez y Ruiz (2001), la responsabilidad profesional médica surge cuando el galeno se aparta de la norma praxis, es decir de la práctica estructurada normativamente para el médico.

Por lo anteriormente expresado comprendemos, que la responsabilidad médica, se origina en el momento en el que el profesional de la salud incumple con los parámetros jurídicos establecidos para realizar con eficacia su ejercicio médico, lo cual nos lleva a entender que las sanciones por la mala práctica, no son sino respuestas al desapego que se produce por parte de los profesionales a las normas previstas para su labor.

Según Welzel (2002), el homicidio imprudente es un puro tipo de causación pues demanda únicamente que una persona haya causado el resultado no querido y que esta causación haya podido ser evitable.

La concepción de homicidio imprudente de Welzel, da lugar a comprender que la figura del homicidio culposo, no analiza de manera exhaustiva las causas que originaron dicho resultado, sino que únicamente prevé que este pudo haber sido evitado si el presunto responsable habría actuado con diligencia y apego a la normativa.

La Enciclopedia Jurídica OMEBA (2005), señala que el homicidio es un delito instantáneo, de acción pública que se puede cometer por acción o por omisión, y que el bien jurídico protegido es la vida humana, porque el atentado contra la misma es irreparable y porque la vida es la condición necesaria para disfrutar de los restantes bienes jurídicos.

La Enciclopedia Jurídica OMEBA, nos permite comprender la importancia de que se sancione al responsable de cometer un homicidio, puesto que reconoce el hecho de que la vida es el bien jurídico de mayor jerarquía, ya que sin este bien no podríamos ejercer ningún otro derecho, también este texto analiza el hecho de que no hay reparo para la muerte, y que por ello no es posible remediar el derecho a la vida de una persona.

Según Lombana (2007), el elemento del homicidio culposo en la actividad médica es la violación del deber objetivo de cuidado.

En base a lo expresado por Lombana podemos manifestar que el deber del médico no es sino el de precautelar o el de velar por la vida y por el bienestar de su paciente, y que al ser esta una obligación debe ser cumplida a cabalidad, y como toda obligación que se incumple amerita también una sanción, la cual se ve reflejada en el Código Orgánico Integral Penal.

Según la investigadora Vázquez (2007), quien ha realizado una tesis para la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay, con el tema de “La Mala Práctica Médica en el Ecuador”, la mala praxis es un ejercicio errado o sin habilidad por parte de un médico causándose un daño al buen estado del paciente ello en consecuencia de su imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia.

A partir de la reflexión de la investigadora Vázquez podemos dilucidar que la mala práctica profesional del médico no es sino el resultado de la falta de diligencia en la actividad del galeno, la cual genera un daño al paciente por el que debe responder.

Para el investigador Jaime Tamayo (2007), la obligación de los médicos es de medios y no de resultados; esto quiere decir que lo que se promete es una conducta diligente y prudente, más no un resultado determinado.

Con el aporte del Dr. Jaime Tamayo, podemos comprender que el médico a través de su ejercicio lo que procura es realizar todas las labores, propias de su profesión que precautelen el bienestar de su paciente, ello sin duda lo debe realizar con la diligencia del caso, sin embargo, este autor nos aclara que aunque el compromiso del médico es aplicar todos los medios que estén a su alcance, el mismo no puede comprometerse a un determinado resultado, lo que nos lleva a reflexionar sobre el hecho de que la figura del homicidio culposo por mala profesional no se enfoca en el resultado de la muerte del paciente, sino en la inobservancia de los medios que debieron emplearse para precautelar su vida, y por ello se busca sancionar al responsable.

Según Morillas (2010): La forma más idónea de lidiar con los conflictos que se derivan del acto médico es a través de los medios alternos de resolución de controversias.

Morillas, a través de su aporte abre nuevos parámetros para solucionar o resarcir la mala práctica del médico, lo que nos lleva a indagarnos sobre las sanciones que promueve el COIP, puesto que según este autor los medios alternativos de solución de conflictos bastarían para solventar estos inconvenientes, por ello es importante analizar la efectividad de la figura del homicidio culposo por mala práctica profesional, ya que probablemente las sanciones que pregonan la misma, podrían ser según algunos autores muy severas, y según otros autores, las correctas.

1.7. Variables

1.7.1. Variable Independiente

El Derecho a la salud

1.7.2. Variable Dependiente

Homicidio culposo por mala práctica profesional

1.8. Desarrollo de los Fundamentos Teóricos

1.8.1. Derecho a la salud

El derecho a la Salud será analizado en el presente documento desde la perspectiva netamente jurídica, es por ello que a continuación se detallan los instrumentos normativos de carácter internacional y nacional que garantizan este derecho con mayor incidencia.

1.8.1.1. Fuentes

Según Allard (2012), las fuentes del derecho a la salud pueden ser locales, nacionales, regionales o internacionales.

Específicamente en el derecho internacional encontramos a la Organización Mundial de la Salud, institución que adoptó en 1946 su Constitución o norma originaria; así también podemos mencionar dentro del mismo conjunto normativo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, texto que en 1948 estableció las bases de la estructura jurídica del derecho a la salud, podemos referirnos además al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y a la Convención de los Derechos del Niño; esta última considerada por muchos como la ley internacional que abarca de mejor manera el derecho a la salud de las personas. En ámbito nacional encontramos como norma mejor postora del derecho a la salud a la Constitución de la República del Ecuador, cuya

jerarquía da lugar a un acatamiento máximo de efectivización de derechos y de subordinación de responsabilidades; y finalmente, aunque de menor jerarquía, podemos mencionar al Código Orgánico de la Salud, cuya especificidad es digna de ser estudiada, por los postulados normativos que propone frente a este derecho.

1.8.1.2. Alcance del derecho a la salud

Según Allard (2012), el derecho a la salud es de carácter inclusivo, comprende derechos y libertades y genera también obligaciones a los Estados.

A continuación disgregaremos la presentada acepción:

-Derecho inclusivo: No se centra únicamente en el recibir idónea atención de salud y medicamentos, sino también en el acceso a una vivienda digna, agua potable, alimentación nutritiva, etc.

-Comprende libertades: La libertad específica del derecho a la salud es oponerse a ser intervenido o a recibir un tratamiento sobre el que no se ha consentido.

-Comprende derechos: El derecho a la salud consiste en disfrutar plenamente el más alto nivel posible de salud (instalaciones, bienes y servicios).

-Genera obligaciones: Los Estados tienen la obligación de la realización efectiva del derecho a la salud.

1.8.2. De las Naciones Unidas

Una vez comprendida la concepción del derecho a la salud, cabe ahora referirnos a los distintos cuerpos jurídicos de carácter internacional que lo abordan; pero ello no podríamos realizarlo sin en primera instancia considerar la institución que avala estos textos normativos; esta entidad es la Organización de las Naciones Unidas, a la cual nos referiremos en los siguientes apartados.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) es la institución de mayor relevancia internacional, definida como un gobierno de carácter mundial que da lugar a atender asuntos relativos a la efectivización de derechos, a la paz, a la seguridad, al desarrollo social, al progreso económico y asuntos de asistencia humanitaria.

Se fundó el 24 de octubre de 1945, en San Francisco, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, ello se lo realizó con la firma de la Carta de las Naciones Unidas por 51 países.

Actualmente 193 países son miembros y existen otros tantos que actúan como meros observadores, por la naturaleza de su situación política interna.

Es esta institución la que ha dado vida a varios documentos internacionales que protegen los derechos de los seres humanos, dentro de los que se encuentra el derecho a la salud, y que será revisado a continuación en la esfera internacional.

1.8.2.1. Constitución de la Organización Mundial de la Salud

1.8.2.1.1. Origen

La Organización Mundial de la Salud es un ente establecido por convenios internacionales, vinculado a las Naciones Unidas; su constitución data del año 1946, pero entra en vigor en 1948.

A partir de su origen este organismo tiene gran incidencia jurídica a nivel mundial, es por ello que dentro de este documento abarcaremos los ítems más representativos de esta constitución.

1.8.2.1.1.1. Del preámbulo

El preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud enmarca una serie de principios sobre los cuales se edifica el articulado o sección normativa de este texto, de manera amplia el documento determina los preceptos que identificaremos en las próximas líneas.

a) El gozar de salud no implica únicamente ausencia de enfermedad, sino el bienestar físico, mental y social de la persona.

Acerca de la concepción que antecede podemos manifestar que la noción del derecho a la salud es de carácter integral, ya que abarca el disfrutar de un excelente estado físico, mental y social.

b) Todas las personas tienen derecho a gozar del grado máximo de salud que sea posible, ello en consideración de que este es un derecho fundamental independiente de toda distinción.

Por lo expresado podemos manifestar que las personas tienen derecho a disfrutar del nivel más alto de salud que sea viable; además este apartado establece también que no se admitirá diferenciación alguna para el ejercicio del derecho mencionado.

c) La efectivización del derecho a la salud depende de la contribución tanto de las personas como de los Estados, quienes deben colaborar con este fin porque el mismo es incidente en la paz y la seguridad nacional.

En base a lo explicitado con antelación podemos manifestar que el derecho a la salud no es responsabilidad únicamente del Estado, sino también de todas las personas que lo constituyen; además de ello el párrafo que antecede nos explicita que este es un derecho influyente en valores como la seguridad y la paz.

d) Los resultados logrados por los Estados en relación al fomento y a la protección de la salud son valiosos no únicamente para este territorio, sino para la totalidad de la población mundial.

El amparo del derecho a la salud que se logre en un determinado Estado es significativo no únicamente en dicho Estado, sino también en los demás; ello porque la efectivización de este derecho es importante para todos ciudadanos del planeta.

e) La divergencia entre países sobre el derecho a la salud y el control de enfermedades transmisibles es una preocupación de carácter global.

En base a lo dicho podemos comprender que es interés de todos el equiparar las diferencias que se presenten en los distintos países sobre el derecho a la salud, además que las enfermedades consideradas como transmisibles constituyen también una amenaza global.

f) La capacidad de vivir en armonía en un mundo dinámico, es importante para el desarrollo saludable del niño.

Por lo dicho podemos comentar que la salud de los niños y niñas incluye el convivir en su entorno en fraternidad.

g) Se debe extender a todos los pueblos los beneficios de los avances médicos y psicológicos, esto con la finalidad de alcanzar el más alto nivel de salud.

En ocasiones los conocimientos o las innovaciones que se realizan en toda área son guardados con finalidades económicas, individualistas, etc.; es por ello que el preámbulo del cuerpo normativo estudiado prevé que las conquistas logradas en relación al tópico de la salud sean expandidas a todas las personas para su beneficio.

h) La información es importante en el campo de la salud, ya que esta da lugar a una consideración más amplia de este derecho.

Por lo dicho podemos manifestar que es relevante el impartir y recibir la información adecuada sobre asuntos concernientes a la salud, ya que ello nos permitirá tomar las medidas preventivas adecuadas, o desmentir infundados temores.

i) Finalmente se afirma que la salud es una de las responsabilidades del gobierno, el cual debe responder mediante la adopción de mecanismos sanitarios y sociales idóneos.

Acerca de lo dicho podemos manifestar que la salud debe efectivizarse en las personas mediante la adopción de políticas gubernamentales que permitan a la población el ejercicio de este derecho.

Una vez estudiado el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, podemos decir que comprendemos el rol que cumple esta institución a nivel global y sus objetivos primordiales; ello nos permitirá entender ampliamente la normativa que a continuación se desarrolla.

1.8.2.1.1.2. De la normativa

1.8.2.1.1.2.1. Finalidad

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud (1948), determina que “La finalidad de la Organización Mundial de la Salud será alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud” (Art. 1).

Por lo establecido en el artículo en mención podemos determinar que el objetivo de la Organización Mundial de la Salud es alcanzar que la totalidad de las personas gocen del mayor grado viable de salud.

1.8.2.1.1.2.2. Funciones

El artículo 2 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (1948), determina las funciones de este organismo; las cuales son específicamente 22, pero para efectos del presente documento, nos referiremos meramente a las que consideramos más relevantes.

Las siguientes son las funciones del organismo:

a) Actuar como autoridad directiva y coordinadora en asuntos de sanidad internacional.

c) Ayudar a los gobiernos, a su solicitud, a fortalecer sus servicios de salubridad.

i) Promover, con la cooperación de otros organismos especializados cuando fuere necesario: el mejoramiento de la nutrición, la habitación, el saneamiento, la recreación, las condiciones económicas, y de trabajo; y otros aspectos de la higiene del medio.

l) Promover la salud y la asistencia maternal e infantil, y fomentar la capacidad de vivir en armonía en un mundo que cambia constantemente.

m) Fomentar las actividades en el campo de la higiene mental, especialmente aquellas que afectan las relaciones armónicas de los hombres.

n) Promover y realizar investigaciones en el campo de la salud.

o) Promover el mejoramiento de las normas de enseñanza y adiestramiento en las profesiones de salubridad, medicina y afines.

q) Suministrar información, consejo y ayuda en el campo de la salud.

t) Establecer normas uniformes de diagnóstico, según sea necesario.

v) En general, tomar todas las medidas necesarias para alcanzar la finalidad que persigue la Organización.

En razón de las funciones determinadas por el cuerpo normativo estudiado podemos mencionar que la Organización Mundial de la Salud es un ente que coordina, colabora, promueve, fomenta e informa asuntos relativos a la efectivización del derecho a la salud de todas las personas.

1.8.2.1.1.2.3. De los miembros y la asamblea

El artículo 3 de la Constitución de la O.M.S. (1948), se refiere a que “La calidad de miembro de la Organización es accesible a todos los Estados.”

Por lo dicho comprendemos que pueden ser miembros de la Organización Mundial de la Salud los Estados que lo deseen, ello claro está previa aprobación de la Constitución de esta entidad.

Acercas de la Asamblea podemos determinar que el artículo 10 de la Constitución de la O.M.S. (1948), señala que “La Asamblea de la Salud estará compuesta por delegados representantes de los Miembros.”

En relación a lo explicitado podemos manifestar que al igual que toda institución la O.M.S. reúne a sus miembros para tratar asuntos administrativos relativos al organismo.

Ahora que hemos concluido el estudio de la Constitución de la organización Mundial de la Salud, podemos manifestar que esta es una entidad que se encarga de todas las extensiones del derecho a la salud, es decir que abarca los ámbitos en los cuales se encuentra inmerso este derecho.

1.8.2.2. Declaración Universal de los Derechos Humanos

1.8.2.2.1. Origen

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, ello en

respuesta a los horrores que se produjeron en la Segunda Guerra Mundial; suceso que marcó pautas para que la comunidad internacional entendiera que debía formular instrumentos que reconozcan la dignidad de todas las personas.

La composición del texto en sí fue confiada a una comisión cuya representación recayó en Eleanor Roosevelt; este comité se componía de miembros de 18 países. El documento fue redactado por el canadiense John Peters Humphrey y revisado por René Cassin.

Acerca de los Derechos Humanos podemos señalar que estos son el conjunto de principios que fueron creados con el afán de no menoscabar la integridad de las personas, ello en razón de un sinnúmero de acontecimientos históricos que dieron lugar a la vulneración de la dignidad del hombre; aún en la actualidad este instrumento sigue siendo un ícono del ejercicio de los derechos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es el documento que se constituyó para reconocer los preceptos básicos que se le deben asegurar al ser humano en el transcurso de su vida, es decir que las personas poseemos un sinnúmero de derechos inherentes por el solo hecho de serlo.

Este reconocimiento que se realiza de manera universal permite que el actuar de los ordenamientos jurídicos y de los Estados responda a la consecución del cumplimiento de estas normativas.

Las autoridades varias deben sin duda alguna dar prioridad en su labor al cumplimiento de los derechos determinados en el documento materia de este estudio, pues este es el único medio que posee la sociedad para asegurar su bienestar frente a todo intento del menoscabo de los preceptos básicos del hombre.

Empíricamente hemos podido evidenciar que el hombre en la búsqueda de saciar sus ansias de poder, ha logrado deteriorar la calidad de vida de las personas, dando en muchas ocasiones prioridad a ciertos grupos humanos y retirando todo cuanto le fuere necesario a otro para su sobrevivencia.

Ante ello cabe destacar que todo lo actuado en aquel entonces, no era un acto ilegal o atentatorio contra el ordenamiento jurídico del mencionado país, sino todo lo contrario, estos sucesos se veían amparados por las leyes internas de Alemania.

Ello nos conlleva a indagarnos sobre el hecho de que muchas veces la ley no es siempre justa ni la manifestación de la voluntad soberana, muchas veces solo es la manifestación de la voluntad de ciertos gobernantes o de un solo grupo de la sociedad, es por ello que el trabajo del jurista es el análisis profundo del objetivo final de la ley, y de ser el caso batallar por la justicia, por la dignidad de los seres humanos, por la vida y por la paz; y no por la ley.

Tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como los distintos instrumentos jurídicos de derechos nos permiten regular el actuar del Estado y de la sociedad; pues estos deben ejercer su accionar en relación al bienestar de las personas, sin menoscabar su integridad, su dignidad y sus derechos.

1.8.2.2.2. De la normativa

La Declaración Universal de los Derechos Humanos se compone de 30 artículos; sin embargo en el presente documento se mencionarán únicamente las normas relevantes para el desarrollo del tópico materia de estudio.

El artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), determina que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”

Por lo especificado en el apartado que antecede podemos manifestar que los seres humanos ven amparado su derecho a la vida en el instrumento que nos encontramos analizando, ello es sin duda alguna muy favorable ya que permite efectivizar los derechos de los individuos acudiendo no únicamente a instrumentos nacionales sino a internacionales también.

El artículo 25 numeral 1 de la D.D.H.H. señala que: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, a sí mismo como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”

Acercas de lo especificado en el artículo que antecede debemos determinar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce expresamente que el derecho a la salud se efectiviza a través del acceso a otros derechos como lo son: nutrición, vestimenta, vivienda, etc; lo que nos lleva a aseverar lo que se dijo ya con anterioridad, que el derecho a la salud posee un carácter conexo.

El numeral 2 del artículo que nos encontramos estudiando, en su parte pertinente señala también que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.”

Por lo dicho comprendemos que existen grupos que requieren de atención especializada, ello respondiendo al estado en el que se encuentran o a la etapa de la vida que atraviesan.

Sobre la Declaración de los Derechos Humanos finalmente podemos comentar que es imprescindible en el desarrollo de la presente investigación ya que reconoce el derecho a la salud como derecho humano, encaminado a dignificar a las personas.

1.8.2.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

1.8.2.3.1. Origen

Es un instrumento que reconoce a las personas derechos económicos, sociales y culturales; fue adoptado y accesible a ser firmado, ratificado o adherido por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de fecha 16 de diciembre de 1966; entró en vigencia el 3 de enero de 1976.

1.8.2.3.2. Preámbulo

El preámbulo de este documento considera cuatro puntos específicos, los cuales serán detallados en las líneas que preceden.

a) El reconocimiento de la dignidad inherente a los seres humanos y su igualdad.

Este documento acepta la dignidad de la persona como tal por el simple hecho de serlo y la identidad y equivalencia entre cada uno de nosotros identificándonos meramente seres humanos.

b) No puede realizarse el ideal del ser humano libre de temor y miseria, a menos que se creen las condiciones que den lugar a que cada persona pueda gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, civiles y políticos.

Este apartado nos permite comprender que de nada existen las normas si estas no van a ser cumplidas o si al menos no se establecen los mecanismos idóneos para su efectivización.

c) Se considera además el hecho de que el ente de las Naciones Unidas impone a los Estados el deber de promover el respeto de los derechos y libertades de las personas.

Por lo enunciado comprendemos que es deber de la institución de mayor jerarquía dentro de un determinado territorio el promover la efectividad de los derechos de los seres humanos.

d) Finalmente se considera el hecho de que la efectividad de los derechos humanos es obligación de todas las personas que componen la sociedad.

Acerca del último apartado del preámbulo del texto materia de estudio podemos determinar que es deber de todos el cumplimiento de los derechos y libertades de las personas, no únicamente de la institución estatal, como muchos pueden creer.

1.8.2.3.3. De la normativa

El PIDESC se compone de 31 artículos; sin embargo se analizara únicamente el número 12, ya que este es el que concierne al tópico materia de estudio.

Según el artículo 12 numeral 1 del Pacto de Derechos Económicos Políticos y Culturales (1976) “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”

En base a lo descrito en el artículo 12 numeral 1 del PIDESC podemos manifestar que los Estados afirman el derecho de los seres humanos a gozar del grado más alto de salud corporal y psicológica que sea factible.

Según el artículo 12 numeral 2 del Pacto de Derechos Económicos Políticos y Culturales (1976): Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes del Pacto a fin de asegurar efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortalidad;
- b) El mejoramiento de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades; y
- d) La creación de condiciones que aseguren asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Sobre lo dicho en el numeral 2 podemos comentar que los Estados Partes deben emplear los parámetros mencionados con la finalidad de lograr la efectividad del derecho a la salud; que en resumidas cuentas se sintetizan en la reducción de la mortalidad; en el perfeccionamiento de la higiene en el ámbito laboral y en el medio ambiente; en la prevención y tratamiento contra enfermedades y en el establecimiento de contextos que permitan el acceso a asistencia y servicios médicos.

1.8.2.4. Convención de los Derechos del Niño

1.8.2.4.1. Origen

Fue adoptada, y dio paso a su firma y ratificación por la Asamblea General en la resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigencia el 2 de septiembre de 1990.

1.8.2.4.2. Preámbulo

El primer apartado del preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño hace referencia a los preceptos que configuran la Carta de las Naciones Unidas los cuales son específicamente la libertad, la justicia y la paz; a estos principios los establece como base para de la dignidad de los derechos propios de los seres humanos.

El segundo párrafo del texto normativo materia de estudio entraña que los diferentes Estados que promulgan con la Carta de las Naciones Unidas evidencian su confianza en los derechos y en la dignidad de los seres humanos; se considera que es por ello que estos pueblos han tomado la decisión de promover el progreso de la sociedad y magnificar la libertad de las personas.

En el tercer apartado se entabla que Naciones Unidas han acordado distintos instrumentos de derechos humanos que son propios de todas las personas sin distinción alguna por ningún motivo.

A partir del cuarto apartado se considera como grupo especial a la infancia, determinando que estos ameritan cuidados especializados.

En el quinto párrafo se determina que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y el contorno natural que da lugar al bienestar de sus integrantes y específicamente al bienestar de los niños y niñas; es por ello que esta amerita ser protegida y asistida con la finalidad de que cumpla sus responsabilidades sociales.

En el sexto apartado se establece que el niño amerita para su desarrollo holístico, crecer en un núcleo familiar que le brinde felicidad, amor y comprensión total.

El séptimo párrafo señala que los infantes deben ser preparados para llevar una vida independiente, como también deben ser educados en base a los preceptos que señala el texto de la Carta de las Naciones Unidas.

El octavo párrafo señala algunos cuerpos normativos de carácter internacional en los que se ha regulado la atención especializada que deben recibir los niños y niñas.

El noveno apartado determina que los niños y niñas ameritan una protección y cuidados especiales en razón de que se encuentran en una etapa de formación y ya que aún no han logrado conseguir la madurez total física y mental.

El décimo párrafo establece que en ciertos contextos se necesita tomar medidas de protección especializada en razón de la situación que se encuentran atravesando los niños y niñas; estos son por ejemplo escenarios de adopción, ubicación de los infantes en hogares de guarida, administración de justicia de niños y niñas, estados de emergencia y conflictos armados.

El décimo primer párrafo reconoce el hecho de que alrededor del mundo existen niños y niñas que se encuentran viviendo en situaciones realmente difíciles y que estos ameritan de una atención especializada y urgente.

El décimo segundo párrafo se relaciona con la relevancia que tienen las tradiciones, los valores y la cultura de cada Estado, los cuales deben ser protegidos para lograr la formación holística de los niños y niñas.

Finalmente el décimo tercer párrafo determina que es menester la cooperación internacional para lograr fortalecer las condiciones de vida, de los niños y niñas.

1.8.2.4.3. De la normativa

La Convención de los Derechos del Niño se compone de 54 artículos, sin embargo para el presente estudio se considerarán únicamente los relativos al derecho a la salud, materia principal de este documento.

Según el artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño (1990): “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

En base a lo señalado por el artículo 1 podemos determinar que se entiende por niño a todo ser humano que no ha llegado a cumplir 18 años, a menos que la ley del Estado que lo rija determine que antes de esta edad ha alcanzado ya la mayoría de edad.

Según el artículo 6 numeral 1 de la Convención de los Derechos del Niño (1990): “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.”

Sobre el artículo 6 numeral 1 podemos señalar que se reconoce que los niños tienen derecho a la vida por el solo hecho de ser humanos.

Según el artículo 6 numeral 2 de la Convención de los Derechos del Niño (1990): “Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”

Acerca del numeral 2 podemos comentar que los Estados Partes tomarán las medidas necesarias para conservar este derecho y que procurarán el desarrollo del niño.

Según el artículo 24, numeral 1 de la Convención de los Derechos del Niño (1990): “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la

salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.”

Acerca del artículo 24 numeral 1 podemos determinar que los Estados que comulgan con la Convención de los Derechos del Niño reconocen que los niños y niñas tienen derecho a disfrutar del mayor grado de salud que sea factible, como también se debe facilitarles el acceso a servicios y rehabilitaciones que garanticen su salud; los Estados trabajarán para garantizar que ningún niño sea privado de estos derechos.

Según el artículo 24, numeral 2 de la Convención de los Derechos del Niño (1990): Los Estados asegurarán la total aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

- a) Reducir la mortalidad infantil.
- b) Afirmar la prestación de la asistencia médica y sanitaria de los niños y niñas.
- c) Combatir las enfermedades y la malnutrición.
- d) Asegurar atención sanitaria prenatal y post-natal.

e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, conozcan los preceptos de la salud y nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene, el saneamiento ambiental; las medidas de prevención de accidentes, el acceso a la educación y la aplicación de los conocimientos.

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación en relación a la planificación de la familia.

Por lo dicho en el numeral 2 del artículo 24 podemos comprender que los Estados Partes se comprometen a adoptar ciertos parámetros que den lugar a la efectivización del derecho a la Salud de los niños y niñas; considerándolas como grupo que requiere de atención especializada.

Según el artículo 24, numeral 3 de la Convención de los Derechos del Niño (1990): “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.”

En base al numeral 3 del artículo materia de estudio podemos determinar que los Estados Partes se comprometen a derogar los actos tradicionales que vayan en detrimento de la salud de los niños y niñas; esta norma posiblemente puede referirse a situaciones como el trabajo infantil, a la “educación” fundamentada en el maltrato, a las nupcias tempranas, etc.

Según el artículo 24, numeral 4 de la Convención de los Derechos del Niño (1990): “Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. Al respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.”

El numeral 4 del artículo 24 se refiere a que los Estados tienen el deber de alentar la colaboración internacional para lograr la efectivización del derecho a la salud; sobre todo en los países en vías de desarrollo.

Según el artículo 25 de la Convención de los Derechos del Niño (1990): “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental....”

Por lo dicho entendedos que los niños que se encuentren confinados a un centro de atención, protección o tratamiento de salud gozan de derechos especializados que han sido reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño.

Según el artículo 27, numeral 1 de la Convención de los Derechos del Niño (1990): “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.”

Sobre el numeral 1 del artículo 27 podemos determinar que los Estados asienten en el derecho de los niños a tener un nivel de vida digno, que les asegure a los mismos un desarrollo holístico.

Según el artículo 27, numeral 2 de la Convención de los Derechos del Niño (1990): “A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.”

Acerca del numeral 2 podemos señalar que es deber de las personas que sean responsables del cuidado de los niños y niñas proveerles, en base a sus posibilidades de los medios que sean indispensables para llevar una vida digna.

Según el artículo 27, numeral 3 de la Convención de los Derechos del Niño (1990): “Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.”

Sobre el numeral 3 podemos determinar que los Estados deben precautelar el derecho a la salud a través de la adopción de parámetros necesarios en pro de quienes son responsables por el cuidado de los niños y niñas; por ejemplo podrán proporcionar asistencia materna y programas de apoyo en relación a alimentación, vestimenta y vivienda.

Una vez analizada la Convención de los Derechos del Niño podemos señalar que este es considerado uno de los cuerpos normativos en los cuales se desarrolla con mayor precisión el derecho a la salud, ya que este integra un sinnúmero de derechos que dan lugar a una vida digna y el desarrollo holístico de la persona en formación.

Por los párrafos expuestos en este documento que se refieren a los instrumentos internacionales importantes sobre el derecho a la salud podemos determinar que sin duda alguna la salud se encuentra protegida por distintos cuerpos jurídicos de carácter global, los cuales dan lugar a una garantización profunda de este derecho.

1.8.3. Constitución de la República del Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador, como se mencionó ya es el cuerpo jurídico de mayor relevancia dentro de nuestro territorio, en este texto normativo se abarcan las responsabilidades y derechos de las personas, como también la forma de organización del país. A continuación estudiaremos los artículos que se refieren al derecho a la salud.

1.8.3.1. El derecho constitucional a la salud

Según el artículo 32, inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador (2008): “La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, alimentación, educación, cultura física, trabajo, seguridad social, ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.”

En relación al primer apartado del artículo 32 podemos señalar que la salud es un derecho de carácter conexo, ello ya el mismo se perfecciona con el acceso a otros derechos.

Según el artículo 32, inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador (2008): “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.”

El segundo apartado del artículo 32 señala que el Estado debe implementar estrategias de toda índole que permitan el acceso continuo, pertinente e incluyente al derecho a la salud en general. El párrafo finaliza mencionando que el servicio de la salud se manejará con ciertos preceptos encaminados a recibir asistencia de calidad y calidez.

1.8.3.2. De los grupos de atención prioritaria y el derecho a la salud

A partir del artículo 35 de la Constitución se encuentran estipulados los Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria; estos colectivos tienen derechos específicos por la condición de vulnerabilidad que los define; en los párrafos siguientes se estudiarán únicamente los relativos al derecho a la salud.

Sobre la sección primera, Adultas y Adultos Mayores, podemos mencionar al artículo 37 numeral 1 el cual determina que el Estado garantizará a este grupo atención gratuita y especializada de salud; también podemos encontrar en el artículo 38 numeral 1 que el Estado tomará las medidas necesarias que den lugar a una atención en centros especializados que efectivicen su nutrición, salud y cuidado diario, en un marco de protección integral de derechos. En el mismo artículo, numeral 8 se señala además que se facilitará la protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.

Los Jóvenes encuentran su derecho constitucional a la salud en el artículo 39 segundo inciso, el cual en la parte pertinente determina que el Estado reconocerá a las jóvenes y los jóvenes como actores estratégicos del desarrollo del país, y les garantizará el derecho a la salud.

En el artículo 42 relativo a la Movilidad Humana se señala en su sección oportuna que las personas que hayan sido desplazadas tienen derecho a recibir protección y asistencia humanitaria emergente de las autoridades, que asegure el acceso a alimentos, alojamiento, vivienda, servicios médicos y sanitarios.

Las Mujeres Embarazadas, en el artículo 43 ven reflejados sus derechos a recibir servicios de salud materna gratuita, acceder a una salud integral durante su embarazo, parto y post-parto, y a disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el período de lactancia.

Los Niños, Niñas y Adolescentes en el artículo 45 inciso segundo ven garantizado su derecho a recibir salud y nutrición integral; en el artículo 46 se señala que el Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes: 1. La atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos; y 9. La protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.

El artículo 47 se refiere a las Personas con Discapacidad; y en el numeral 1 se determina que se les reconoce la atención especializada en las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud para sus necesidades específicas, que incluirá de forma

gratuita la provisión de medicamentos en particular para aquellas personas que requieran de ellos de por vida. En el numeral 2 se señala que la rehabilitación integral y la asistencia permanente incluirán las correspondientes ayudas técnicas; finalmente en el numeral 9 se menciona la atención psicológica gratuita para las personas con discapacidad y sus familias, en particular en caso de discapacidad intelectual.

Las Personas con Enfermedades Catastróficas en el artículo 50 evidencian la garantía que les otorga el Estado a la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente.

En el artículo 51 numeral 4 las Personas Privadas de Libertad ven reconocido su derecho a contar con los recursos humanos y materiales necesarios para garantizar su salud integral en los centros de privación de libertad.

Finalmente en el artículo 52 referente a las Personas Usuarias y Consumidoras determina en las líneas de interés para nuestro estudio que las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y que la ley establecerá las sanciones por vulneración de estos derechos o las indemnizaciones por deficiencias o daños. El artículo 53 inciso segundo establece que el Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo. El artículo 54 determina que las personas o

entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore. Y en el inciso segundo menciona que las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas.

Por los párrafos que anteceden sobre los Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria podemos comprender que la Constitución de la República del Ecuador prevé una atención especializada para quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad; especificando en cada colectivo lo que abarca su derecho a la salud en base a sus requerimientos.

1.8.3.3. Del régimen del Buen Vivir

En título VII Régimen del Buen Vivir, Sección segunda Salud, podemos apreciar varios artículos relativos al sistema nacional de salud que exponen las políticas que se aplicarán para efectivizar el derecho a la salud.

Según el artículo 358 de la Constitución de la República del Ecuador (2008): “El sistema nacional de salud tendrá por finalidad el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva, y reconocerá la diversidad social y cultural. El sistema se guiará por los principios generales del sistema nacional de inclusión y equidad social, y por los de bioética, suficiencia e interculturalidad, con enfoque de género y generacional.”

En base al artículo que antecede podemos manifestar que el Sistema de salud tiene como objetivo primordial lograr el goce máximo de las capacidades y potencialidades, ello para lograr llevar una vida saludable y holística, ya sea de manera individual o social. Este sistema se rige por principios rectores como la inserción, ecuanimidad, ética, especialidad, competencia entre otros.

Según el artículo 359 de la Constitución de la República del Ecuador (2008): “El sistema nacional de salud comprenderá las instituciones, programas, políticas, recursos, acciones y actores en salud; abarcará todas las dimensiones del derecho a la salud; garantizará la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación en todos los niveles; y propiciará la participación ciudadana y el control social.”

Por lo dicho comprendemos que el sistema nacional de salud debe incluir o contener todas las extensiones del derecho a la salud, ya que se considera que esta es la forma en la cual se perfeccionará el impulso, las medidas preventivas y la recuperación en todos los grados; además el artículo 359 finaliza diciendo que la salud depende de la colaboración de la sociedad.

Según el artículo 360, inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador (2008): “El sistema garantizará, a través de las instituciones que lo conforman, la promoción de la salud, prevención y atención integral, familiar y comunitaria, con base en la atención primaria de salud; articulará los diferentes niveles de atención y promoverá la complementariedad con las medicinas ancestrales y alternativas.”

Sobre el primer inciso del artículo 360 podemos comentar que este expone que se cuidará de manera holística a quienes ameritan ser atendidos y además este texto reconoce la importancia y la posible efectividad de las medicinas alternativas.

Según el artículo 360, inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador (2008): “La red pública integral de salud será parte del sistema nacional de salud y estará conformada por el conjunto articulado de establecimientos estatales, de la seguridad social y con otros proveedores que pertenecen al Estado, con vínculos jurídicos, operativos y de complementariedad.”

En el segundo inciso podemos comprender que los establecimientos estatales de salud conforman una red que a la vez está supeditada al sistema nacional de salud.

Según el artículo 361 de la Constitución de la República del Ecuador (2008): “El Estado ejercerá la rectoría del sistema a través de la autoridad sanitaria nacional, será responsable de formular la política nacional de salud, y normará, regulará y controlará todas las actividades relacionadas con la salud, así como el funcionamiento de las entidades del sector.”

Del artículo 361 podemos extraer que el Estado es el ente responsable de implementar políticas de salud como también de regular las actividades y entidades relativas a este servicio público.

Según el artículo 362, inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador (2008): “La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes.”

Por lo expuesto en el primer inciso del artículo 136 podemos mencionar que no únicamente las entidades públicas se encuentran facultadas para prestar el servicio de salud, sino también las entidades privadas o de cualquier otra índole, ello independientemente de que ambas se encuentren prestando un servicio de carácter público. Este apartado determina también que los servicios de salud deben ser efectivos y humanos y deben respaldar los derechos de los pacientes.

Según el artículo 362, inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador (2008): “Los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios.”

Sobre el segundo inciso podemos determinar que los servicios estatales de salud son de carácter gratuito y comprenden todas las fases que lleven a recuperar la salud de una persona.

Según el artículo 363, inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador (2008): El Estado será responsable de los siguientes deberes:

1. Formular políticas públicas que garanticen la promoción, prevención, curación, rehabilitación y atención integral en salud y fomentar prácticas saludables en los ámbitos familiar, laboral y comunitario.
2. Universalizar la atención en salud, mejorar permanentemente la calidad y ampliar la cobertura.
3. Fortalecer los servicios estatales de salud, incorporar el talento humano y proporcionar la infraestructura física y el equipamiento a las instituciones públicas de salud.
4. Garantizar las prácticas de salud ancestral y alternativa mediante el reconocimiento, respeto y promoción del uso de sus conocimientos, medicinas e instrumentos.
5. Brindar cuidado especializado a los grupos de atención prioritaria establecidos en la Constitución.
6. Asegurar acciones y servicios de salud sexual y de salud reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial durante el embarazo, parto y postparto.

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

8. Promover el desarrollo integral del personal de salud.

Por los puntos expresados en el artículo 363 podemos comprender que el Estado tiene ciertas responsabilidades con respecto al derecho a la salud que deben ser cumplidas a cabalidad por la entidad.

Según el artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador (2008): “Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales. El Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco.”

Por lo expuesto en el artículo 364 comprendemos que el Estado debe abordar los aspectos que conlleven a vulnerar el derecho a la salud, en este caso específico se encargará de regular todo lo concerniente al consumo de alcohol, cigarrillo y sustancias estupefacientes; ello porque reconoce que este es un real problema para nuestra sociedad ecuatoriana.

Según el artículo 365, inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador (2008): “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.”

Según el artículo que antecede las entidades públicas y privadas se ven en la obligación de atender a una persona que llega en situación grave o de emergencia a las instalaciones que brindan el servicio público de salud, y que el inobservar esta disposición los pondrá merced de las leyes que amparan este derecho.

Según el artículo 366, inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador (2008): “El financiamiento público en salud será oportuno, regular y suficiente, y deberá provenir de fuentes permanentes del Presupuesto General del Estado. Los recursos públicos serán distribuidos con base en criterios de población y en las necesidades de salud.”

Sobre el primer inciso del artículo 366 podemos determinar que en el presupuesto General del Estado se debe incluir un rubro económico destinado para el servicio público de salud.

Según el artículo 366, inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador (2008): “El Estado financiará a las instituciones estatales de salud y podrá apoyar financieramente a las autónomas y privadas siempre que no tengan fines de lucro, que garanticen gratuidad en las prestaciones, cumplan las políticas públicas y aseguren calidad, seguridad y respeto a los derechos. Estas instituciones estarán sujetas a control y regulación del Estado.”

Acercas del segundo apartado podemos comentar que a las instituciones privadas sin fines de lucro que brinden el servicio de salud puede acreditárseles también un monto de los recursos del Estado ya que al ser este un bien jurídico protegido que beneficia a todos los ciudadanos la institución debe responder a este interés.

Hemos concluido con el artículo 366 el estudio del derecho a la salud amparado en la Constitución de la República del Ecuador, y como hemos podido observar este se encuentra respaldado no únicamente con su mera enunciación sino también con medidas, estrategias o políticas implementadas para su efectivización.

1.8.4. Ley Orgánica de la Salud

La Ley Orgánica de la Salud determina en su artículo tres que se entiende por salud al estado de bienestar físico, mental y social, ya que salud no es únicamente la ausencia de enfermedad; este es un derecho humano y el producto de un proceso colectivo en el que interviene el ente Estatal, el núcleo básico de la sociedad, y la persona como individuo.

Por el concepto que nos presenta la Ley Orgánica de la Salud podemos determinar que Salud no es meramente la falta de un padecimiento; sino un completo estado de bienestar; derecho que debe ser garantizado al ser humano por el solo hecho de serlo, y cuya efectivización depende de todos.

El artículo cuarto de este cuerpo determina que la autoridad sanitaria a nivel nacional es el Ministerio de Salud Pública; entidad que debe velar por la correcta aplicación y por el control del cumplimiento de la Ley Orgánica de Salud, y de la demás normativa que, para su vigencia plena, sean necesarias.

Por lo dicho podemos manifestar que el Ministerio de Salud Pública es la autoridad sanitaria del Ecuador y por ende es el ente responsable de velar por el cabal acatamiento a la Ley Orgánica de la Salud.

El artículo 7 del cuerpo jurídico materia de estudio, especifica que todas las personas en relación a la Salud, tienen derecho a:

- a) Acceso universal, equitativo, permanente, oportuno y de calidad al servicio de salud.
- b) Acceso gratuito a los programas y acciones de salud pública, con preferencia a los grupos vulnerables.
- c) Vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación;
- d) Respeto a su dignidad, autonomía, intimidad, cultura, prácticas, usos culturales, derechos sexuales y reproductivos.
- e) Ser informado en lo concerniente a su salud, así como usos, efectos, costos. En el caso de ser indígenas se lo hará en su lengua materna.
- f) Tener historia clínica y que exista confidencialidad en la información que contiene.

- g) Recibir una receta que contenga obligatoriamente, en primer lugar, el nombre del medicamento genérico.
- h) Tener autonomía sobre su estado de salud, procedimientos de diagnóstico, y tratamientos; excepcionando los casos de emergencia.
- i) Utilizar las acciones para tramitar quejas y reclamos administrativos o judiciales.
- j) Ser atendida inmediatamente cuando esté en riesgo inminente la vida con servicios profesionales de emergencia y suministro de medicamentos ya sea en establecimientos públicos o privados, sin requerir compromiso económico.
- k) Participar en actividades de salud y vigilar el cumplimiento de acciones de salud y calidad del servicio.
- l) No ser objeto de pruebas, ensayos clínicos, investigaciones o exámenes diagnósticos sin su conocimiento y consentimiento por escrito; salvo que la ley lo determine o en caso de emergencia.

Por los parámetros detallados en el artículo siete que son parte constitutiva del derecho a la Salud, podemos determinar que vivir plenamente el derecho en mención incluye el cumplimiento de una serie de requerimientos en pro del desarrollo holístico de la

persona y no únicamente cuando esta sufra de una enfermedad, sino en su cotidiano vivir; como también de darse el caso de que le sobrevenga una padecimiento la ley ha desarrollado protocolos de aplicación directa e inmediata que permitan que la persona reciba una atención digna que salvaguarde su vida.

El artículo 8 del cuerpo jurídico normativo materia de estudio señala que son deberes individuales y colectivos en relación con la salud los siguientes:

- a) Cumplir con las medidas de prevención y control que establezcan las autoridades de salud.
- b) Proporcionar información oportuna y veraz a las autoridades de salud, cuando se refiera a enfermedades declaradas de notificación obligatoria, y ser responsable por las acciones u omisiones que pongan en riesgo a la colectividad.
- c) Cumplir con el tratamiento y recomendaciones realizadas por el personal de salud, para su recuperación y para evitar riesgos en su entorno.
- d) Participar en las actividades de salud y vigilar la calidad de los servicios mediante la constitución de veedurías, contribuyendo así al desarrollo de entornos saludables en todo nivel.

Por lo enunciado podemos manifestar que la efectivización del derecho a la salud es una tarea no únicamente estatal o de los profesionales que se han especializado en una de las ramas de la Medicina, sino es una labor de todas y todos; tarea a la que debemos contribuir a través del cumplimiento de las disposiciones de control que se establezcan, proporcionando información certera sobre nuestro estado de salud en caso de que padezcamos una enfermedad de notificación obligatoria, cumpliendo las prescripciones emitidas por el personal de salud y participando en veedurías organizadas que permitan mejorar el sistema.

63

1.8.4.1. De las profesiones de la salud, afines y su ejercicio

En la ley materia de estudio encontramos el capítulo “Las profesiones de salud, afines y su ejercicio”, dentro del cual vemos imprescindible referirnos al artículo 202; que determina que: “Constituye infracción en el ejercicio de las profesionales de salud, todo acto individual e intransferible, no justificado, que genere daño en el paciente y sea resultado de:

a) Inobservancia, en el cumplimiento de las normas;

b) Impericia, en la actuación del profesional de la salud con falta total o parcial de conocimientos técnicos o experiencia;

c) Imprudencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión del cuidado o diligencia exigible; y,

d) Negligencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión o demora injustificada en su obligación profesional.

Por lo dicho evidenciamos que los profesionales de la Salud, encuentran establecida desde esta norma la responsabilidad que deben enfrentar en el caso de que sus actos u omisiones generen un daño para los pacientes, daño que debe fundamentarse en la inobservancia, impericia, imprudencia o negligencia del profesional.

El artículo 204, por otro lado determina que: “El consentimiento o autorización del paciente o de la persona que le representa no exime de responsabilidad al profesional o al servicio de salud en aquellos casos determinados en el artículo 202”.

Acercas de lo especificado por el artículo 204 podemos expresar que el profesional de la Salud, no podrá justificar el daño ocasionado por inobservancia, impericia, imprudencia o negligencia en la aprobación del paciente.

1.8.4.2. Jurisdicción y competencia

Según el artículo 217 de la Ley Orgánica de Salud (2006) determina que: “Tienen jurisdicción para conocer, juzgar e imponer las sanciones previstas en la Ley y demás normas vigentes, las siguientes autoridades de salud: a) El Ministro de Salud Pública; b) El Director General de Salud; c) Los directores provinciales de salud; y, d) Los comisarios de salud.”

Por lo dicho podemos manifestar que la Ley Orgánica de la Salud es el principal cuerpo normativo que se encarga de regular el ejercicio de los profesionales médicos; al ser ésta una ley especial, las autoridades competentes para juzgar son: comisarios, jefes provinciales, Director Nacional y Ministro de Salud; evidentemente cada uno actuará en relación a su competencia.

1.8.4.3. Procedimiento

Según la ley el procedimiento puede iniciar de oficio o a través de una denuncia dirigida a las autoridades correspondientes; la autoridad de salud una vez puesto en su conocimiento el particular, deberá dictar un auto inicial, que contendrá lo siguiente:

- a) La redacción sucinta de los hechos y la forma en la que llegaron a su conocimiento.

b) La orden de citar al presunto infractor, el señalamiento del domicilio para entregarle futuras notificaciones y la prevención de que será juzgado en rebeldía en caso de no comparecer.

c) La orden de agregar la denuncia o informe, en caso de que existieren, como también la orden de que se lleven a cabo las diligencias necesarias para la comprobación de la infracción.

d) El señalamiento del día y hora para la audiencia de juzgamiento; y,

e) La designación del secretario.

Posteriormente la citación con el auto inicial se la realizará de manera personal al infractor en su domicilio o lugar de trabajo, y si no se le encontrase se le citará por medio de tres boletas dejadas en uno de los lugares en mención, en diferentes días, sentando la razón de la citación.

En la audiencia se escuchará al infractor, que puede intervenir por sí o por medio de su abogado; se recibirán las pruebas; de solicitarlo las partes se podrá abrir el término de prueba por de 6 días, tiempo en el cual se practicarán las pruebas solicitadas; si no se ha solicitado abrir este término la autoridad procederá a resolver en el término de 5 días; en el caso de que si se haya abierto este término una vez practicadas todas las diligencias se procederá a resolver en 5 días.

Las resoluciones pueden ser apeladas dentro del término de tres días, luego de notificadas, la autoridad superior tendrá el término de ocho días desde que avoca conocimiento para resolver. Únicamente se apelaran las resoluciones de primera instancia, las de segunda causarán ejecutoria.

Las resoluciones del Comisario de Salud, podrán apelarse ante el Director Provincial de Salud, las de este ante el Director General de Salud y las de este último ante el Ministro de Salud Pública, siendo estas decisiones de segunda y definitiva instancia.

Por el procedimiento puesto en conocimiento podemos manifestar que al igual que toda contienda en la que se disputan derechos, el proceso establecido para determinar la existencia o no de responsabilidad sobre un hecho de un profesional de las ciencias de la Salud es exhaustivo y permite que ambas partes puedan manifestar su perspectiva de los

acontecimientos, como también el presentar las pruebas que consideren idóneas a tomar en cuenta por la autoridad al momento de resolver

1.8.4.4. Sanciones

Según el artículo 240 de la Ley Orgánica de Salud (2006): “Las infracciones determinadas en la Ley de Salud se sancionarán con: a) Multa, b) Suspensión del permiso o licencia; c) Suspensión del ejercicio profesional, d) Decomiso; y, d) Clausura parcial, temporal o definitiva del establecimiento correspondiente.”

Por el artículo en mención las sanciones establecidas para las infracciones según el código materia de estudio son no privativas de libertad, y más apegadas a lo económico y a la suspensión de la labor del profesional.

1.8.5. Homicidio culposo por mala práctica profesional

1.8.5.1. Obligación

Según López y Bruno (1992): La noción de obligación actual es producto de la concepción romana clásica, la cual determina que se considera obligación al vínculo imaginario por medio del cual el acreedor tiene la facultad de exigir al deudor el cumplimiento de una prestación. En el presente podemos decir acerca de la idea de obligación que toda acción u omisión de las persona o de los hechos de las cosas que se

encuentran vinculadas con esta implican responsabilidad, que se traduce en el deber de reparación en el imaginario de que se ocasione un daño.

Sobre la noción de obligación de López y Bruno podemos comentar que esta nace, al igual que muchas otras acepciones actuales, de la percepción jurídica romana, que determinaba que obligación es un vínculo de esencia mental a través del cual una persona puede demandar a otra el cumplimiento de una determinada situación; en nuestros días el término obligación es sinónimo de responder por los daños que se han producido ya sea por los actos u omisiones en los que se ha incurrido de manera directa o a través de las personas o cosas de las que somos responsables en el cuidado.

Según Acosta (1990): La obligación es el deber de una persona determinada de resarcir, indemnizar o satisfacer una pérdida, detrimento, perjuicio o daño causado por la misma o por otro ente que de ella depende o por una cosa que le pertenece o que se encuentra en posesión de esta.

Acerca de lo dicho por Acosta podemos determinar que responsabilidad es el compromiso de una persona de reparar un perjuicio ocasionado por sí, o por un individuo o cosa que a su cuidado se encuentra.

1.8.5.2. Responsabilidad

Según Rodríguez (1999), el concepto de responsabilidad se encuentra conectado con la imagen de reemplazar un daño ocasionado como consecuencia de una infracción normativa o de una falta de previsión, atribuible al dolo o a la culpa.

Sobre lo descrito podemos comentar que responsabilidad es resarcir un daño que ha sido causado en razón de una violación a las leyes o de una falta de proyección, esta puede ser engendrada intencionalmente, es decir con el afán de producir el daño, o sin estas expectativas.

Ramírez determina que responsabilidad es la obligación del autor de un acto u omisión causante de algún daño, de repararlo, ya sea mediante la indemnización a la víctima, o a través del sufrimiento de ciertas penas impuestas por la sociedad (citado por Acosta 1990).

En base a lo dicho por Ramírez podemos mencionar que para reparar un daño existen dos vías la indemnización a la persona que ha sufrido el daño o la pena punitiva de quien lo ha producido.

1.8.5.2.1. Responsabilidad en sentido técnico

Según Manzano (2002): En sentido técnico responsabilidad quiere decir cumplimiento indirecto de la obligación, es decir que quien no ha cumplido una obligación impuesta, debe subsanarla adoptando otros medios.

Por lo dicho podemos expresar que en sentido técnico responsabilidad viene a ser el efectuar la obligación que se ha incumplido a través de otros mecanismos, como por ejemplo la vía judicial.

1.8.5.2.2. Formas de responsabilidad

Para comprender a cabalidad la responsabilidad médica, es de suma importancia abordar en primera instancia el tópico de la responsabilidad en general, distinguiendo entre responsabilidad moral y jurídica, y comprendiendo que a la vez la responsabilidad jurídica se subdivide en responsabilidad civil, administrativa y penal.

1.8.5.2.2.1. Responsabilidad moral

1.8.5.2.2.1.1. El bien y el mal

Según Franco y Arrazola (1995), el bien y el mal han sido concepciones definidas desde que el hombre se conoce a sí mismo; el bien ha sido definido por Aristóteles como el

deseo o anhelo de alcanzar la perfección, considerando que el ser humano es bueno cuando el mismo pretende ser perfecto y que es malo cuando su comportamiento es el de un ser mediocre.

Por lo dicho podemos establecer que el bien y el mal han sido nociones estructuradas desde que el ser humano se encuentra presente en el planeta y que con el transcurrir del tiempo varios han sido los doctrinarios que han aportado a esta noción, facilitándonos nuevas concepciones acerca de la temática.

Por lo dicho entonces para calificar que un acto sea considerado moralmente bueno, los tres factores que lo constituyen; la voluntad, el objetivo y el contexto deben ser buenos también.

1.8.5.2.2.1.1.1. Ética

Según Franco y Arrazola (1995), la Ética puede ser definida como la ciencia del comportamiento que posee como finalidad el establecimiento de principios de conducta aceptados de manera universal.

Acerca de la noción de Ética que nos presenta Franco y Arrazola podemos manifestar que esta es la disciplina encargada de determinar preceptos de comportamiento aprobados universalmente.

1.8.5.2.2.1.1.2. Moral

Según Franco y Arrazola (1995), la moral puede conceptualizarse como un código de comportamiento de un individuo tanto a nivel personal como social que permite establecer una diferencia entre lo que es correcto y lo que es incorrecto.

Ante lo mencionado podemos comentar que la moral no es sino el conjunto de normas de conducta que permiten regular el comportamiento del ser humano y calificar a sus actos u omisiones de buenas o malas.

Según la Doctrina Católica, la moralidad de los actos humanos depende de los siguientes factores:

- a. La dirección a la cual se encamina la voluntad.
- b. La finalidad
- c. Las circunstancias del acto.

Según Serrano (2000): Responsabilidad moral es una reflexión de carácter interno en base a un comportamiento que incurre en un antivalor y contiene con postulados éticos, se basa en el libre albedrío, precepto que determina que el ser humano tiene la facultad de auto-determinarse y distinguir entre lo que es correcto e incorrecto. En consecuencia la responsabilidad moral se constituye cuando la conducta del ser humano se contrapone a la idea universal del bien y se genera un juicio de valor unilateral acerca de las otras conductas posibles del mismo ser. La persona que infringe la idea del bien universal se autocrítica a sí misma y es despreciada socialmente, escenarios que podrían ser configurados como sanciones en el ámbito moral.

En base a la noción que Serrano nos presenta acerca de responsabilidad moral podemos determinar que esta es una meditación intrínseca sobre una conducta que ha incidido en el perfeccionamiento de un antivalor; la fundamentación de esta clase de responsabilidad es la libertad que posee cada persona para tomar sus propias decisiones y las consecuencias de esta son el reproche que se realiza uno a sí mismo y la represión social.

1.8.5.2.2.2. Responsabilidad jurídica

Según Serrano (2000): La responsabilidad jurídica es aquella que se origina de la violación de normas legales que se encargan de regular la conducta de las personas en analogía con otras; relaciones en las que frecuentemente se amerita la intervención del

Estado como ente procurador del orden social. Si la acción u omisión de una persona transgrede un bien jurídico público, ya sea de un semejante o del Estado, nos referimos a responsabilidad jurídica penal, pero si se ve afectado negativamente únicamente un bien jurídico de carácter privado nos referimos a la responsabilidad jurídica civil.

Por lo dicho podemos manifestar que la responsabilidad jurídica se constituye en la transgresión a las disposiciones del ordenamiento jurídico, situación que amerita la intervención estatal en calidad de institución reguladora del orden social; cuando la conducta afecta un bien jurídico tutelado de carácter público se hace alusión a responsabilidad jurídica penal, pero si la conducta viola un bien jurídico privado se hace referencia a la responsabilidad jurídica civil.

Según Jacovella y Kennedy (2004), desde la perspectiva jurídica; responsabilidad es reparar un daño causado en razón de la infracción de una norma jurídica que regula una determinada conducta.

Por el concepto facilitado podemos comprender por responsabilidad jurídica el resarcir un daño ocasionado por la violación del ordenamiento jurídico.

1.8.5.2.2.2.1. Responsabilidad civil

1.8.5.2.2.2.1.1. Concepto

Según Domínguez (1983): En el Derecho Civil la responsabilidad constituye la obligación de satisfacer un daño que se hubiere causado a un tercero, sea por quien la deba o por otro individuo que se encontraba bajo el cuidado de quien ahora debe responder; la obligación de reparar debe encontrarse establecida en la ley o en las cláusulas de un contrato previa determinación de responsabilidad, la cual implica a la vez la intervención jurídica y la imposición de una sanción por el daño ocasionado.

En base al concepto señalado en el apartado que antecede podemos manifestar que responsabilidad civil en general es la obligación o el deber de resarcir un daño mediante la interposición de una sanción, daño que puede ser ocasionado por los actos u omisiones de uno mismo o por los de una persona, animal o cosa que se encontraba bajo nuestra responsabilidad, esta obligación de responder nace de la ley o de la celebración de contratos y por ello posee esencia jurídica.

Según Serrano (2000): La responsabilidad civil hace referencia a la relación jurídica que existe entre dos sujetos de derechos, relación en la que ya sea por acción o por omisión se ha causado un daño que no repercute en la sociedad, por consiguiente la sanción no es de carácter penal, y la obligación de repararlo es meramente del sujeto que produjo el daño.

Acerca de lo especificado por Serrano podemos manifestar que la responsabilidad civil se configura cuando se presenta en una relación un daño que debe ser reparado, esta situación es de carácter privado ya que no es importante para la sociedad.

Según Serrano (2000): La responsabilidad civil es aquella que se encarga de la relación existente entre dos personas en la que ya sea por acción o por omisión una persona le causa un daño privado a otra, lo que genera la consecuencia de asumir la reparación del daño. Cabe manifestar que existen dos posibilidades de relación en la responsabilidad civil, una atiende al vínculo jurídico existente con anterioridad y otra a la inexistencia de dicho vínculo.

Por lo dicho según Serrano podemos expresar que responsabilidad civil es la restitución de un derecho a una persona que fue víctima de un daño privado, es decir de un daño que no le interesa a la sociedad en razón de su gravedad; este puede producirse atendiendo a un vínculo previo o no.

Según Serrano (2000): La responsabilidad civil es el deber de un individuo, declarado por autoridad competente de reparar un daño que causó a otro que no tiene el deber de soportarlo, ello independientemente de que lo haya efectuado por acción o por omisión.

Por lo dicho responsabilidad civil podría traducirse en el deber de reparar o resarcir un daño privado ocasionado a otro por una conducta activa o pasiva.

1.8.5.2.2.2.1.2. Importancia

Según Domínguez (1983), en la sociedad actual son numerosas las relaciones e intereses que se conforman continuamente entre las personas, lo que da lugar a múltiples quebrantamientos de derechos, por lo que es necesario responsabilizar a las personas de sus actos para lograr así la reparación del perjuicio.

Acerca de lo expresado por Domínguez podemos mencionar que el modelo de convivencia en el cual nos desarrollamos en el presente da lugar a que se configuren un sinnúmero de relaciones de todo tipo entre las personas que constituyen la sociedad, vínculos que frecuentemente y por situaciones variadas terminan en la vulneración de los derechos reconocidos por los ordenamientos jurídicos para las personas, es por ello que la ley establece mecanismos oportunos que subsanen los daños ocasionados y permitan una convivencia armónica.

1.8.5.2.2.1.3. Evolución de la responsabilidad civil

Para comprender a cabalidad la concepción de la responsabilidad civil consideraremos el seguimiento histórico realizado por Serrano (2000) en los siguientes apartados.

1. Período primitivo

En el período primitivo el Derecho carecía de independencia, puesto que influían en el mismo las creencias religiosas y las relativas al ocultismo.

En el contexto descrito los bienes “jurídicos” que se protegían como también las penas poseían una fundamentación divina, y estas últimas muchas veces se aplicaban de manera colectiva, considerando la fuente que produjo el atentado, ello independientemente de la intencionalidad (dolo o culpa).

Con respecto a las relaciones entre particulares podemos manifestar que las regulaciones varias no se ocupaban de estos conflictos, y que en respuesta a esta falta imperaba entre los ciudadanos la venganza privada, es decir que ante la presencia de un daño se procedía causando otro daño.

Con las relaciones sociales y el apareamiento del Estado el derecho reglamenta las relaciones entre particulares y asimila el instaurado sistema de venganza como el derecho que la víctima posee en razón del daño que se le ha causado, sin embargo se regula también la venganza desmedida con la finalidad de que esta sea equivalente al daño sufrido.

Con el desarrollo de la sociedad se comprende que la venganza era inútil, que fomentaba más violencia de la que ya existía, y que no solucionaba ni reparaba los daños existentes. Ante ello comprendieron que era mucho más útil proceder frente al daño a través de otros mecanismos, como por ejemplo la compensación en dinero o en especies; acuerdos que se trataban meramente entre las partes interesadas, pero que a la vez eliminaban el derecho de la venganza una vez efectuados.

2. Derecho Romano

Con la institucionalización del Estado, este empieza a regular la vida de los particulares y a influir directamente en sus conflictos, la entidad en mención consolida la práctica de compensación por daño ya referida y determina el monto de dicha compensación.

Con el tiempo el Estado sanciona a quienes atentan contra los derechos de los particulares, pero no únicamente en su nombre, sino en nombre de la sociedad, considera para ello la gravedad del acto u omisión y el nivel de perturbación de las consecuencias en la paz social.

Así se dividen las transgresiones en dos grandes grupos: en delitos públicos, y en delitos privados; en los primeros la autoridad tiene el deber de reprimir y en los segundos esta debe fijar el monto a cancelarse por el daño causado.

El hecho de responsabilizar a una persona por un acto u omisión configura una evolución para el derecho, ya que para sancionar a un individuo se amerita que este sea el dueño del acto y que tenga capacidad y libertad de actuar.

La sanción que el Estado impone, cuando se ha determinado la culpabilidad de una persona en un acto que repercute negativamente en la paz social busca orientar la conducta de los demás individuos que conviven en la comunidad, ocasionándoles temor a las represalias que podrían sobrevenir en respuesta a sus actos u omisiones; por otro lado en el delito privado no se busca sancionar al responsable, sino reparar un perjuicio existente.

Las Doce Tablas representaron una fase de transición entre la venganza y la compensación, puesto que las personas que veían vulnerados sus derechos tenían la posibilidad de acuerdo a estas dos alternativas.

En el período del Imperio se distinguieron tres tipos de acciones, estas son las acciones civiles, las acciones penales y las mixtas.

La Lex Aquila señalaba los casos específicos en los cuales era exigible la reparación mixta; entre estos encontramos: la muerte o el daño a un hombre libre, a un esclavo o al ganado; el actuar fraudulentamente y las lesiones o destrucciones producidas a los bienes, ya sean estos muebles o inmuebles.

Justiniano fue quien instituyó al cuasidelito como fuente de las obligaciones, al implementar las clasificaciones de delito, contrato, cuasidelito y cuasicontrato. Determinando así la culpa no intencionada.

3. Antiguo Derecho Francés

El antiguo Derecho Francés, determinaba que quien ha ocasionado un daño o pérdida de manera culpable o dolosa, debe repararlo, ya sea que lo cometió por sí mismo o por individuos, animales o bienes que se encontraban bajo su entera responsabilidad.

4. Nuestro código desde la perspectiva histórica

Concluiremos este estudio histórico manifestando que los cuerpos normativos latinoamericanos, incluido en ellos el Código Civil Ecuatoriano ha sido en gran medida una adaptación de la redacción de Andrés Bello quien preconizaba que quien infiere en un daño a otro debe indemnizarlo.

1.8.5.2.2.1.4. Clasificación de la responsabilidad civil

Según Serrano (2000): Tradicionalmente se ha clasificado a la responsabilidad civil en responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual; la primera pueda ser determinada como una garantía y la segunda como una indemnización. La responsabilidad contractual presume la existencia de un contrato en la que las partes se imponen determinada conducta, cuyo incumplimiento generaría un daño y la obligación de responder por el mismo; mientras que la responsabilidad extracontractual no asume la existencia previa de vínculo jurídico alguno entre las partes, pero si el daño ocasionado a una de ellas por la acción u omisión de la otra.

La responsabilidad civil puede clasificarse atendiendo a la existencia o inexistencia de un vínculo contractual previo; en el caso de que si exista este se estaría hablando de responsabilidad contractual que se constituye prácticamente como una precaución del cumplimiento de una obligación; mientras que si este vínculo no existe se estaría

haciendo alusión a la responsabilidad extracontractual que podría traducirse en una especie de indemnización.

1.8.5.2.2.2.1.4.1. Responsabilidad civil contractual

Según Domínguez (1983): La responsabilidad civil contractual es aquella cuyo origen se encuentra en una obligación jurídica preexistente como puede ser en un contrato o en una convención, es decir que nace de la voluntad de las partes que se obligan.

Podemos decir que la responsabilidad contractual según la definición presentada con antelación tiene su origen en la voluntad de las partes, las cuales consientes individualmente en determinadas cláusulas que son generadoras de derechos y también de obligaciones frente a las que se debe responder en caso de incumplimiento puesto que se podría ser causante de daños o de detrimentos en los derechos de los demás.

Según Serrano (2000): Es la responsabilidad que nace como consecuencia de infringir un acuerdo de voluntades denominado contrato y que ha sido celebrado por dos o más partes.

La responsabilidad civil contractual es por lo dicho el deber de reparar un daño que se ha ocasionado por el incumplimiento de lo pactado en un contrato previo. 86

1.8.5.2.2.2.1.4.1.1. Elementos

Los elementos que precisa la configuración de la responsabilidad civil contractual son: el contrato, el incumplimiento de lo estipulado en el contrato y el daño ocasionado en consecuencia del incumplimiento del contrato.

1. Contrato

La responsabilidad civil contractual amerita la existencia cierta de un contrato entre las partes, es decir precisa de la manifestación de la voluntad entre ellas, configurándolas ya sea como deudoras o acreedoras.

El contrato no es sino un vínculo jurídico que obliga a las partes a cumplir las estipulaciones del mismo.

En sí mismo el contrato no genera responsabilidad contractual, sino obligaciones entre las partes, lo que si crea responsabilidad es el incumplimiento de las estipulaciones contractuales.

2. Incumplimiento de lo estipulado en el contrato

Las partes que se comprometen a través de un contrato a determinado acto u omisión deben cumplir a cabalidad las estipulaciones de este, puesto que la inobservancia de las mismas genera responsabilidad.

3. Daño ocasionado en consecuencia del incumplimiento del contrato.

Es lesionar ciertamente al acreedor del contrato por la inobservancia de las estipulaciones contractuales.

1.8.5.2.2.2.1.4.1.2. Exoneración

Existe espacio para la exoneración de responsabilidad en los siguientes eventos:

a) Fuerza mayor o caso fortuito

Se absuelve el incumplimiento del contrato cuando se han reunido los siguientes requisitos: independencia de la voluntad del deudor, falta de previsión del acontecimiento, e imposibilidad absoluta y permanente de ejecución de la obligación.

b) Culpa del acreedor

Se produce cuando el incumplimiento de la obligación por el deudor se da por culpa del acreedor, es decir que no se puede reclamar un daño que ha sido causado por la conducta determinante de uno mismo.

c) Hecho de un tercero

Es la incapacidad absoluta de cumplir el contrato en razón de las acciones u omisiones de un tercero.

d) Cláusulas del contrato

La no responsabilidad podría establecerse dentro de las cláusulas del contrato mismo, con el afán de evitar controversias entre las partes en caso de incumplimiento.

1.8.5.2.2.2.1.4.2. Responsabilidad civil extracontractual

Según Domínguez (1983): La responsabilidad civil extracontractual tiene su origen en cualquier acción u omisión ilícita que contravengan el ordenamiento jurídico. Se explica así que toda responsabilidad que no se genere de una obligación preexistente, es definida como responsabilidad extracontractual.

Fundamentándonos en el apartado descrito con antelación podemos expresar que la responsabilidad civil extracontractual es aquella que principia en una conducta que quebrante las normas establecidas en el ordenamiento jurídico, dándonos a entender que se estaría hablando de este tipo de responsabilidad cuando no ha existido un convenio o contrato anterior a la generación del daño.

Según Serrano (2000): La responsabilidad extracontractual es la obligación de reparar un daño que se ha causado ya sea sobre la persona o sobre los bienes; para efectivizar ello se amerita que la autoridad pertinente realice una declaratoria judicial acerca de la responsabilidad de la persona sobre el daño y que determine el monto que debe cancelar esta.

Por lo descrito responsabilidad extracontractual es el deber de reparar un daño causado sin la existencia de un contrato previo.

1.8.5.2.2.2.1.4.2.1. Elementos

Según Serrano (2000), los elementos de la responsabilidad civil extracontractual son:

1. Capacidad delictual o cuasidelictual

Toda persona tiene capacidad para cometer un delito o cuasidelito a excepción de quienes son incapaces, es decir a excepción de los individuos que carecen de discernimiento y voluntad.

2. Dolo y culpa

Este elemento comprende que el daño que se ha causado debe ser efectuado con dolo o culpa, siendo el dolo la intencionalidad de dañar y la culpa el error en la conducta.

3. Daño

Es el deterioro que la persona sufre en un derecho que posee, puede ser moral o material, el primero es una contrariedad no pecuniaria y el segundo es la repercusión sobre el patrimonio del individuo.

4. Relación de causalidad

Es el vínculo que existe entre la acción u omisión realizada ya sea con dolo o con culpa y el daño; lo que implica que sin el proceder de la persona el daño no se habría producido.

1.8.5.2.2.2.1.4.2.2. Fuentes

Según Serrano (2000): La doctrina ha reconocido como fuentes de la responsabilidad civil extracontractual a las siguientes:

a) El hecho propio

Refiere que todo acto u omisión de la persona que sea causante de un daño amerita responsabilidad y reparación.

b) Responsabilidad por el hecho de terceros

Responsabiliza a la persona por los actos u omisiones de sus subordinados o de las personas que se encuentran a su cuidado que causen daño.

c) Responsabilidad por el hecho de las cosas

Es el responder por los efectos negativos que causan los bienes que nos pertenecen o que nos prestan un servicio.

1.8.5.2.2.2.1.4.2.3. Exoneración

Según Serrano (2000): Se exime de responsabilidad extracontractual bajo las siguientes circunstancias:

1. Caso fortuito o fuerza mayor

En el estudio que nos atañe el caso fortuito o fuerza mayor es el daño producido por un imprevisto extraño a la persona del demandado y que obviamente no ha sido deseado ni depende del mismo.

2. Hecho de un tercero

Es el daño causado por una persona ajena al demandado, siempre y cuando esta persona no se encuentre en relación de subordinación con el mismo.

3. Culpa de la víctima

Es cuando el daño que se ha producido es mera responsabilidad de la víctima del mismo.

4. Cláusula de irresponsabilidad

Según Arturo Alessandri, la cláusula de irresponsabilidad es la convención a través de la cual la responsabilidad sobre el daño desaparece, ello parecería imposible debido a que las partes no se conocen sino hasta cuando el daño se ha producido, sin embargo podría citarse por ejemplo el caso de una fábrica cuyo propietario manifiesta a los colindantes que no se responsabilizará por los ruidos y olores que de su dependencia provengan.

1.8.5.2.2.2.1.4.3. Elementos diferenciadores y comunes

Según Domínguez (1983), la responsabilidad civil contractual y extracontractual poseen elementos comunes y diferenciadores, los cuales van a ser especificados en las próximas líneas del presente documento.

1.8.5.2.2.1.4.3.1. Elementos diferenciadores

- a) Origen: La responsabilidad contractual se genera en el contrato celebrado previamente, la responsabilidad extracontractual tiene su origen en la ley.
- b) Nacimiento de la obligación: En la responsabilidad contractual la obligación nace cuando el contrato se hace exigible, en la responsabilidad extracontractual la obligación nace cuando se ha cometido un hecho culposo.
- c) La Prueba: En la responsabilidad contractual no se exige mayor prueba que la existencia del contrato, mientras que en la responsabilidad extracontractual la víctima está obligada a demostrar lo que alega por los medios que disponga y que sean aceptados por la ley.
- d) Perjuicios previstos e imprevistos: La indemnización en el caso de responsabilidad contractual comprende los perjuicios que se pronosticaron en la celebración del contrato, y solo en caso de dolo la reparación debe ser total. En cambio en la responsabilidad contractual se deben reparar los perjuicios que fueren susceptibles de ser como no ser previsibles.
- e) Condiciones de exigibilidad: En la culpa contractual se necesita que la víctima de la culpa haya cumplido con sus obligaciones establecidas en el contrato.

- f) Capacidad: Para la celebración de un contrato se necesita de capacidad, en el caso de la responsabilidad extracontractual no se requiere de esta.

Según Serrano (2000), las diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual son las siguientes:

1. Sobre la capacidad

La capacidad para contratar requiere al menos de la mayoría de edad y de las especificaciones que constan en nuestra legislación, sin embargo la responsabilidad extracontractual nos considera capaces a todos a excepción de quienes son desprovistos de discernimiento.

2. Sobre la prueba de la culpa

En materia contractual corresponde al acreedor probar que el deudor ha incumplido el contrato, mientras que en materia extracontractual es la víctima del daño quien debe probar la responsabilidad de la otra parte sobre el mismo.

3. Sobre la extensión del resarcimiento

En materia contractual las partes se responsabilizan por los daños que fueron considerados al tiempo de la celebración del contrato, mientras que en materia extracontractual la responsabilidad nace de un acontecimiento imprevisto.

1.8.5.2.2.2.1.4.3.2. Elementos comunes

- a) Dan origen a obligaciones: Sin observar de que tipo la responsabilidad contractual y extracontractual acarrear obligaciones.
- b) Culpa: Debe existir culpa de quien no ha cumplido el contrato o de quien ha causado el daño, es decir la persona debe ser responsable por el hecho.
- c) Existencia de un perjuicio: Es el requisito indispensable para que exista reparación.
- d) Causalidad entre la culpa y el perjuicio: Para que la acción sea viable es indispensable el nexo causal entre la culpa de quien ha incumplido (en caso de la responsabilidad contractual) y del que ha ocasionado el daño (en el caso de la responsabilidad extracontractual) y el perjuicio.

1.8.5.2.2.2.2. Responsabilidad administrativa

Según Bolaños (2006): La responsabilidad disciplinaria es aquella que se origina en la violación de una obligación administrativa, esta se efectiviza cuando el servidor incurre en imprudencia, impericia o negligencia y ejecuta una falla de servicio que amerita ser sancionada de acuerdo a la ley.

Fundamentándonos en la concepción de Bolaños de responsabilidad administrativa podemos señalar que esta se perfecciona cuando un agente estatal en el servicio de sus funciones causa un daño producto de la violación de sus deberes como funcionario, el cual debe ser reparado siguiendo los preceptos de la ley.

1.8.5.2.2.2.2.1. Objeto del Derecho Administrativo

Según Franco y Arrazola (1995): La finalidad del Derecho Administrativo es regular las relaciones entre los entes públicos y los particulares; tradicionalmente se ha considerado que la actividad del Estado tiene el propósito de prestar servicios públicos, y en razón de ello actualmente se considera a esta institución como la responsable de la seguridad, tranquilidad y de la comodidad de las personas.

En base a lo manifestado podemos exteriorizar que el objeto del Derecho Administrativo es dar solución a las controversias o conflictos que se generen entre la administración y los administrados, ello se lo realiza con la aplicación de un procedimiento específico y ante una instancia especializada denominada justicia contenciosa administrativa.

1.8.5.2.2.2.2.2. Fundamento de la responsabilidad del Estado

Según Franco y Arrazola (1995): La responsabilidad del Estado arranca del supuesto de que la administración tiene obligaciones con el administrado, cuyo incumplimiento genera daño al particular, este daño debe ser debidamente reparado por el Estado, el cual a la vez podrá demandar al servidor que ha ocasionado ese perjuicio.

En base a lo manifestado podemos expresar que como estudiamos ya la intervención del Estado en asuntos relativos a los particulares genera obligaciones que deben ser cumplidas por el mismo y cuyo incumplimiento da como resultado la producción de un daño que la entidad tiene el deber de reparar y que puede ser repetido para el servidor que lo ha ocasionado.

Según Franco y Arrazola (1995): Se debe apreciar en primera instancia si el daño sufrido por la víctima es un daño antijurídico, es decir si se trata de un daño que el particular no se veía obligado a sufrir, ello se debe dilucidar ya que en esta esfera existen daños que el particular se ve obligado a sufrir en razón del principio del bien común, como por

ejemplo la expropiación de un terreno por la necesidad de que por este pase una carretera, la demolición de una obra particular en beneficio de la comunidad, etc.

De lo dicho podemos comentar que existen daños que los administrados se ven obligados a sufrir, y que en este caso no se puede responsabilizar al Estado por ellos puesto que no son antijurídicos; lo que nos permite comprender que únicamente los daños a los que no se ven obligados a sufrir los particulares pueden ser susceptibles de acciones jurídicas.

Retomando el asunto principal cabe cuestionarnos si una persona que ingresa al hospital con la finalidad de percibir mejoras en su salud y calidad de vida no recibe la atención adecuada o de hecho no recibe atención alguna, constituye ello un daño que debe soportar?; obviamente no lo constituye y por ende esta víctima debe ser indemnizada por el Estado.

Según Jean Riveró, lo descrito se conoce como falla de servicio público, y es el incumplimiento en el funcionamiento idóneo del servicio que incumbe a uno o más agentes de la administración y que debe ser evaluado en consideración del nivel que caracteriza al servicio, configurándose la falla cuando este se presenta por debajo del nivel mencionado.

Por lo dicho la falla de servicio es la falta en la prestación de un servicio estatal que genera un daño a los administrados y el cual debe ser reparado.

1.8.5.2.2.2.3. El Estado y su agente

Según Franco y Arrazola (1995), los preceptos del Estado y su agente, sea personal médico o no son:

1. El Estado tiene la obligación de responder siempre que ocasione un daño al que no se veía obligado a sufrir el particular.
2. El Estado debe repetir contra el agente que ocasionó el daño. (Acción de Repetición)

Los preceptos determinados nos llevan a comprender que el Estado tiene la responsabilidad de subsanar las fallas en los servicios que presta que han producido daños que el administrado no se veía obligado a soportar; a la vez esta noción faculta a la entidad a ejecutar las correspondientes acciones contra el servidor que ha ocasionado el perjuicio, esta es la denominada acción de repetición.

1.8.5.2.2.2.3.1. Distinción entre el Estado y su agente

Según Franco y Arrazola (1995): La responsabilidad del agente es subjetiva, mientras que la responsabilidad del Estado es objetiva; ello quiere decir que si se va a demandar al funcionario se presenta la necesidad de demostrar el dolo o la culpa del mismo, ello ya que pase a que este es un servidor del Estado, es sobre todo una persona amparada por la presunción de inocencia.

En base a lo dicho podemos manifestar que la responsabilidad del agente es subjetiva porque se precisa que se demuestre que la persona ha incurrido en un daño para el administrado ya sea por dolo o por culpa; mientras que en el caso del Estado la responsabilidad es objetiva, porque para que este deba responder únicamente se precisa de la existencia de la falla de servicio, independientemente de los factores que la hayan causado.

1.8.5.2.2.2.4. Diferencia entre la aplicación de la responsabilidad civil y administrativa

Rodríguez (1999), determina que cuando el daño se produce en la esfera del campo privado, se debe recurrir a las sanciones civiles existentes, mientras que si el daño se produce en el campo público los responsables deberán sujetarse a las normas administrativas.

En base al apartado que antecede podemos expresar que aunque según el Dr. Rodríguez la responsabilidad administrativa es una mera división de la responsabilidad civil, existe un factor determinante al momento de decidir qué responsabilidad se debe aplicar; así se deberá seguir por vía civil toda reparación de un daño que se haya suscitado en la esfera privada, mientras que se deberá emplear la vía administrativa cuando el perjuicio se haya ocasionado en el ámbito público.

1.8.5.2.2.2.3. Responsabilidad penal

Bolaños (2006), determina que la responsabilidad penal inicia en el denominado poder punitivo o *ius puniendi* del Estado, este se configura en el momento en el que el legislador establece punibles determinadas conductas que por su riesgo amenazan la convivencia armónica de la comunidad.

Acerca de la noción de responsabilidad penal manifestada por Bolaños podemos expresar que esta se origina en la potestad Estatal de imponer sanciones a determinadas conductas.

Según Serrano (2000): La responsabilidad penal se origina cuando el hombre, aun pudiendo actuar conforme a derecho actúa contraponiéndose al ordenamiento jurídico,

afectando negativamente bienes jurídicos protegidos, y cuya vulneración configura la imposición una pena.

Acerca de lo dicho por Serrano podemos establecer que la responsabilidad penal es el vulnerar las normas y leyes determinadas en el ordenamiento jurídico, lo que obviamente repercute en el detrimento de los derechos de las personas por lo que se debe adjudicar a dicha conducta una sanción.

1.8.5.2.2.3.1. Responsabilidad penal y configuración general

Es preciso señalar que el adjudicar responsabilidad penal a un determinado individuo amerita que previo establecimiento de la misma se apliquen efectivamente principios y elementos indispensables para la estipulación de la responsabilidad y para la estructuración del delito.

En razón de lo descrito con anterioridad dedicaremos el presente apartado al estudio de la responsabilidad penal y de la estructura del delito, manifestando en primera instancia que la responsabilidad penal constituye un juicio de reprensión social al individuo que gozando de capacidad realiza un acto o recae en una omisión prohibida por la ley, siéndole exigible para él una conducta diferente a la que ha realizado o dejado de realizar.

Según Serrano (2000), para que una acción u omisión sean penadas se debe vulnerar conscientemente una norma jurídica y recaer fehacientemente en las estipulaciones penales, la conducta amerita ser así típica, antijurídica y culpable. La tipicidad se refiere a que la conducta de la persona debe incurrir en lo establecido en la normativa penal, la antijuridicidad significa que la conducta debe ser contraria a lo señalado en el ordenamiento jurídico y finalmente la culpabilidad quiere decir que a la persona le era exigible actuar de manera distinta a la que actuó.

Por lo dicho comprendemos que el perfeccionamiento de una conducta penal amerita de tres elementos: de la tipicidad, que es el recaer en lo señalado por la norma punitiva, de la antijuridicidad que es vulnerar las disposiciones del ordenamiento jurídico y de la culpabilidad que es la potestad de exigirle a la persona involucrada el actuar de manera diferente a como procedió.

1.8.5.2.2.2.3.2. Diferencia entre responsabilidad penal y moral

Según Serrano (2000), la responsabilidad penal se refiere netamente a la realidad externa del acto u omisión y la responsabilidad moral es propia de la situación interna de la persona, sin embargo pese a esta discrepancia es evidente también el hecho de que ambas responsabilidades mantienen el carácter de castigo, ello independientemente de que este sea autónomo o social.

Por lo dicho comprendemos que la responsabilidad penal es un reproche social que se realiza a un individuo por determinada conducta mientras que la responsabilidad moral implica que la persona se autocritique.

1.8.5.2.2.2.3.3. Responsabilidad penal y responsabilidad civil

Según Fernández (2007), es conocido que siempre que se configura la responsabilidad penal, se perfecciona también la responsabilidad civil, sin embargo no podría decirse que la existencia de responsabilidad civil conforma responsabilidad penal.

En relación a la materia de estudio que comprende este documento podemos manifestar que es de suma importancia analizar en primera instancia la responsabilidad civil para comprender la responsabilidad penal, no solo porque es preciso percibir ello en el ámbito jurídico genérico, sino también porque la mala práctica profesional incurre en ambas responsabilidades.

1.8.5.2.2.2.3.4. La responsabilidad en el COIP

En el Código Orgánico Integral Penal, Libro Primero “La Infracción Penal”, Título II “Penas y Medidas de Seguridad”, capítulo segundo “Clasificación de la Pena”, encontramos el artículo número 58 que determina que las penas pueden ser: privativas de libertad, no privativas de libertad y restrictivas de derechos de propiedad.

El artículo 59 establece, los preceptos con los cuales se aplican las penas privativas de libertad; entre los cuales tenemos que estas tienen una duración de hasta cuarenta años; que su computo se hará desde que se materializa la aprehensión y que en caso de condena, el tiempo efectivamente cumplido bajo medida cautelar de prisión preventiva o de arresto domiciliario, se computará en su totalidad a favor de la persona sentenciada.

Por otro lado el artículo 60 señala las penas no privativas de libertad, las cuales son:

1. Tratamiento médico, psicológico, capacitación, programa o curso educativo.
2. Obligación de prestar un servicio comunitario.
3. Comparecencia periódica y personal ante la autoridad, en la frecuencia y en los plazos fijados en sentencia.
4. Suspensión de la autorización o licencia para conducir cualquier tipo de vehículo.
5. Prohibición de ejercer la patria potestad o guardas en general.
6. Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio.
7. Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia.
8. Pérdida de puntos en la licencia de conducir en las infracciones de tránsito.
9. Restricción del derecho al porte o tenencia de armas.

10. Prohibición de aproximación o comunicación directa con la víctima, sus familiares u otras personas dispuestas en sentencia, en cualquier lugar donde se encuentren o por cualquier medio verbal, audiovisual, escrito, informático, telemático o soporte físico o virtual.

11. Prohibición de residir, concurrir o transitar en determinados lugares.

12. Expulsión y prohibición de retorno al territorio ecuatoriano para personas extranjeras;

13. Pérdida de los derechos de participación.

Además este apartado enfatiza en su parte final que la o el juzgador podrá imponer una o más de estas sanciones, sin perjuicio de las penas previstas en cada tipo penal.

Por la naturaleza misma de este trabajo nos vemos en la obligación de ampliar el numeral sexto de la enumeración realizada, así el artículo 65 de la normativa materia de estudio expresa que: Cuando el delito se relacione directamente con el ejercicio de la profesión, empleo u oficio de la persona sentenciada, se dispondrá mediante sentencia que una vez cumplida la pena privativa de libertad, se la inhabilite en el ejercicio de su profesión, empleo u oficio, por el tiempo determinado según la ley.

Finalmente, y únicamente a manea de conocimiento podemos señalar que las penas restrictivas de los derechos de propiedad son, grosso modo, las siguientes:

1. Multa, cuyo valor se determina en salarios básicos unificados del trabajador en general.
2. Comiso penal, procede en todos los casos de delitos dolosos y recae sobre los bienes, cuando estos son instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito. No habrá comiso en los tipos penales culposos.
3. Destrucción de los instrumentos o efectos de la infracción.

1.8.6. Responsabilidad profesional médica

1.8.6.1. Acto médico y sus consecuencias jurídicas

Según Franco y Arrazola (1995): El acto médico constituye el ejercicio de un galeno en pro de la salud y vida del paciente y se distingue por cuatro características principales, las cuales son:

- 1) Profesionalidad: Solo un profesional de la Medicina, puede realizar un acto médico.
- 2) Ejecución típica: El médico debe actuar en razón de la “Lex Artis”
- 3) Objetivo de curación: La intención del médico debe ser mejorar la salud de su paciente.

- 4) Licitud: El profesional de la salud debe actuar conforme a la ley.

El acto médico es también según los autores que seguimos en el presente estudio una fuente de la que emanan consecuencias jurídicas tanto para el profesional de la salud, como para su paciente ya que:

- a) Es un acto voluntario
- b) El objeto del acto médico es el preservar la vida o el mejorar la salud del paciente los cuales son bienes jurídicamente protegidos
- c) Este acto incide en sujetos de derechos.

Por lo dicho entonces podemos manifestar que el acto médico es el desarrollo de la actividad de un profesional de la salud en apego a las normas establecidas para este fin, de este acto se derivan consecuencias jurídicas, puesto que se produce entre sujetos de derecho y en razón de que el objetivo o la finalidad del mismo es precautelar la vida y salud del paciente que son bienes jurídicamente protegidos.

1.8.6.2. Lex artis

Según Casanova, la lex artis es la técnica médica que se presume válida basándose en el reconocimiento profesional mayoritario, la cual es exigida en razón del convencimiento de que es lo más prudente a aplicar en el paciente en cuestión (citado en Fernández, 2007).

Acerca de la noción de lex artis presentada por Casanova podemos expresar que esta es el método reconocido por la comunidad médica como más aceptado para ser aplicado por el profesional de la salud frente a determinada enfermedad y que la responsabilidad médica se configura cuando se ha inobservado la lex artis.

1.8.6.3. Responsabilidad médica

Lacassagne determina que responsabilidad médica es la obligación de los profesionales de la salud de sufrir las consecuencias de las faltas que han cometido (citado por Acosta, 1990).

La responsabilidad médica es según lo dicho el deber de soportar los efectos de las fallas en las que ha incurrido el profesional de la salud.

Acosta (1990), determina que el médico es responsable por los actos u omisiones de los que pueda considerarse culpable, ya sea por imprudencia, descuido, ligereza, inobservancia o error en cualquier acto en el que intervenga como profesional de la salud.

Acerca de lo mencionado podemos señalar que la responsabilidad médica puede configurarse por dolo o por culpa, se actúa de manera dolosa cuando existe la fehaciente intención de causar daño y de manera culposa cuando se incurre en negligencia, descuido o error, pero no ha existido el anhelo de dañar.

Según el Tribunal Supremo de España, la imprudencia profesional médica se configura por ciertos factores como lo son: la base histórica de los ordenamientos jurídicos, la culpabilidad del profesional, el título profesional y el nexo causal del comportamiento con el daño (citado en Fernández, 2007).

1. La responsabilidad médica se origina en las regulaciones históricas de mayor relevancia y con la evolución de las sociedades se perfecciona y llega a los actuales ordenamientos jurídicos; esta se configura cuando el tratamiento realizado por los profesionales de la salud incurra en descuido o negligencia y ocasiones un daño o detrimento en la salud del paciente.

2. La culpabilidad del profesional de la salud se fundamenta en que este tuvo la posibilidad de evitar que determinada conducta conlleve al resultado dañino; ello considerando su formación y experiencia en este ámbito científico.

3. El otorgar un título profesional presupone la competencia de la persona en un ámbito específico y crea en esta la obligación de ejercer su profesión de acuerdo a sus conocimientos.

4. La determinación de culpabilidad del profesional de la salud únicamente se configura cuando el resultado dañino está estrictamente vinculado con un acto u omisión del médico realizado por negligencia, impericia, o descuido profundamente inexcusables en razón de su deber objetivo de cuidado.

1.8.6.3.1. Razones del auge de la responsabilidad médica

Según Acosta (1990), el progreso de las civilizaciones ha permitido que de manera universal se tienda a agravar la responsabilidad de los actos profesionales, como también las sanciones establecidas para los mismos.

Las razones del apogeo de esta responsabilidad según el autor en mención son:

a) Superación de prejuicios de tiempos pasados

Antiguamente las acciones por responsabilidad médica eran consideradas únicamente como medios de enriquecimiento a costa del trabajo del profesional médico o como una forma de eludir el pago de honorarios de los mismos, sin embargo actualmente el derecho valora ampliamente las relaciones humanas, y ello ha dado lugar a un cambio de mentalidad en relación a la responsabilidad médica.

b) Desaparición de la relación médico familiar-paciente

En tiempos pasados no existía un alto número de profesionales médicos, lo que daba lugar a que las familias mantengan un alto estima para el médico que los atendía, quien a la vez se consideraba un amigo cercano a esta.

Con el paso de los años el número de profesionales de la salud ha incrementado notablemente y como consecuencia de ello el médico actualmente se ha convertido en un individuo desconocido para sus pacientes, lo que obviamente ha hecho que desaparezca la tradicional noción del médico de familia, y que se establezca una mera relación profesional y económica.

c) Indagación de la relación causal

El enfermo que ha sido atendido por un profesional de la salud sin que haya obtenido un resultado positivo, necesita conocer las razones o motivos de la permanencia de su mal.

Un ejemplo para comprender a cabalidad la presente razón es el siguiente: J.M.

fue herida de bala por su cónyuge sin salida del proyectil; una vez puesta en resguardo médico, debido a un hematoma el profesional de la salud no logró vislumbrar la lesión del duodeno, por lo que no la saturó y se inició un proceso gangrenoso que dio lugar a la muerte de la paciente por peritonitis. La Corte de Suprema de Chile destacó que el hecho de que no tuviera éxito la operación quirúrgica, no da lugar a la desaparición de que fue el reo quien la hirió; si la operación hubiere sido exitosa se habría tratado de parricidio frustrado, pero como esta fracaso, se trata de parricidio consumado y no de delito de lesiones; esto es lo que se conoce en Derecho como problema de causalidad, y la solución a tan complejo dilema es la causa preponderante, la causa típica, la causa adecuada que encaje cada caso.

d) Paciente y médico se informan de sus deberes y derechos

En la sociedad en la cual vivimos actualmente, las personas conocen a cabalidad sus derechos y deberes. El título profesional que adquiere el estudiante de Medicina al convertirse en médico sujeta al mismo a una serie de derechos y deberes morales y jurídicos, mientras que por otro lado no es admisible que el paciente ignore sus derechos.

De manera simple el paciente conoce que debe pagar los honorarios que le corresponden al médico, mientras que el médico es consciente que debe prestar una atención competente y humana.

e) Deshumanización de la Medicina

El incremento de pacientes, denominado también Medicina de masas, ha generado que el paciente sea observado como un simple número de observación dentro del centro de atención.

Riesco determina que la realización de este peligro conduce a la mutilación de la función social y moral que desempeña el profesional de la salud, función que antiguamente lo ha caracterizado (citado por Acosta, 1990).

f) Intención de agravar la situación del profesional de la salud

Según Domínguez (1983), la tendencia actual es la de responsabilizar al médico con normas de carácter penal y no civil, sin embargo lo único que verdaderamente se pretende es agravar la situación del profesional de la salud.

En base a la opinión expresada por Domínguez podemos señalar que actualmente existen varias razones de peso que fundamentan la responsabilidad penal de los profesionales en general; sin embargo es comprensible también que por la naturaleza misma de la ciencia médica sean los profesionales de la salud quienes se ven mayormente afectados por las reformas que se han ido dando en los últimos años a los ordenamientos jurídicos acerca de la responsabilidad profesional, de todas maneras el acierto o error en la promulgación de las actuales disposiciones podrá evidenciarse únicamente con el transcurrir del tiempo y con los documentos jurídicos que aporten sobre el tema todos quienes intervienen en la ciencia del Derecho.

1.8.6.3.2. Tipos de responsabilidad a las que está sujeto el médico

Según Acosta (1990): El médico en el ejercicio de su profesión se ve sujeto a la responsabilidad ética como a la responsabilidad jurídica.

1.8.6.3.2.1. Responsabilidad ética

Según Acosta (1990): El profesional de la salud posee una responsabilidad moral que no es sino una responsabilidad frente a su propia conciencia individual, la cual en teoría debería ser la de mayor rigurosidad, ya que es fundamento de la deontología profesional. Por la necesidad de concretar esta responsabilidad, existe la Deontología Médica, que no es sino el conjunto de normas que deben seguir los profesionales de la salud en el ejercicio de su profesión. Así comprendemos por Ética Médica al conjunto de preceptos y reglas que direccionan o rigen la conducta moral y profesional del galeno. La responsabilidad ética viene a constituirse como una consecuencia de la inobservancia de los deberes profesionales establecidos, inobservancia que no siempre es fuente de responsabilidad jurídica.

Los daños que se producen por un profesional de la salud, no siempre son de carácter jurídico, estos pueden ser únicamente morales, es decir que en ocasiones ante un daño médico no existirá forma de activar las vías judiciales, sin embargo ello no quita que el profesional se reproche a sí mismo por su conducta dañosa.

1.8.6.3.2.2. Responsabilidad jurídica

Según Acosta (1990), las disposiciones del ordenamiento jurídico son cumplidas natural y espontáneamente, pero en ocasiones se infringe la ley a través de una conducta antijurídica, lo que genera que el infractor se vea en la situación de sufrir una sanción.

Los actos del médico en el ejercicio de su profesión, sean activos o pasivos, pueden generar responsabilidades civiles, penales o administrativas ante las cuales el galeno debe responder.

Por lo dicho podemos expresar que la responsabilidad jurídica médica se perfecciona cuando se han violentado las normas del ordenamiento jurídico, lo que genera que el profesional de la salud responda por su conducta de acuerdo a las vías que la ley misma dispone.

Según Rodríguez (1999): A la hora de resarcir un daño ocasionado por un acto u omisión médica existen tres ámbitos en los que el derecho puede manifestarse, estos son administrativo, civil y penal. La responsabilidad puede ser pública o privada; la responsabilidad pública hace referencia al reproche social que genera o provoca el daño ocasionado por un profesional de la salud, ante el cual se determina la aplicación de una sanción penal; la responsabilidad privada por otro lado da lugar a la aplicación de normas de carácter civil que tiendan a lograr la efectivización de la reparación y la responsabilidad administrativa, según la doctrina tradicional es una mera ramificación de la responsabilidad civil.

En base al apartado descrito con antelación podemos manifestar que los actos u omisiones médicos que den como resultado un perjuicio o daño pueden ser objeto de responsabilidad civil, penal o administrativa; comprendiendo a la primera como una responsabilidad privada y prácticamente de carácter económico, a la penal como una responsabilidad pública que amerita la aplicación de sanciones punitivas, y la responsabilidad administrativa como un mero componente de la responsabilidad civil.

Dentro de la responsabilidad administrativa, Rodríguez (1999), señala que para determinar la responsabilidad administrativa de un médico debe considerársele al mismo como agente público que desempeña su actividad en hospitales, ya sean estos de carácter nacional, provincial o municipal; y que al ser el médico un agente público se presumen los siguientes criterios: 1. El estado es responsable por los actos u omisiones de los agentes públicos en el ejercicio de sus funciones. 2. Lo que prima en la responsabilidad del derecho administrativo no es la culpa, sino el funcionamiento defectuoso del servicio o llamado también la falla de servicio.

Sobre la noción de responsabilidad administrativa que nos facilita Rodríguez podemos manifestar en primer lugar que es indispensable que el profesional de la salud ejerza su actividad en una dependencia gubernamental, sin importar de qué carácter sea esta, lo que directamente presupone dos situaciones: la primera que el Estado será el ente responsable de la conducta del profesional cuando el mismo se encuentre ejerciendo sus funciones y la segunda que la determinación de la culpabilidad del médico es indiferente

a la responsabilidad administrativa, puesto que esta se preocupa únicamente de la falla de servicio que se producido y la cual ha generado un daño o el detrimento de los derechos de los asistidos.

1.8.6.3.3. Tesis frente a la responsabilidad Médica

Acosta (1990), considera que existen diferentes teorías sobre la pertinencia de responder o no de los médicos por actos culposos. En los siguientes párrafos trataremos estas teorías agrupándolas por sus características más sobresalientes.

1) Tesis de la irresponsabilidad absoluta

Se sostiene que el profesional de la salud no es responsable ni penal, peor aun civilmente por los daños que pudiere ocasionar a sus paciente. Esta teoría se fundamenta en las siguientes razones:

a) El cliente es el único responsable de la mala elección que ha hecho

Si el cliente hubiese recurrido a un profesional con mayor habilidad no habría tenido que lamentar las consecuencias producidas por la realización de un mal ejercicio profesional.

b) La medicina es un arte conjetural

La Medicina no es una ciencia exacta, como las matemáticas, y que por ende no es idónea para ser sometida a norma alguna, puesto que constantemente se encuentra en innovación, lo que dificulta juzgar los actos profesionales.

En la actualidad existen una serie de aspectos que han llegado a una firmeza tal, que pueden ser reconocidas como verdades científicas, y que su omisión conlleva la inminente contravención de una regla científica, cuya conducta amerita adjudicar responsabilidad.

c) El título universitario implica idoneidad profesional

El título universitario se recubre por presunciones de capacidad e idoneidad, pues el mismo certifica que en su momento se han salvado una serie de exámenes y requisitos previos a su obtención, por lo que la capacidad del galeno no debe ser discutida nuevamente bajo ninguna cuestión.

Sobre esta idea Royo-Villanoba, señala que el título profesional, únicamente otorga al médico el derecho a ejercer la Medicina, mas no es prueba de que el profesional es inequívoco (citado por Acosta 1990).

d) Del ejercicio de la actividad del médico solo emana un deber moral, pero no una responsabilidad jurídica

Esta explicación se deduce en razón de una decisión de la Academia de Medicina de París de 1829, la cual determinaba que los profesionales del arte de curar respondían únicamente por vía moral.

e) Normalmente una acción por responsabilidad solo tiene por objeto obtener una ventaja pecuniaria de un acontecimiento desgraciado

Se ha manifestado que en la mayor parte de los casos que se presentan acciones contra los profesionales de la salud, únicamente se desea obtener un beneficio pecuniario ya sea para el paciente o para sus familiares, sacando provecho así de la desdicha acontecida.

f) El poder jurisdiccional carece de conocimientos médicos suficientes para juzgar la conducta de un profesional del denominado “arte de curar”

Este criterio hace relación a que los profesionales del Derecho, no se encuentran capacitados en el área de la Medicina, por lo que los mismos no son idóneos para valorar los aciertos o desaciertos que se ha cometido en este campo.

Sin embargo el autor en estudio discrepa con dicha idea, puesto que el Derecho no regula asuntos que conciernen meramente a su ámbito, sino que a juicio se someten asuntos económicos, administrativos, políticos, ambientales, etc; por lo que se solicita usualmente realizar diversas diligencias a peritos especializados en cada área, y como es lógico ello debería ocurrir también en el campo de la Medicina.

g) El aceptar la responsabilidad de los médicos significa un perjuicio para los propios enfermos

En ocasiones será necesario emplear un tratamiento de alto riesgo, por lo que el profesional de la salud no se atreverá a aconsejar al paciente dicha solución, puesto que no deseará verse comprometido en un proceso de responsabilidad.

h) Peligro de progreso científico en el área médica

El jurista Baudry-Lacantinerie determinaba que la responsabilidad frenará el progreso de la Medicina, puesto que los médicos por temor a comprometerse habrán de evitar todo tratamiento que mantenga su seguridad a salvo (citado por Acosta, 1990).

Acosta señala ante esto que son exactamente los progresos en la Medicina los que han establecido con mayor firmeza el precepto de responsabilidad, puesto que los avances tecnológicos, computacionales, micro eléctricos, físicos, químicos, etc. han permitido una mayor eficacia en el diagnóstico y tratamiento médico, y que por ello la responsabilidad médica, debe estar sujeta a sanciones.

2) Teoría intermedia

La teoría intermedia abarca dos corrientes frente a la responsabilidad de los médicos, estas son:

a) Reconocimiento de la responsabilidad civil, pero resistencia de la responsabilidad criminal.

La posible justificación de esta teoría es que considere únicamente al dolo, y no a la culpa en el actuar del médico.

El autor en estudio determina que esta teoría debe ser rechazada de manera contundente, puesto que si la sociedad desea vivir, debe reaccionar sin vacilación contra los profesionales de la salud que ejerzan de manera negligente su profesión.

b) Responsabilidad de los médicos únicamente cuando han procedido con intención dolosa o de mala fe.

La responsabilidad de médico se justifica únicamente cuando el mismo ha actuado con dolo o mala fe, y que caso contrario no es justificable imputarle responsabilidad alguna.

El abogado Cremieux explica que el médico en el ejercicio de su profesión no está sometido a ninguna responsabilidad, sino solo cuando olvidándose de que es médico, y de que su obligación es cuidar de la vida del paciente, ocasiona con dolo un perjuicio al enfermo que confía en sus atenciones (citado por Acosta, 1990).

Pedro Mata, señala que si el proceder del médico es de mala fe, y si el mismo no consideró la muerte del enfermo, los defectos físicos, o los compromisos a los que se somete a la familia es obvio que debe ser sancionado con la pena correspondiente, puesto que no es justo que ello quede en impunidad, pero que no es justificable aplicar pena alguna cuando el daño se ha producido por ignorancia (citado por Acosta, 1990).

3) Teoría de la responsabilidad amplia

La teoría de la responsabilidad amplia es la obligación de reparar un daño causado a consecuencia de actos u omisiones de un profesional de la salud a otro ente.

Domat señala que los daños y pérdidas que han sido ocasionados por una persona, deben ser reparados por el que los ha cometido, aun cuando no haya tenido intención alguna de perjudicar, puesto que la responsabilidad es garantía de actuar de acuerdo a los conocimientos y prácticas que necesariamente se debían saber en relación con la profesión que se ostenta. En definitiva esta teoría concluye que la responsabilidad de los médicos por culpa, no es ajena a la culpa común (citado por Acosta, 1990).

1.8.6.3.4. Desarrollo de las responsabilidades a las que se somete el médico

1.8.6.3.4.1. Responsabilidad ética del médico

Según Franco y Arrazola (1995), la Ética Médica hace relación a la evaluación permanente de los actos médicos juzgados tales como buenos o malos, a la orientación de la normativa que regulen los actos en mención y a la conducta general de los profesionales de la salud.

Por lo establecido con antelación la Ética Médica se encarga de regular los asuntos concernientes al desarrollo de la Medicina, la normativa relativa a esta ciencia y el comportamiento de los profesionales de la salud en el ejercicio de su carrera.

Según Franco y Arrazola (1995): Hipócrates regló a la Medicina por medio de un juramento, que contempla preceptos morales que aun hoy en día son aplicables; en este sentido el médico debe poseer ciertas características esenciales, como son el amor por el enfermo, la bondad con el ser humano, el conocimiento científico y el respeto por los demás.

Acerca de lo dicho podemos manifestar que el Juramento Hipocrático contiene ciertas pautas para ejercer la Medicina con apego a los valores universales y a la humanidad con la que se debe practicar este arte, es por esta razón que el profesional médico debe considerar estas disposiciones al momento de aplicar en las personas la ciencia de la Medicina.

Algunos preceptos que demuestran el vínculo de la Medicina con la Ética, y que se encuentran regulados en la normativa de la Asociación Médica Americana son:

- i. Suministrar el servicio médico con piedad y respeto
- ii. Tratar con honestidad a los pacientes y a los colegas
- iii. Denunciar los actos u omisiones deshonestas de los médicos
- iv. Respetar la ley
- v. Guardar los asuntos confidenciales del paciente
- vi. Incrementar el conocimiento científico de forma permanente

Acerca de los preceptos establecidos con antelación podemos manifestar que la profesión médica está ligada estrechamente con los valores humanos y con la integridad de las personas, puesto que estos factores resultan esenciales para ejercer este arte con calidad y calidez.

1.8.6.3.4.1.1. Problemas éticos médicos frecuentes

Como lo señalan Franco y Arrazola (1995), no es posible abarcar en un único apartado todos los problemas éticos que se presentan en la actividad médica, sin embargo conocemos que son muchos y de diversa índole ya que como estudiamos con antelación esta profesión tutela el bien jurídico de la vida y por ende las situaciones que se deben resolver son igual de complejas que la vida misma.

Enumeraremos los problemas éticos más destacados:

- a) Control de natalidad
- b) Eutanasia
- c) Experimentación humana
- d) Trasplante de órganos
- e) Cambio de sexo
- f) Fecundación in vitro
- g) Aborto
- h) Clonación
- i) Inteligencia genética (embarazo)
- j) Suicidio

En razón de los problemas médicos mencionados podemos expresar que la ciencia Médica en razón de su naturaleza muchas veces se encuentra ante dilemas éticos que vislumbran diversas soluciones respondiendo a la moralidad y al ordenamiento jurídico que se considere.

1.8.6.3.4.2. Responsabilidad civil médica

La responsabilidad civil médica se clasifica en responsabilidad civil médica contractual y responsabilidad civil médica extracontractual, estas serán estudiadas en los próximos apartados para su comprensión a cabalidad.

1.8.6.3.4.2.1. Responsabilidad civil médica contractual

Como manifestamos ya la responsabilidad contractual tiene como base el precepto de que el servicio médico se fundamenta en un contrato, sin embargo desarrollaremos sus componentes para su completo entendimiento.

1.8.6.3.4.2.1.1. Definición

Según Acosta (1990), la responsabilidad contractual médica es aquella que nace a consecuencia de la violación de un vínculo médico-paciente obligatorio y preexistente.

De lo dicho por Acosta podemos señalar que la responsabilidad contractual se origina en la infracción del convenio realizado por el profesional de la salud y por su paciente, el cual debe ser elaborado antes de que el daño se presente.

1.8.6.3.4.2.1.2. Requisitos de procedencia de la responsabilidad contractual médica

Como manifestábamos con anterioridad comúnmente el contrato de médico y paciente se genera de manera tácita, puesto que desde que el galeno acepta atender al paciente, se sobreentiende que prestará sus servicios profesionales y que recibirá los honorarios que correspondan por ello, por lo que se configura un contrato bilateral de hacer por un lado y de dar por otro.

Para que se configure la responsabilidad jurídica civil se requiere la presencia de tres elementos indispensables, estos son:

- a) Daño: Constituye el menoscabo de un bien jurídicamente protegido
- b) Culpa: Es el infringir una obligación adquirida. Según Franco y Arrazola, 1995:
La culpa civil puede ser definida como un error conductual que da lugar a un daño patrimonial, la culpa civil médica puede ser determinada como la actuación errónea del médico en el ejercicio de su profesión.

Por lo dicho la culpa no constituye sino un error, ya sea de acción u omisión que genera un daño, en el ámbito civil un daño meramente patrimonial, mientras que en el ámbito civil médico un daño ocasionado por el mal proceder en la ejecución de su profesión.

- c) Nexos causal: Es la relación que existe entre el hecho dañoso y la culpa.

Por lo dicho la determinación de la responsabilidad de una persona amerita la presencia de un daño que afecte un bien jurídico protegido, la inobservancia de una obligación y la relación entre el perjuicio ocasionado.

1.8.6.3.4.2.1.3. Esencialidades de la responsabilidad contractual

La responsabilidad contractual médica implica esenciales para su nacimiento estas son:

1) Existencia de un contrato

a) Definición de contrato médico

El contrato es una convención jurídicamente eficaz de dar origen una obligación civil.

- I) Partes que constituyen esta relación: Las partes que constituyen esta relación son el médico y el paciente, siendo el primero el ente autorizado para ejercer la Medicina y el segundo quien recurre al profesional en razón de que sufre una alteración de salud.

- II) Obligaciones a las que se sujetan las partes: El médico se obliga a prestar sus servicios de manera diligente, mas no a una obligación de resultado, mientras que el paciente se obliga a cancelar monto de dinero por la prestación de los servicios que ha recibido, es decir se compromete a pagar un precio.

Se define entonces al contrato médico como la convención que se celebra entre el profesional de la salud y el paciente en la cual el primero se compromete a prestar un servicio diligente y el segundo a pagar un precio por el servicio prestado.

b) Clasificación del contrato

Como se ha determinado ya la doctrina y jurisprudencia señalan mayoritariamente que la relación entre el médico y paciente es contractual, sin embargo existen diferentes posturas acerca del tipo de contrato que se configura en este vínculo, Acosta ha seguido a algunos autores para recopilar la clasificación que será presentada a continuación:

I Teoría del Mandato

Pothier determina que la relación entre el médico y el paciente es un mandato de carácter gratuito, ya que los honorarios del servicio médico son invaluable, más el paciente puede reconocer la labor del galeno y dar muestras de su gratitud.

Planiol determina que el contrato médico no puede constituirse en un mandato ya que el mandato implica representación y el paciente no es bajo ninguna circunstancia representado por su médico.

Lenel señala que no es posible aplicar los preceptos del mandato en el contrato médico ya que el médico no sigue las instrucciones que el paciente le da en el ejercicio de su profesión, como tampoco el profesor sigue las instrucciones del estudiante para enseñarle.

II Teoría del arrendamiento de servicios

1. Locación de servicios o arrendamiento de servicios

Es un contrato por el cual una parte se compromete a la prestación de un servicio y la otra al pago de dinero como precio de la prestación.

Mosset determina que una parte constitutiva del contrato de prestación de servicios es la obtención de un determinado resultado, y que en caso del contrato médico-paciente no se puede asegurar resultado alguno.

2. Locación de obra

El contrato de obra es aquel por medio del cual una parte se compromete a ejecutar una determinada obra, mientras que la otra se obliga a pagar un precio por dicha obra.

Acosta señala que el contrato médico de locación de obra solo encajaría en el caso de que el galeno deba intervenir en la persona, y ello no siempre ocurre.

III Teoría del contrato sui generis

Borda señala que el contrato médico es sui generis, y que debe ser regulado de manera propia.

IV Teoría del contrato atípico

Jean Savatier determina que el contrato médico es una originalidad de la profesión ya que no se puede comparar a esta con ninguna otra, por lo que este considera que el contrato médico es atípico.

V Teoría del contrato innominado

Garsonnet señala que el contrato médico es innominado y válido, puesto que obliga a aquello que tácitamente se ha convenido, como también a responder por las consecuencias de su incumplimiento.

VI Teoría del contrato proteiforme o multiforme

El contrato médico es proteiforme o multiforme, es decir que puede variar en razón de la naturaleza del ejercicio del profesional médico.

1.1) Características Generales del contrato médico

Según Acosta (1990), el contrato médico cuenta con las características que detallaremos a continuación:

1. Consensual: Se perfecciona o forma con el consentimiento del paciente y del profesional de la salud.
2. Civil: El contrato médico es por su propia naturaleza de carácter civil
3. Intuitio Personae: El contrato médico es un acto de confianza entre el paciente y el médico, ya que el primero es quien elige al profesional de la salud y a la vez el segundo es quien acepta tratarlo, con las excepciones de razones humanitarias o los casos de urgencia.

4. Admite desistimiento unilateral: El contrato médico puede terminar cuando una de las partes ha perdido la confianza en la otra, situación derivada de la institución del Intuitio Personae, esta característica se excepciona cuando el desistimiento del médico implica un peligro en la vida o salud del paciente, por lo cual la renuncia del profesional es admitida siempre y cuando esta no dañe al enfermo.
5. Principal: El contrato celebrado entre el médico y el paciente subsiste por sí mismo, es decir que no requiere que se haya realizado convención previa.
6. Individual: En contraposición al contrato colectivo, el contrato médico produce efectos únicamente para las partes que pactan en el mismo, considerando que las afecciones de las personas deben tratarse de manera personalizada.
7. Generalmente de adhesión: Quienes afirman que el contrato médico es de adhesión señalan que este debe contener los siguientes elementos:
 - a) Generalidad: Se destina a la colectividad de contratantes eventuales.
 - b) Permanencia: Se oferta este contrato permanentemente.
 - c) Minuciosidad: El contrato es de carácter detallado, incluso se especifican los aspectos eventuales.

Esta característica se refiere a que las cláusulas del contrato médico no pueden ser discutidas ya que las características propias de la profesión no lo permiten; por ejemplo no se puede discutir, el tipo y duración del tratamiento, la técnica que desea que se emplee, la anestesia a usarse, etc. Lo único que podría solicitarse es una rebaja en los honorarios del profesional de la salud.

8. Innominado: El contrato médico es un contrato innominado ya que no se encuentra regulado de manera legal, a diferencia de otros como el contrato de matrimonio, compra-venta, arrendamiento, etc.
9. Instantáneo o sucesivo: Dependiendo del caso, el contrato médico será instantáneo, es decir se perfeccionará de inmediato o por el contrario será sucesivo, lo que conlleva que necesitará del transcurso de un período de tiempo para consolidarse.
10. Generalmente sinalagmático y excepcionalmente unilateral: El contrato médico es usualmente de carácter bilateral, sus partes son el médico y el paciente quienes se obligan en reciprocidad; sin embargo existen situaciones en las cuales quien se obliga es meramente el médico como por ejemplo en los casos de urgencias.

Acerca de las esencialidades señaladas por Acosta podemos manifestar que el contrato médico posee ciertas características comunes a los todos contratos, pero que también goza de rasgos distintivos en razón de la naturaleza de aquello que regula.

1.2) Características específicas del contrato médico

1.2.1. Existencia de un contrato válido

Según Acosta (1990): Para considerar al contrato médico como un acto jurídico este debe cumplir ciertos requisitos relativos a los contratos en general, sin los que obviamente no existiría responsabilidad alguna de las partes.

Por lo dicho podemos expresar que todo contrato debe contener ciertos elementos determinados ya con antelación por la ley sin los cuales sería un documento inválido; y en el caso del contrato médico no existe excepción alguna.

1.2.2. Consentimiento

Para Acosta (1990), el consentimiento es el concierto de las voluntades de las partes dirigido a lograr un determinado objetivo, es de carácter bilateral a diferencia de la voluntad que depende únicamente de la persona; específicamente en el caso del contrato médico el consentimiento tanto el profesional de la salud como el paciente deben tener

la voluntad para llegar a determinado objetivo, que usualmente es mejorar la salud del paciente.

El consentimiento en base a lo manifestado es la aprobación de las partes contratantes para celebrar el contrato, se diferencia de la voluntad porque esta última es el asentimiento meramente individual; en relación al consentimiento del contrato médico podemos determinar que este se configura cuando tanto el paciente como el profesional médico acceden a contratar en materia de salud.

a) Formación del consentimiento

Para Acosta (1990), el consentimiento se forma cuando concurre la aprobación de las partes en la oferta de la celebración de un contrato y la aceptación del mismo.

Sobre la formación del consentimiento podemos expresar que este se configura cuando ambas partes asienten sobre una determinada situación que los hace consignatarios de derechos y responsables de obligaciones.

b) Manifestación de la voluntad

1. Expresa

Según Acosta (1990): La manifestación de la voluntad se exterioriza en el contrato médico cuando el paciente expone verbalmente que está de acuerdo con el tratamiento que recibirá y los honorarios que deberá cancelar por el servicio que ha recibido, es preciso señalar que existen determinadas instituciones o profesionales de la salud que elaboran contratos de prestación de servicios que contienen únicamente los parámetros esenciales del contrato médico, ello lo realizan con la finalidad de que las voluntades de las partes se afirmen en un documento.

La conceptualización de voluntad expresa se resume en la demostración cierta de aquello en lo que se asiente y en lo que discrepa, esto ya sea de manera verbal o escrita; en el caso de la prestación de servicios médicos hoy en día contamos con documentos ya elaborados que ratifican los compromisos adquiridos por las partes en el asunto en mención.

2. Tácita

Para Acosta (1990), en ocasiones el consentimiento puede deducirse de ciertos comportamientos de las partes, ello en el ámbito médico es lo que ocurren en las situaciones de urgencias, cuando por ejemplo llega una persona herida al hospital y es debidamente atendida por el personal médico, una vez que el paciente mejora y está en

capacidad, acepta la atención profesional y continua con el tratamiento que le ha suministrado el mismo; transformándose esta en una relación contractual.

Acerca de lo expresado por Acosta sobre la manifestación de la voluntad tácita podemos argumentar que esta no es sino el evidenciar que acordamos o asentimos sobre una explícita cuestión mediante nuestro comportamiento, este tipo de manifestación no amerita de documentos y en ocasiones ni de palabras pero si de conductas que den lugar a demostrar el consentimiento que otorgamos.

c) Vicios del consentimiento

Según Acosta (1990): El elemento indispensable de los actos jurídicos bilaterales es la voluntad, puesto que si esta es inexistente o si sufre de un vicio se considerará al contrato realizado como nulo.

Los contratos realizados con apego al ordenamiento jurídico requieren de ciertos factores sin los cuales no tendrían validez, la voluntad es uno de estos elementos por la importancia que la misma tiene, ya que mal podría obligarse a una persona a determinada acción u omisión si esta no ha consentido en ello; el contrato médico no es ajeno a la referida realidad ya que este se encuentra subordinado también a la ley.

Según Acosta (1990), los vicios del consentimiento son los siguientes:

1. Error

Hurtado expresa que el error es un falso juicio sobre una persona, cosa o hecho (citado por Acosta, 1990).

Por lo dicho el error es según Hurtado es una idea ilusoria acerca de una explícita situación.

Las especies de error son error de hecho y error de derecho, pero presente estudio nos referiremos únicamente al error de hecho, por la naturaleza de la investigación en sí.

Según Acosta (1990), las clases de errores de hecho son:

- a) Error esencial: Comprendemos por error esencial a aquella falta de juicio sobre la identidad del objeto del contrato.

En el contrato médico por ejemplo podríamos citar el caso en el que una paciente llega a realizarse una cirugía estética en su rostro, esta paciente tiene además un defecto de nacimiento en esta zona de su cuerpo, la paciente le expresa al doctor que desea que embellezca su rostro, el doctor comprende que lo que ella desea es que se le corrija el defecto de nacimiento, mientras que lo que la paciente verdaderamente desea es que se le realice un

estiramiento facial para eliminar las arrugas producidas por su edad, existiendo así error esencial.

- b) Error sustancial: Comprendemos por error sustancial a aquel que la calidad del objeto sobre el que se establece el acto o contrato es diferente a lo que realmente se cree.

En el ámbito médico es complejo realizar una ejemplificación de este tipo de error por la naturaleza del mismo, pero en el ámbito común podría tomarse el caso de que una persona contrata la compra una barra de un metal precioso, considerando que contrata la compra de barras de plata, cuando en realidad le venden oro.

- c) Error accidental: Es el error que recae sobre una cualidad accidental del contrato, este usualmente no vicia el consentimiento de las partes a menos que esta cualidad haya sido el motivo principal de la realización del contrato.

En el campo médico por ejemplo una persona a la que no le agrada ir al gimnasio desea bajar de peso; esta acude donde un profesional de la salud en nutrición, el profesional para evitar este factor; establece únicamente de manera escrita el tratamiento a seguir por el paciente, tratamiento que incluye una mejor alimentación, la toma de medicamentos y el asistir al gimnasio dos horas diarias durante cuatro semanas; cuando el paciente llega a

casa y lee las instrucciones señaladas por el médico nota que deberá asistir al gimnasio, configurándose el error accidental.

2. Fuerza

Según Acosta (1990): Se concibe como fuerza a la imposición moral o física que se ejerce sobre un individuo para presionarle a la celebración de un contrato.

Sobre la noción de fuerza que nos facilita Acosta podemos expresar que esta es la exigencia, ya sea de carácter física o moral, que se aplica sobre una persona para coaccionarle a contratar.

a) Fuerza Moral: Son amenazas que se propician en contra un individuo para infundirle temor o miedo imponderable.

En el ámbito materia de estudio puede presentarse el caso de que el médico le manifieste a su paciente que si no se opera un quiste que este posee en alguna zona de su cuerpo podría morir, ello pese a que el quiste es mínimo y la posibilidad remota, y de que existen otros exámenes y hasta tratamientos a realizar previos a la ejecución de la operación.

b) Fuerza Física: Son actos físicos realizados contra una persona con la finalidad de obtener de esta la celebración de un contrato.

En el ámbito médico la fuerza física no se presenta, según el autor que seguimos en el presente estudio.

3. Dolo

Para Acosta (1990): Dolo es toda artimaña que se emplea con la finalidad de que una persona asienta en un contrato erróneamente.

Sobre la noción de dolo que Acosta nos comparte podemos expresar que este es un engaño que se produce de manera intencional, con el objetivo de obtener un beneficio sin mirar la vulneración de la voluntad o el daño que se ocasione a otra persona.

Ejemplo del dolo en el campo médico es cuando un profesional de la salud conoce que el paciente morirá sin más, pese a cualquier tratamiento que se le aplique, pese a ello le induce a contratar en razón de los altos honorarios que recibirá generando en este expectativas de vida.

1.2.3. Capacidad

Según Acosta (1990): Capacidad es la aptitud legal que poseen las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones por sí mismas.

En base a la definición establecida por Acosta podemos expresar que capacidad es la idoneidad de las personas para efectivizar sus derechos y obligarse.

En el artículo 1463 del Código Civil Ecuatoriano se determina acerca de la capacidad lo siguiente:

- a) Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

- b) Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de esta clase de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos parámetros determinados por las leyes.

1.2.4. Objeto

Según Acosta (1990): Para que las partes se obliguen se requiere que el consentimiento de ambas recaiga sobre un objeto lícito.

Por lo dicho según Acosta comprendemos por objeto a la finalidad con la cual se celebra el contrato, misma que debe apegarse a las normas establecidas en el ordenamiento jurídico vigente.

a) Objeto de la obligación de las partes

Según Acosta (1990): El contrato médico genera obligaciones de medio, ello quiere decir que el médico se obliga a prestar sus servicios de forma diligente con la finalidad de obtener un determinado resultado, que es la sanación del paciente; sin embargo el médico no se obliga a curar al paciente, es decir a obtener ese preciso resultado. Por otro lado las obligaciones del paciente serán las de hacer, no hacer y dar. El paciente seguirá el tratamiento indicado por el profesional de la salud (hacer), se abstendrá de realizar cualquier acto que sea perjudicial para el tratamiento establecido (no hacer) y finalmente dará como pago una suma de dinero por concepto de prestación de servicios (dar).

Por lo dicho comprendemos que el médico en el ejercicio de su profesión se compromete a ser oportuno y prudente con su cliente, sin embargo mal podría el galeno asegurarle la recuperación de la salud, ello por la naturaleza misma de la ciencia médica y porque no está en sus manos la asimilación corporal de los tratamientos, medicamento e intervenciones que se le practiquen al paciente, quien a la vez tiene el compromiso de seguir las instrucciones del médico sean

estas de acción o de omisión y de reconocer económicamente los servicios prestados.

b) Ejemplificaciones prácticas

1. Interrupción del embarazo: El contrato que se celebre entre el médico y el paciente que tenga por objeto la interrupción del embarazo, y que no considere los casos previstos por la ley para tal efecto será nulo.
2. Alteración de sexo: El contrato celebrado entre el médico y el paciente que tiene por finalidad la alteración del sexo carece de objeto lícito, ya que este resultado es aún para la ciencia imposible.

1.2.5. Causa

Según Acosta (1990): Comprendemos por causa al motivo por el cual se celebra el contrato este debe apegarse a la ley, ya que caso contrario estaríamos frente a una causa ilícita que no es sino una estimulación de contratar contraria al ordenamiento jurídico.

Un ejemplo de causa ilícita podría ser la experimentación científica ya que si se celebra un contrato entre un profesional de la salud y su paciente, que tenga por causa la experimentación científica del primero sobre el cuerpo del segundo, este carecerá de

causa lícita ya que nuestra Constitución 2008 prohíbe expresamente en su artículo 66, numeral 3 literal d dichos procedimientos.

Por lo dicho según Acosta comprendemos que la causa constituye la inspiración por la cual se celebra el contrato, la cual obviamente debe ser coherente con las disposiciones del ordenamiento jurídico; ya que si el contrato no cumple con este parámetro se reputará como inválido.

1.2.6. Formalidades

Según Acosta (1990): Existen ciertos contratos médicos que requieren del cumplimiento de ciertas formalidades, sin las cuales estos no podrían perfeccionarse; por ejemplo los relativos a permisos de operación o procedimientos de anestesia, o los que se refieren a la constancia de haber informado al paciente los riesgos de aplicar determinado tratamiento; situaciones que no eximen al profesional de la salud de responsabilidad alguna ya que constituyen meras formalidades del contrato.

Ejemplo práctico de lo mencionado es el sistema de salud de los Estado Unidos, país en el que el contrato médico se realiza de manera escrita completando formularios que ameritan las firmas de las partes y demás formalidades.

1.2.7. Que el contrato que se haya celebrado entre la víctima del daño y el autor de este

Según Acosta (1990): La responsabilidad contractual médica amerita tanto de un contrato como de que este contrato haya sido celebrado entre la víctima del daño y el autor del mismo, esto porque si el contrato nace de la voluntad de las partes sus efectos deben limitarse únicamente a estas.

En base a lo dicho por Acosta podemos afirmar que la responsabilidad contractual puede ser exigida únicamente por las partes que celebraron el contrato.

a) Víctima del incumplimiento del contrato médico es causahabiente o sucesor de uno de los contratantes.

Según López Santa María: Comprendiendo que en varias ocasiones fallece el paciente parte constitutiva del contrato médico existen ciertas excepciones a la regla de la celebración entre la víctima y el causante del daño, determinando que los herederos no pueden estimarse como terceros, ya que ello incurriría en amedrentar las reglas de la sucesión por causa de muerte, y porque quien contrata no lo hace únicamente para sí sino también para sus herederos aunque ello no se manifieste expresamente (citado por Acosta, 1990).

A esta excepción el autor estudiado le agrega una contra-excepción ya que es obvio que si el médico llega a fallecer, sus herederos no podrán cumplir la obligación contraída por él con el paciente, sin embargo lo que se pretende es subsanar el incumplimiento de una obligación mas no el dar cumplimiento a un contrato.

b) Familiar o amigo del paciente contrata con el médico

En ocasiones excepciones acude un familiar o amigo del paciente a contratar los servicios del médico, en caso de que sea el representante legal quien ha celebrado el contrato no existe dificultad alguna ya que este se en la facultad de celebrar contratos a nombre de su representado; sin embargo cuando se tratase de un individuo que no es representante legal del paciente, se deberá esperar a que el mismo se recupere para que dé su consentimiento en el contrato celebrado.

1.2.8. Daño sufrido por la víctima que provenga del incumplimiento del contrato médico

Según Acosta (1990): Es indispensable que el daño que la víctima ha sufrido se haya originado en el incumplimiento del contrato, es decir que se precisa una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño ocasionado, únicamente de esta manera se perfecciona la responsabilidad contractual.

En relación a lo señalado por Acosta podemos expresar que para que se configure la responsabilidad médica es imprescindible que exista una relación o nexo entre la vulneración del derecho que se ha ocasionado y el incumplimiento del contrato.

1.8.6.3.4.2.2. Responsabilidad civil médica extracontractual

Ciertos doctrinarios afirman que la responsabilidad médica es de carácter extracontractual y en razón de ello dedicamos un apartado de este documento para su estudio y para una mejor comprensión.

1.8.6.3.4.2.2.1. Definición

Según Serrano (2000): La responsabilidad médica se origina en la violación o en el detrimento del deber de cuidado que el médico tiene sobre sus pacientes, sin embargo la particularidad de esta responsabilidad es que no existe una convención o un acuerdo previo entre las partes que regule la prestación del servicio médico.

Por lo dicho comprendemos que la responsabilidad médica tiene su fundamento en la vulneración de la obligación de cuidado que posee el profesional de la salud sobre sus pacientes, situación en la que se asegura por muchos no es posible que exista contrato previo alguno.

1.8.6.3.4.2.2. Elementos

Según Serrano (2000), la responsabilidad extracontractual se configura con la presencia de los siguientes elementos:

a) El hecho

El hecho puede ser comprendido tanto como la conducta del médico, como los acontecimientos ocurridos por los equipos utilizados, o como las acciones u omisiones realizadas por los subordinados al profesional de la salud.

b) La culpa

La culpa puede ser determinada como un error en la conducta del médico que ocasiona un daño que debe ser reparado.

c) El daño

El médico debe responder a las obligaciones propias de la profesión, aún si estas no se encuentran estipuladas en un contrato, en razón de ello debe cuidar la vida e integridad de sus pacientes y no causarles daño alguno, es decir no ocasionarles detrimentos en su salud.

d) El nexa causal

Debe existir un vínculo entre el hecho y el daño en el que se ha incurrido, es decir que sin la realización del hecho el daño no se produciría.

1.8.6.3.4.2.2.3. Fuentes

Según Serrano (2000), la responsabilidad civil extracontractual médica se puede producir por las siguientes fuentes:

1. Por el hecho propio

Es el daño ocasionado por el ejercicio directo de la profesión médica, daño que se ve obligado a reparar el profesional.

2. Por el hecho de un tercero

En varias ocasiones el médico se ve en la necesidad de atender a sus pacientes con la colaboración de personal de auxilio, en este contexto existe una relación de subordinación del primero sobre los segundos y en caso de que se produzca un daño este debe ser reparado.

3. Por el hecho de las cosas

Esta responsabilidad se refiere al daño ocasionado por un instrumento que no ha tenido manipulación externa, pero que su eficiencia es responsabilidad del médico.

1.8.6.3.4.3. Responsabilidad administrativa médica

1.8.6.3.4.3.1. De la falla de servicio

1.8.6.3.4.3.1.1. Nociones previas

La falla de servicio se refiere netamente a la responsabilidad del Estado, es por ello que para comprenderla de mejor manera nos referiremos en primera instancia a los aspectos históricos de esta responsabilidad.

Según Serrano (2000): En un principio el Estado no era responsable por los daños que ocasionare a quienes administraba en el ejercicio de sus funciones, irresponsabilidad que se basaba en la divinidad de la que esta institución provenía; sin embargo este facto cambia con la evolución de la entidad en mención, ya que a partir del siglo XIX el Estado interviene con mayor interés en la vida social, lo que le genera la obligación de responder por los daños o perjuicios que su actividad pueda generar a los administrados.

Acerca de lo manifestado por Serrano podemos mencionar que durante los primeros años en los que se estableció el Estado este no respondía por los posibles daños que en el ejercicio de sus funciones pudiera ocasionar a los administrados porque consideraba que se veía provisto de un carácter divino que le eximia de dicha responsabilidad, ya que sino mal recordamos en un comienzo el Estado se constituía en una sola persona que usualmente adquiriría esta autoridad en razón de luchas de poder o simplemente heredaba el cargo de sus antepasados; con el devenir del tiempo esta entidad evidencia que se debe a los ciudadanos y por ello se interesa más en las actividades que estos realizaban y en las necesidades de los mismos, es así que adquiere la función de velar por el bienestar de los individuos que configuran la sociedad y a partir de ello se responsabiliza por las posibles fallas que en su ejercicio se puedan presentar.

1.8.6.3.4.3.1.2. Historia

Según Serrano (2000): La falla de servicio se origina en la jurisprudencia francesa, puesto que fueron los jueces franceses quienes responsabilizaron al Estado por los daños causados a los administrados, eliminando así la práctica de responsabilizar meramente al funcionario.

Ante lo expresado podemos comentar que la jurisprudencia internacional en más de una ocasión ha sido el origen de magnos cambios en los ordenamientos jurídicos del mundo, y el caso estudiado no es la excepción ya que los aportes de los jueces franceses

permitieron que actualmente se considere al Estado como entidad responsable de los daños que ocasione a quienes administra.

1.8.6.3.4.3.1.3. Contenido

Según Serrano (2000), la falla de servicio se constituye como un concepto autónomo, ya que no requiere que los investigados por el daño sean declarados responsables de este, puesto que el Estado puede ser responsabilizado por un daño aun sin la previa determinación de responsabilidad de los intervinientes.

Por lo dicho comprendemos que la responsabilidad del Estado puede ser declarada de manera independiente, ello quiere decir que si los agentes estatales que eran investigados por la producción de determinado daño resultasen inocentes, aun así el Estado podría ser declarado culpable y se vería expuesto a cumplir las sanciones que se le impongan.

1.8.6.3.4.3.1.4. Concepto clásico

Según Serrano (2000): Tradicionalmente se comprende por falla de servicio a la falta de la administración por acción u omisión, retardo, ineficiencia, irregularidad o ausencia del servicio; que requiere para su perfeccionamiento del nexo causal que ligue o vincule al Estado con el daño que se ha producido.

Comprendemos por el concepto facilitado por el Dr. Serrano que la falla de servicio no es sino el imperfecto proceder de la administración en relación a un servicio que brinda, razón por la cual se ha ocasionado un daño que debe ser reparado.

1.8.6.3.4.3.1.5. Concepto moderno

Según Serrano (2000): Es la violación de la obligación que se le asigna al Estado, ya sea esta derivada de su propia función o debido a que una ley lo prevé.

El concepto moderno de falla de servicio es mucho más amplio que el tradicional, ya que este únicamente comprende el incumplimiento de una obligación estatal.

1.8.6.3.4.3.1.6. Elementos de responsabilidad

Según Serrano (2000), existen tres elementos que deben ser identificados en la determinada situación para que se configure la falla de servicio, estos son:

1. Falla funcional

La falla funcional es la violación de las obligaciones del Estado, las cuales se encuentran establecidas en el ordenamiento jurídico.

2. Producción del daño

Es necesario que dicha falta sea la causante de un daño, ya que caso contrario, no habría lugar a reparación alguna.

3. Relación entre falla de servicio y daño

Es menester la relación de causalidad entre la falla de servicio y el daño causado, es decir que el daño debe ser producto de la falla.

1.8.6.3.4.3.1.7. Falla de servicio médico

Según Serrano (2000), en la actualidad el Estado asume la función de prestar el servicio de salud pública a través de los profesionales vinculados e instituciones de las cuales dispone para este fin; la falla de servicio en este sentido se configura cuando el personal o los bienes que actúan bajo la responsabilidad del Estado son causantes del daño a las personas que han requerido el servicio.

La falla de servicio médico es en base a lo expresado la falta en la que incurre el Estado en la prestación del servicio de salud, ya sea que esta se configure a través del personal o de los bienes de los que dispone la institución.

1.8.6.3.4.4. Responsabilidad penal médica

1.8.6.3.4.4.1. Precedentes

Según Fernández (2007), el Código de Hammurabi y la ley del Antiguo Egipto condenaban al médico en caso de que este causara un daño a otra persona por concepto de mala práctica profesional, regulaciones que nos expresan que la mala práctica ha sido un tópico que ha existido desde la constitución de las primeras normativas promulgadas, instituciones jurídicas que con el tiempo se han mantenido en esencia pero se han ido perfeccionado en base a la evolución de las sociedades.

Acerca de lo descrito por Fernández podemos manifestar que la responsabilidad penal por mala práctica profesional médica es una figura jurídica que ha existido desde la constitución de las primeras leyes, por lo que no podría decirse que esta acepción es nueva, pero sí que se ha perfeccionado de acuerdo al avance que las sociedades han logrado en el ámbito jurídico.

1.8.6.3.4.4.2. Origen de las penas

Según Beccaria (2011): Las normas jurídicas son el producto de la alianza de los hombres en sociedad, unión que se realizó por el deseo de convivir con seguridad y tranquilidad, y en detrimentos de su amplia libertad; este pacto dio lugar a que los seres humanos constituyan y respeten las disposiciones promovidas por sí mismos cuya inobservancia acarrearía la ineludible imposición de sanciones.

En base a lo expresado por Beccaria podemos manifestar que las leyes son el resultado de la constitución de sociedades, las cuales a la vez fueron conformadas en sacrificio de la libertad individual de las personas que deseaban vivir en un lugar en el que exista resguardo y paz; para ello se comprometieron primero a establecer normas, y después pautas de respeto de estas disposiciones, como lo son las penas o sanciones.

1.8.6.3.4.4.3. Derecho a penar

Según Beccaria (2011), el fundamento de penar al igual que el del establecimiento de normas es la necesidad de defender los derechos de los individuos, ello ya que empíricamente se ha podido demostrar que sin la imposición de sanciones para determinadas conductas los hombres y mujeres no respetan los derechos de sus semejantes.

Por lo dicho comprendemos que fue la necesidad y no otro factor la que obligó a que los seres humanos decidieran establecer un régimen de sanciones al incumplimiento de las normas configuradas.

1.8.6.3.4.4.4. Consecuencias de establecer sanciones para conductas antijurídicas

Según Beccaria (2011): Los efectos inmediatos del establecimiento de normas penales, dio como resultado tres consecuencias directas, las cuales son las siguientes:

1. Solo las leyes tienen la facultad de establecer penas relativas a delitos, éstas no pueden disminuirse ni aumentarse sino únicamente en razón de lo que dispongan las mismas. Ello quiere decir que ninguna autoridad se encuentra facultada para determinar una pena contraria a la que la legislación vigente disponga.
2. Las disposiciones que se han promulgado para guardar el bienestar de la sociedad poseen un carácter general, es decir que su cumplimiento es obligatorio para todos los ciudadanos sin excepción alguna, y en caso de incurrir en una conducta penada, las sanciones se impondrán también sin considerar privilegio alguno.
3. El tercer efecto hace referencia al precepto ya señalado con anterioridad, el cual determinaba que el Derecho Penal mantiene como origen la necesidad y como finalidad la efectivización de la justicia, por ello cuando una pena se tornare innecesaria será considerada como injusta.

1.8.6.3.4.4.5. Proporción de delitos y penas

Según Beccaria (2011), el cometimiento de delitos acarrea perjuicios a la sociedad, cuando más contrarios sean estos al bienestar social mayor será la pena impuesta por el ordenamiento jurídico, siendo este el parámetro regulador de la proporcionalidad de los delitos y las penas.

La proporcionalidad de las penas según las ideas de Beccaria surge en razón del daño que la conducta ha causado a la colectividad, la sanción se basa así en el precepto: a mayor daño mayor pena, a menor daño menor pena.

1.8.6.3.4.4.6. Finalidad

Según Beccaria (2011): La finalidad de las penas no es contrariar o angustiar a los seres humanos, sino el impedir que el delincuente cause nuevos daños y desaconsejar a los demás de hacerlo.

Ante lo descrito podemos expresar que el objetivo primordial de la imposición de sanciones es el evitar que se comenten nuevos delitos tanto por el delincuente que ha sido reprendido ya, como por las demás personas que componen la sociedad, puesto que si se viola el ordenamiento jurídico y no se recibe escarmiento alguno es muy probable que se vuelva a transgredir la ley.

1.8.6.3.4.4.7. Prontitud de la pena

Según Beccaria (2011), la pena es más justa cuanto más próxima al cometimiento del delito.

En relación a la idea de Beccaria podemos señalar que cuando la sanción a una determinada conducta llega de manera oportuna, permite a la ciudadanía percibir la efectividad del sistema jurídico, más el hecho de que la sanción sea tardía exhibe una perspectiva de falla en la administración de justicia.

1.8.6.3.4.4.8. Elementos para configurar la responsabilidad en la conducta médica penal

Según Franco y Arrazola (1995), para que la conducta del médico sea sancionada penalmente, es indispensable que concurren tres factores, los cuales son:

1. Tipicidad: Es la concordancia entre la conducta que describe la norma y la realizada por el médico.
2. Antijuridicidad: Se refiere a la vulneración de un derecho consagrado en el ordenamiento jurídico.

3. Culpabilidad: hace referencia a la capacidad de la persona de responsabilizarse por su conducta delictiva.

Según Franco y Arrazola (1995): La culpa en general no es más que no prever un resultado que era previsible, en el aspecto médico se dirá en concreto que el médico teniendo la posibilidad de deducir un daño para la salud de su paciente, en razón de su profesión, no lo hace ya sea porque no realizó el correspondiente análisis mental o por falta de cuidado; existe también el supuesto de que el médico, no sabe que debe hacer frente a determinado paciente y por su inexperticia expone la vida y salud de quien ha acudido en confianza a ser atendido, en este caso el médico responderá por impericia.

1.8.6.3.4.4.9. Aspectos de la culpa

- 1) Ignorancia simple

Se justifica la intervención del médico en su afán de resguardar la salud o vida del paciente, aunque esta fuere errónea.

- 2) Ignorancia atrevida

El médico actúa únicamente con fines egoístas, económicos por ejemplo, y falla en su intervención.

3) Negligencia

Es cuando se tiene conocimiento acerca de lo que debe realizarse, sin embargo no se lo efectúa.

4) Imprudencia

Es realizar determinada acción u omitirla a pesar de haberse previsto el resultado dañoso

1.8.6.3.4.4.9.1. Configuración de los delitos culposos

Según el tratadista Casabona, tanto los delitos dolosos como culposos pueden configurarse a través de la efectivización de dos factores; que no son sino la acción y el resultado, los dos imprescindibles para la real existencia del tipo. En los delitos dolosos la acción se establece con consciencia y voluntad y con la finalidad de conseguir un determinado resultado, mientras que en los culposos la actividad no pretende la producción del resultado obtenido (citado en Fernández, 2007).

En base a lo dicho por Romeo Casanoba los delitos pueden configurarse tanto dolosa como culposamente, ello quiere decir que el comportamiento efectuado y el resultado obtenido de este pueden surgir de la real intención de causar daño como del mero resultado aun sin la presencia de la intencionalidad dañina.

1.8.6.3.4.4.10. Dolo

En la naturaleza de su actividad el médico voluntariamente y con la finalidad de causar daño produce un detrimento en la salud de su paciente o peor aún la muerte.

Por lo dicho podemos mencionar que se sabe que la intención del médico es curar al enfermo, no obstante muchas veces su propósito falla por no ejercer su profesión con apego estricto a su intención; así el médico puede actuar por culpa, es decir sin la intención de producir el mal que ha causado a su paciente y por dolo que quiere decir con el afán de dañar a quien le ha confiado su recuperación.

Ejemplo de dolo en la responsabilidad penal médica

Según Herrera: El dolo en la responsabilidad penal médica puede presentarse cuando un cirujano es invitado a realizar una intervención quirúrgica, y en el transcurso de esta reconoce que el paciente es un enemigo suyo, lo que le lleva a ligar algunos vasos sanguíneos, para que como resultado se de la muerte del paciente en la etapa postoperatoria al presentarse una hemorragia interna (citado en Rodríguez, 1999).

En base a la ejemplificación realizada por Lucio Herrera podemos manifestar que el profesional de la salud es también un ser humano y que por ello puede actuar con dolo en el ejercicio de su profesión, es evidente también que las oportunidades de que sucesos como el del relatado se presenten son escasas, sin embargo no debe descartarse la posibilidad de la presencia del dolo en las acciones u omisiones del profesional de la salud o de cualquier otro profesional al momento de determinar responsabilidades.

Según Franco y Arrazola (1995), cuando no concurren todos los elementos descritos, y si únicamente es posible apreciar uno o dos de ellos, no es prudente sancionar a la persona que se desea responsabilizar por el daño ocasionado.

Ejemplos:

1. Tipicidad: Un hechicero ejecuta un ritual vudú contra su enemigo, clava alfileres en la fotografía de este, y el enemigo muere. En su conducta existe la intención de causar daño, se atenta contra un bien protegido jurídicamente como lo es la vida, pero en la ley no sanciona el clavar alfileres en una fotografía, por lo cual no existe el elemento de tipicidad.
2. Antijuridicidad: Un hombre por defender su vida mató a otro, en esta conducta no se evidencia la antijuridicidad, puesto que quien mató protegía su vida.

3. Culpabilidad: Un hombre con una enfermedad mental dispara a otro causándole la muerte (tipicidad y antijuridicidad), pero en razón de su discapacidad, no es factible imputarle culpabilidad alguna.

Los elementos que nos presentan Franco y Arrazola como imprescindibles para configurar las conductas penalmente sancionadas son: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; el primer factor hace relación al encuadramiento de la conducta con la hipótesis planteada en la ley; el segundo se refiere al quebrantamiento de los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico y el tercero a la posibilidad de responsabilizar a una persona por sus acciones u omisiones; la falta de uno de estos elementos significaría el fehaciente impedimento de sancionar a un individuo por su conducta.

1.8.6.3.4.4.11. Encuadramiento de la conducta médica

Según Franco y Arrazola (1995): La conducta médica puede encuadrarse en los elementos descritos con antelación cuando se produce un daño en la salud del paciente o cuando sobreviene la muerte del mismo en razón de una falta de cuidado profesional; sin embargo como ya se explicitó se amerita la presencia de los tres componentes de responsabilidad médica descritos con antelación.

En razón de lo dicho por Franco y Arrazola acerca del encuadramiento de la conducta del médico podemos determinar que los profesionales de la salud pueden ser sancionados penalmente si incumplen su deber objetivo de cuidado y si perfeccionan elementos como la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en el ejercicio de su arte.

1.8.6.3.4.4.12. Del delito

Para Bolaños (2006), delito es la acción u omisión que es sancionada por la ley.

En relación a la concepción de delito presentada por Bolaños podemos manifestar que se entiende por tal a la conducta penada por la ley penal en razón de que es violatoria de las disposiciones establecidas en el ordenamiento jurídico y por ende repercute negativamente en los derechos de los sujetos.

1.8.6.3.4.4.12.1. Bien jurídico protegido en los delitos contra la vida

1. Tipo objetivo

Según Donna (1999), el bien jurídico que se protege en los delitos contra la vida es la vida del ser humano, que se sintetiza en la existencia de las personas, y que es objeto de los delitos contra la vida.

En base a lo establecido con antelación por Donna podemos determinar que el tipo objetivo de los delitos contra la vida es la vida misma de las personas.

Esta situación según Donna (1999), plantea algunas consideraciones como lo son:

a) El comienzo de la vida humana

Donna (1999): La formación de la vida humana es el resultado de un proceso dinámico, proceso que la ciencia aún no ha logrado determinar con exactitud el momento preciso en el que inicia; ello sin duda representa una contrariedad para el Derecho, puesto que dicha imprecisión da lugar a la posible indefensión de los derechos de las personas en relación a las consideraciones que realicen los distintos ordenamientos jurídicos.

El ser humano es producto de un sinnúmero de procesos versátiles, razón por la cual no es tarea sencilla para la ciencia el precisar el origen mismo de la vida, esta situación es para el Derecho una fuente de inconvenientes ya que aunque las disposiciones jurídicas pretenden garantizar con plenitud los derechos de las personas, las normas que se establecen sobre el derecho a la vida y sobre todo acerca del inicio de esta, de momento están fundamentadas en meras presunciones, es por ello que los ordenamientos jurídicos en este tópico son variantes de acuerdo a la noción generalizada que los individuos poseen acerca del origen de la vida.

Según Donna (1999): Doctrinariamente existen tres corrientes que señalan el momento de inicio de la vida humana las cuales son: I) La vida humana inicia con la expulsión del feto del cuerpo de la madre; II) la vida humana comienza cuando el feto está preparado para la expulsión del cuerpo de la madre y III) la vida humana tiene su inicio aun cuando el feto permanece dentro del cuerpo de la madre.

Acercas de la concepción de Donna podemos dilucidar que concurren tres fuentes que determinan el inicio de la vida; estas son las que establecen que la vida principia cuando el feto es separado por completo del cuerpo de la madre, las que determinan que vida principia cuando el feto se encuentra listo para ser separado del cuerpo de la madre y finalmente las que señalan que la vida tiene su origen en la concepción misma, cuando el feto se encuentra aún en el vientre materno.

González ha diferenciado entre el homicidio y el aborto, señalando que estas figuras jurídicas se diferencian por la independencia o dependencia de la vida humana, ello quiere decir que la vida es independiente cuando esta puede ser lesionada de manera directa, mientras que es dependiente cuando se requiere de un nexo para perjudicarla, conexión que viene a ser el cuerpo de la madre (citado por Donna, 1999).

Acerca de la doctrina determinada podemos establecer que comprendemos que para González Rus la cuestión del establecimiento del inicio de la vida da como resultado la posibilidad de configuración de dos delitos diferentes; estos son el delito de aborto en caso de que la persona se encuentre aun en el vientre materno y el delito de homicidio que se conforma cuando la persona ha sido afectada directamente sin necesidad de mediar a través de la madre.

b) Casos particulares

Las distintas posturas doctrinarias precisadas con antelación se ven plasmadas muchas veces en el ámbito práctico, y para su mejor comprensión citaremos algunos ejemplos que nos permitirán entender a cabalidad su alcance.

1. En el caso de que el médico actuase imprudentemente en el transcurso de un parto debido al que se produce la muerte del feto se puede proceder de dos formas de acuerdo a lo que expresen las normas que regulen este tipo de conductas; si la muerte ha tenido lugar cuando se ha intervenido aún en el cuerpo de la madre se configurará el aborto, sin embargo si se afecta a la vida del recién nacido directamente se estará frente al tipo de homicidio.

2. Otro caso que se puede presentar referente a la vida del que está por nacer es que el profesional de la salud prescriba medicamentos que perjudiquen la salud del feto, y que con ello se produzca la muerte del mismo.

c) Fin de la vida humana

Según Donna (1999), el tópico del fin de la vida humana es de imprescindible relevancia puesto que sin esta no existiría objeto de la infracción que configure delito contra la vida alguno.

Ante lo dicho por Donna podemos expresar que al ser la vida humana el bien jurídico que se protege en los delitos contra la vida, en caso de ausencia de esta no podría perpetrarse quebrantamiento alguno contra el bien protegido.

Según el artículo 23 de la Ley 24-193 del ordenamiento jurídico de Argentina el fin de la vida de manera general puede ser determinado como el momento en el cual dejan de funcionar los sistemas circulatorios, respiratorios y nerviosos de una persona (citado por Donna, 1999).

Por lo dicho según el artículo 23 de la ley en mención podemos expresar que la vida termina cuando se imposibilita el funcionamiento de los sistemas de los que se componen los seres humanos.

d) Sujeto activo

Según Donna (1999): El sujeto activo de los delitos contra la vida puede ser cualquier persona, ya sea que se produzca el hecho por acción como por omisión.

En razón de lo expresado podemos manifestar que toda persona es capaz de ser autor de un delito contra la vida.

e) Elementos restantes del tipo objetivo

Según Donna (1999): El tipo objetivo de los delitos contra la vida se compone por la acción de matar, por el resultado de muerte y por la relación causal que debe existir entre estos elementos.

Acerca de lo establecido por Donna los delitos contra la vida se configuran por la conducta de matar como por la muerte de la persona.

2. Tipo subjetivo

Según Donna (1999): Comprendemos por tipo aquello que se encuentra en la mente del autor, en el caso de los delitos contra la vida el tipo subjetivo puede ser de carácter doloso como también culposo.

Sobre lo descrito por Donna acerca de los delitos contra la vida podemos expresar que estos se pueden configurar ya sea por la intencionalidad de causar daño como por el resultado producido sin intención alguna.

3. Antijuridicidad

Según Donna (1999): Las normas jurídicas protegen la vida de las personas, y es por ello que el incurrir en una acción u omisión que dé lugar a la muerte es sancionada penalmente.

Nuestro ordenamiento jurídico protege en más de una de sus disposiciones el derecho a la vida de las personas, razón por la cual la vulneración de este bien jurídico incidirá en la imposición de penas.

4. Culpabilidad

Según Donna (1999): Culpabilidad en el presente estudio es el responsabilizar a una persona imputable por un acto u omisión que desencadenaron en la muerte de otra.

La culpabilidad en base a la doctrina establecida es el compromiso que tiene una persona de responder por determinado acto u omisión. En el caso preciso la culpabilidad de los delitos contra la vida se configuraría en razón de responsabilizar a un individuo por la muerte de un ciudadano.

1.8.6.3.4.4.12.2. Delitos contra la vida según el COIP

En el Código Orgánico Integral Penal (2014), se establecen los delitos contra la vida; los cuales son asesinato, femicidio, sicariato, homicidio, homicidio culposo, homicidio culposo por mala práctica profesional y aborto.

Sin duda alguna las figuras establecidas en el Código Orgánico Integral Penal son el reflejo de las necesidades sociales que nos aquejan en la actualidad; en razón de ello es preciso exteriorizar que ciertos tipos penales únicamente se han reestructurado considerando que anteriormente si existían y que sufrieron meras modificaciones, mientras que otros se han incorporado verdaderamente como nuevas figuras, ya es el caso por ejemplo del sicariato.

En los apartados que preceden estudiaremos los tipos en mención, ello con la finalidad de comprender el contexto de los delitos contra la vida que establece el COIP, ámbito dentro del cual se encuentra el homicidio culposo por mala práctica profesional, figura que es elemental para la elaboración del presente documento.

1. Asesinato

Según Buenestado (2011): El asesinato es un delito contra la vida humana de carácter específico que consiste en matar a una persona bajo ciertas circunstancias como: El dar muerte a un miembro de la familia, el colocar a la víctima en situación de indefensión, el poner en peligro la integridad de otras personas, el buscar la noche o el despoblado para cometer el crimen, el cometer el acto ilícito a través de medios que causen graves daños, el aumentar el dolor del ofendido, el facilitar la infracción y su impunidad, el producir la muerte en eventos públicos y el efectuar el ilícito contra un dignatario, autoridad o candidato.

En relación a lo establecido con antelación podemos manifestar que el delito de asesinato consiste en trasgredir el derecho a la vida de una persona arrebatándole este bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico; la configuración de este tipo depende del cumplimiento de ciertos requisitos establecidos previamente por la ley penal y detallados en este mismo cuerpo legal.

2. Femicidio

Pérez (2014), determina que el femicidio puede ser definido como el homicidio cometido contra una mujer que se efectúa por su condición de tal y en el contexto social de relaciones de desigualdad de poder entre hombres y mujeres.

Acerca de la noción que Pérez nos presenta sobre del femicidio podemos manifestar que este es el delito de vulnerar o privar a la una mujer de su derecho a la vida por ser tal, este tipo penal en nuestra sociedad se configura por la extrema necesidad, ya que hemos podido percibir en los últimos años un aumento incontrolable de muertes de mujeres por el solo hecho de serlo.

Según Carbajal (2014): El concepto de femicidio fue desarrollado en 1974 por Carol Orlock, escritora estadounidense y por la feminista Diana Russel; surgió como una necesidad de frenar la naturalización de la violencia hacia la mujer, la cual en extremo incide en que el varón se apropie de la vida de está causándole la muerte.

Acerca de lo establecido podemos manifestar que la máxima evidencia de la violencia contra la mujer es el privarle de la vida a esta por su condición de serlo, situación que se tipifica acertadamente en el Código Orgánico Integral Penal.

3. Sicariato

Según Bahamon (2011): Sicario es una persona que da muerte a otra a cambio del pago de un monto de dinero pactado con anterioridad.

En relación a la concepción de Bahamon podemos manifestar que sicario es el individuo que priva del derecho a la vida a una persona a cambio de una retribución económica.

4. Homicidio y homicidio culposo

4.1. Etimología

Según Salazar (2005): Etimológicamente la palabra homicidio se deriva de homo, que significa hombre y del latín cidio que quiere decir muerte, mientras que la palabra homicida se desprende del término cida que significa el que mata. Homicidio es entonces etimológicamente el hombre que da muerte o que mata.

En relación a lo descrito por Salazar podemos manifestar que el término homicidio quiere decir según su raíz etimológica hombre que da muerte a otro.

Salazar (2005), describe otros términos utilizados jurídicamente con frecuencia y derivados también del latín, estos son:

1. Deicidio-Deus-Dios
2. Feticidio-Fetus-Feto
3. Fratricidio-Frater-Hermano
4. Genocidio-Genus-Grupo social
5. Matricidio-Mater-Madre
6. Parricidio-Pater-Padre
7. Suicidio-Sui-De sí mismo
8. Femicidio-Femina-Mujer

Estos términos evidencian que tanto el idioma latín como la cultura romana se ven arraigados en nuestro sistema jurídico como lo ejemplifica Salazar.

4.2. Concepto

Según Vilalta y Fondevila (2013), el delito de homicidio consiste en privar de la vida a una persona, el homicidio culposo se configura cuando el objetivo de las acciones u omisiones no es el de obtener este resultado, pero pese a ello la persona muere como consecuencia de las mismas.

En relación a lo establecido por Vilalta y Fondevila debemos aportar que el homicidio culposo es el desposeer a una persona de la vida en razón de una conducta que no se realizó con este afán pero que se obtuvo.

Para Vilalta y Fondevila (2013), la culpa se configura cuando se produce un resultado típico que no se consideró pese a ser previsible, confiando en que no se presentaría, incurriendo así en la violación de un deber de cuidado objetivo.

Acerca de lo dicho por los autores en mención podemos manifestar que la culpa se constituye cuando se obtiene como consecuencia un resultado tipificado por la ley penal que pudo ser evitado pero que como no se consideró su surgimiento, no se lo impidió.

Según Vilalta y Fondevila (2013), en este sentido actúa culposamente quien no pretendía que su conducta ocasione la muerte de una persona, pero que obtuvo ese resultado por su falta de cuidado en una situación previsible y por ende reprochable.

Por lo dicho puede ser responsabilizada la persona que causa la muerte de otra por su falta de previsión, situación que por el contexto en el cual se desarrolla es susceptible de sanción.

4.3. Homicidio por Imprudencia

Según Ruiz, las violaciones jurídicas de carácter imprudente para configurarse requieren de la concurrencia de los siguientes requisitos: acción u omisión, actuación negligente pero no dolosa, infracción del deber objetivo de cuidado, producción de un daño o resultado dañino y relación de causalidad entre el daño producido y la acción u omisión negligente (citado en Fernández, 2007).

En razón de los elementos presentados por Ruiz como perentorios para la constitución del homicidio por imprudencia podemos destacar que básicamente lo que se precisa es de la realización de una conducta efectuada sin la intención de dañar, pero que ocasione un perjuicio susceptible de ser vinculado en relación de causalidad.

4.4. Homicidio culposo por mala práctica profesional

Según Guzmán-Franco y Morales-Mendoza, la culpa profesional puede ser definida como el resultado obtenido de una conducta disconforme con la normativa jurídica y susceptible de reproche social (citado por Franco y Arrazola, 1995).

Según Chamorro (2007): El homicidio culposo por mala práctica profesional es un perjuicio que se ocasiona en el derecho a la vida del cliente como consecuencia de las actuaciones u omisiones realizadas por el profesión de determinada materia; es entonces el dar muerte a una persona en el ejercicio de la profesión que se ejerce, sin que exista intención de ello.

En base al apartado que antecede podemos expresar que el homicidio culposo es el arrebatamiento del derecho a la vida de una persona que se produce por una falla en el ejercicio de la actividad de un profesional; entiéndase que la mala práctica profesional engloba no únicamente las disciplinas médicas sino también a otra índoles.

4.5. Aborto

Según Ruiz (1995), aborto es la interrupción de la consecución del proceso natural de embarazo, el cual da como resultado la muerte del feto.

Según el concepto de aborto establecido podemos manifestar que este es la perturbación de la continuidad del transcurso normal del embarazo, que como consecuencia produce la muerte del ser que se encuentra en el vientre materno.

Según Gómez, Robledo y Guerrero (2006): El aborto puede ser conceptualizado como la terminación del proceso de embarazo antes de que el feto se encuentre desarrollado a cabalidad como para vivir con independencia del cuerpo materno. El aborto puede producirse de manera espontánea o de forma artificial y este último método, dependiendo del ordenamiento jurídico al que se haga referencia, puede o no ser delictivo.

Acercas del concepto de aborto descrito con antelación podemos señalar que este es el entorpecimiento del transcurso del embarazo previa posibilidad de que el feto sobreviva de manera autónoma; este puede darse ya sea naturalmente o por medio de métodos que lo provoquen.

4.5.1. Tipos de aborto provocado

Según Zanotto (2006), el aborto provocado puede subdividirse en:

1. Aborto Terapéutico: Es la interrupción del embarazo en razón de que este pone en peligro la vida de la mujer embarazada.
2. Aborto Eugénico: Es la interrupción del embarazo que se ha provocado cuando se presenta la certeza de que el feto nacerá con anomalías y malformaciones.
3. Aborto Humanitario: Es la interrupción del embarazo en razón de que este ha sido el resultado de una acción violenta, como lo es por ejemplo una violación a la mujer.
4. Aborto Psico-social o provocado: Se presenta cuando el embarazo no ha sido deseado en base a situaciones sociales o psicológicas y por ello se procede a la interrupción del mismo.

En base a las clases de aborto provocado determinadas podemos manifestar que estas responden a las diversas causas que los ocasionan; siendo las mismas el poner en riesgo la vida de la mujer, el ser el feto portador de anomalías, la conciencia de las personas y el hecho de que el feto no sea deseado.

4.6. Lesiones

Pese a que el tipo penal de lesiones, no constituye un delito contra la vida, sino contra la integridad personal, lo hemos incluido dentro de las conceptualizaciones realizadas, ya que la naturaleza de nuestro estudio lo amerita puesto que anteriormente, en razón de la inexistencia de la figura jurídica de mala práctica profesional, se sancionaba a quienes recayeren en esta conducta a través del tipo de lesiones.

Para Tortosa (2011): Lesión es toda alteración morfológica en los tejidos del organismo.

Acerca del concepto de lesión expresado por Tortosa podemos manifestar que esta es una variación negativa de los componentes del organismo.

Según Cabrera, Fuertes y Plumes (1994): La lesión es una alteración de carácter somática o psíquica que menoscaba la salud del afectado.

Acerca del concepto establecido podemos manifestar que una lesión no posee únicamente un carácter físico sino también psicológico.

1.8.6.3.5. El daño

1.8.6.3.5.1. Definición

Según Franco y Arrazola (1995), el daño en general es un perjuicio que configura el hecho dañoso, y que puede repercutir ya sea en el ámbito físico o psíquico de quien lo alega.

Lo establecido nos permite comprender que el daño no tiene únicamente un carácter físico sino también mental.

1.8.6.3.5.2. Clasificación

Franco y Arrazola (1995), han clasificado al daño en lo siguiente:

1) Daño patrimonial

Es el menoscabo del patrimonio de una persona.

Se subdivide en:

- 1) Daño emergente: Es la pérdida de bienes de la persona en razón del daño sufrido, ello incluye los gastos que deben ser cancelados en consecuencia del suceso acontecidos.

- 2) Lucro cesante: Lo constituyen las ganancias que se dejan de percibir en razón del daño sufrido.

2) Daño moral

Según Borja el daño moral es la afectación de una persona en sentimientos, apegos, creencias, honorabilidad o en la consideración que los demás tienen de sí misma (citado por Franco y Arrazola, 1995).

3) Daño cierto

Es aquel cuya existencia presente o futura es real y no meramente hipotética.

4) Daño incierto

Es el perjuicio sobre el cual no se presenta seguridad de existencia.

Por la clasificación presentada podemos comprender que el daño puede ser de carácter patrimonial, es decir puede afectar los activos de una persona; puede ser también moral lo que da lugar al detrimento de los sentimientos de un ser; y puede ser cierto o incierto, en relación a la certeza o la inseguridad de su producción.

1.8.6.3.5.3. El acto médico y el daño

Franco y Arrazola (1995): El médico interviene con la finalidad de proteger la vida o de mejorar la salud de su paciente, estos bienes se encuentran jurídicamente protegidos por la normativa internacional como por la nacional y es por ello que el acto médico es una fuente de consecuencias jurídicas.

En relación con lo expresado podemos manifestar que la profesión médica se ejerce con la finalidad de precautelar la vida y salud de los pacientes; bienes que se encuentran protegidos por nuestro ordenamiento jurídico y que generan también consecuencias jurídicas.

1.8.6.3.5.4. El acto dañoso desde el punto de vista ético médico

Según Guzmán y Mendoza, existen acciones que deben ser normadas para evitar que sea el instinto el que prime por la razón, y es a ello a lo que responde la moral (citado por Franco y Arrazola, 1995).

En base a lo manifestado por Guzmán y Mendoza podemos establecer que la moral es el conjunto de normas de carácter social que nos permiten regular las conductas humanas en razón de lo que se considera generalmente correcto o incorrecto.

1.8.6.3.5.5. El daño y su nexo causal con la culpa–exención de responsabilidad

Según Franco y Arrazola (1995): Para que una persona sea responsabilizada por un daño, se debe demostrar que existe una relación entre sus actos, la producción del mismo y las consecuencias que ha generado.

En base a lo expresado podemos determinar que el responsabilizar a un individuo por un daño amerita que este con sus acciones u omisiones lo haya ocasionado.

Según Franco y Arrazola (1995), existen diversos eximentes de la culpa, los cuales son:

- a) Error excusable: Es la existencia de una razón aceptable que llevan a incurrir en un resultado no deseado.
- b) Caso fortuito: Es una circunstancia que no es posible evitar.
- c) Conducta del paciente: Se presenta cuando el paciente no sigue las instrucciones del médico en el tratamiento proporcionado, menoscabando así la eficacia del mismo.

Por lo dicho podemos mencionar que no se responsabilizará al profesional de la salud por la producción de un daño, cuando este sea consecuencia de error excusable, es decir de una razón admisible para que el daño se haya producido; de caso fortuito, que es un suceso imposible de evitar; o de la conducta del paciente, que es cuando el mismo no actúa conforme a las disposiciones recibidas por el médico.

Por otro lado para Jaramillo (2011), el error puede ser honesto y culposo; el primero se refiere a la producción de un accidente imposible de prever, mientras que el segundo a un error que podía y debía ser evitado; ante el honesto el autor comenta que no se debe imputar al médico responsabilidad alguna, mientras que en el culposo el profesional evidentemente debe ser sancionado.

Acerca del criterio emitido por el Dr. Jaramillo debemos decir que el error se divide en honesto y en culposo; el error honesto no es sino cuando el profesional no está en posibilidad de prever el acontecimiento que ha ocurrido y que por ende no puede responsabilizarse del mismo; el error culposo por otra parte es un error ante el cual el profesional podía anticiparse en razón de sus conocimientos, y al no hacerlo debe responder por el mismo.

1.8.6.3.5.6. Resarcimiento del daño

Según Franco y Arrazola (1995), para que el daño sea susceptible de ser indemnizable se deben reunir los siguientes criterios:

- 1) La lesión debe afectar al titular del derecho.
- 2) El daño debe ser cierto.
- 3) El perjuicio debe subsistir, es decir que quien lo produjo no debe haberlo aun reparado.

Por lo expresado podemos mencionar que para que el daño sea susceptible de una indemnización amerita que la lesión perjudique a quien es el titular del derecho, que el daño no sea una mera posibilidad, sino que exista verdaderamente y que el perjuicio aun no haya sido objeto de reparación alguna.

1.8.6.3.6. Prueba

1.8.6.3.6.1. Concepto y función prueba judicial

Según Sanjurjo (2010): La prueba es una institución al servicio tanto del proceso jurídico como de los intervinientes en el mismo; pues les permite a las partes demostrar verazmente aquello que alegan, mientras que al juez le da la oportunidad de discernir entre los hechos que poseen fundamentos fehacientes y los hechos que no, dando lugar así a la toma de decisiones jurídicas basadas en lo actuado.

Acercas de la noción manifestada por Sanjurjo podemos expresar que la prueba judicial es una entidad que asiste a las personas que intervienen en el proceso jurídico ya que les facilita a las partes la demostración de lo alegado y a los administradores de justicia les otorga los medios necesarios para decidir sobre un determinado asunto sometido a su resolución.

1.8.6.3.6.2. La prueba de la culpa médica

1.8.6.3.6.2.1. Aspectos generales

Según Serrano (2000): La prueba es de suma importancia para determinar la responsabilidad del médico, sin embargo existen ciertas dificultades que se presentan al momento de realizar dicha determinación; usualmente quien ve menoscabado sus derechos es el llamado a solicitar el resarcimiento de los mismos, pero en la relación médico- paciente, el segundo adopta una postura pasiva, puesto que desconoce de la ciencia de la Medicina y confía sin más en los conocimientos y destrezas del profesional, ello sin contar que en muchas ocasiones el paciente puede encontrarse en estado de inconciencia o de anestesia, así solicitarle que pruebe la responsabilidad del médico por sí es muy complejo.

Por lo dicho podemos expresar que la prueba es el elemento indispensable para determinar la responsabilidad de un profesional de la salud; sin embargo la práctica de esta no es sencilla puesto que el paciente no siempre puede certificar si el servicio recibido fue o no de calidad en razón del desconocimiento del mismo de la ciencia médica.

Es verdad también que existen pruebas documentales y periciales para establecer la ya referida responsabilidad, pero sobre las mismas se presentan inconvenientes como; el hecho de que la historia clínica es elaborada por los propios médicos tratantes lo cual le resta credibilidad a este documento, y si a las pericias debemos referirnos, es preciso vislumbrar el hecho de que colaborar con la sanción de un colega puede ser una situación sumamente incómoda y hasta mal vista socialmente.

1.8.6.3.6.2.2. Medios probatorios generales en materia de responsabilidad médica

Considerando que la responsabilidad médica es un tópico de discusión sobre una práctica científica en la que no son expertos los juristas, los medios probatorios adquieren una importancia preponderante para efectivizar los derechos que recubren a las dos partes de la relación.

Existen según Serrano (2000), ciertos medios probatorios que por excelencia nos permiten determinar la responsabilidad del médico estos son la prueba pericial, la prueba documental y la historia clínica.

1. Prueba pericial

La prueba pericial puede ser definida como el aporte que realiza un individuo calificado de elementos técnicos y científicos.

El profesor Parra Quijano determina que la idoneidad de la pericia amerita los siguientes requisitos: imparcialidad del perito en el proceso, idoneidad del perito y experiencia del perito (citado por Serrano, 2000).

2. Prueba documental

La prueba documental consiste en dar a conocer al administrador de justicia los hechos materia de la demanda o denuncia a través de documentos, en el caso preciso que nos atañe ello se lo realizaría a través de la denominada historia clínica.

3. Testimonio técnico

El testimonio en general es el relato que se realiza de los hechos presenciados para que el administrador de justicia pueda conocerlos, se diferencia del testimonio técnico porque este último es rendido por una persona docta en la materia que atañe al asunto de controversia.

1.8.6.3.6.2.3. Medios probatorios específicos

1.8.6.3.6.2.3.1. Historia clínica

1.8.6.3.6.2.3.1.1. Concepto

Según Rodríguez (1999): La historia clínica es un documento realizado por el médico que se compone de información relativa a identificación, síntomas, diagnósticos, tratamientos, controles, y seguimientos de un paciente; este documento se constituye de todas las constancias sanitarias y hospitalarias en las que se asientan los hechos que vinculen a la obligación de asistencia del médico, centro del salud y paciente.

Acerca de lo manifestado por el Dr. Rodríguez podemos señalar que la historia clínica constituye un instrumento elaborado por el profesional de la salud que contiene información referente a la situación en la cual se encuentra la persona que acude a recibir el servicio médico, el desarrollo que este posee en el transcurso de la intervención médica y el resultado que se ha percibido; esta herramienta documental en lo general da

lugar que exista constancia de la atención recibida, de los métodos empleado y de los efectos obtenidos.

1.8.6.3.6.2.3.1.2. Importancia

Según Albanese y Zuppi: La realización de la historia clínica tiene como finalidad el corroborar los aciertos y errores de los médicos como medio probatorio (citado en Rodríguez, 1999).

En base a lo planteado por Albanese y Zuppi podemos exteriorizar que la historia clínica puede configurarse como un método de evidencia de la actuación médica, dando lugar así a que se demuestre a través de este instrumento el correcto o incorrecto proceder del profesional de la salud.

1.8.6.3.6.2.3.1.3. Caracteres y elementos

Según Rodríguez (1999), del concepto que ha sido desarrollado con anterioridad puede determinarse que la historia clínica contiene los siguientes caracteres y elementos:

- a) Documento: Es el conjunto de constancias con capacidad para producir efectos jurídicos.

a. 1 Sección Administrativa: Datos personales del paciente y del médico, número de registro, denominación y domicilio del centro de salud.

a.2 Sección Médico-Clínica: Relato de los síntomas, verificación de síntomas, interrogatorio que da lugar a la precisión de la afección del paciente, elaboración de diagnósticos, tratamientos, pronósticos, controles, exámenes de laboratorio, radiológicos y tomográficos.

b) Esencialmente unilateral: El profesional de la salud es quien debe elaborar la historia clínica, y es por ello también responsable de la misma.

No debe confundirse la realización de la historia clínica, que como se ha dicho posee un carácter unilateral con la relación de asistencia que posee un carácter bilateral (médico-paciente).

c) Documento firmado: Según Borda, la firma es la forma en la cual la persona escribe sus nombres y apellidos con la finalidad de asumir responsabilidades inherentes al documento que suscribe. (citado en Rodríguez, 1999).

d) Fuente de información: La historia clínica es una descripción de actos u omisiones médicas, y es por ello que a través de este documento se puede evidenciar la evolución del paciente enfermo y la asistencia que le brinda el médico.

1.8.6.3.6.2.3.1.4. Naturaleza jurídica

Existen dos teorías determinantes de la naturaleza jurídica de la historia clínica, estas son:

a) Trascendencia probatoria:

Según CNCiv. y Com. Fed., Sala II, en fallo del 23 de febrero de 1993, ED 155-43: La historia clínica constituye un elemento cuya importancia es obvia cuando se necesita determinar la existencia o no de responsabilidad médica, por ende la ausencia de este instrumento dificulta sin duda esta labor. (citado en Rodríguez, 1999).

En relación al apartado que antecede podemos señalar que la presencia de la historia clínica en un proceso de determinación de responsabilidad médica es de suma importancia, puesto que su ausencia no permitirá que los administradores de justicia conozcan el contexto en el cual se ha producido el daño y que por ende se dificulte el establecimiento de la responsabilidad o de la inexistencia de esta en el profesional de la salud.

b) Insuficiencia probatoria:

Según la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el fallo de abril de 1991: La historia clínica no es un informe pericial, lo cual se evidencia en su forma y en su contenido (citado en Rodríguez, 1999).

En base al apartado que antecede y a los caracteres y elementos que componen la historia clínica y que han sido estudiados ya, podemos señalar que si bien es cierto que este instrumento no se constituye como una prueba jurídica en sí para determinar la responsabilidad del profesional de la salud, es también verdad que este es un documento de gran utilidad tanto para las partes intervinientes en una contienda legal como para los administradores de justicia, puesto que con su contenido existe la posibilidad de conocer el contexto o el ámbito en el cual se produjo el daño y las posibles responsabilidades existentes sobre este.

Según (CNCiv., Sala D, en fallo del 12 de noviembre de 1991, ED 147-575): La relación entre el acto u omisión médica y el resultado dañoso debe probarse por todos los medios posibles, y no únicamente por la historia clínica, que es referente únicamente al médico o entidad sanitaria, es decir que es un documento elaborado unilateralmente (citado en Rodríguez, 1999).

En relación a lo determinado con anterioridad podemos exteriorizar que es imprescindible que la responsabilidad de una persona sobre un acto u omisión que acarree cualquier tipo de sanción, sea esta civil, penal o administrativa debe ser probado por todos los medios posibles ya que los administradores de justicia mal podría decidir fundamentándose en una única prueba, independientemente de si es o no esta la historia clínica.

1.8.6.3.6.2.3.1.5. Contenido

Según Ghersi y Zuccheino el contenido de la historia clínica puede sintetizarse en: información administrativa e información médico clínica; la primera puede ser completada por todo integrante del centro de salud al que haya acudido el paciente, mientras que la segunda debe ser facilitada únicamente por los profesionales de la salud que son responsables por el paciente (citado en Rodríguez, 1999).

Por lo dicho podemos comprender que dos son los componentes principales de la historia clínica, estos son la información administrativa, que se refiere a datos generales del paciente, y la información médico clínica que hace relación a cuestiones de la naturaleza misma de la ciencia médica.

a) Información administrativa:

1. Nombre del centro de salud y ubicación geográfica.
2. Número de historia clínica.
3. Datos personales del paciente: Nombres, apellidos, sexo, profesión u ocupación, domicilio, estado civil, número de documento de identidad, número de contacto telefónico.
4. Datos personales de quien lo pudiera representar en caso de que se requiera.
5. Datos del servicio asistencial al que pertenece el enfermo, en caso de que exista número de afiliación.
6. Datos de identificación del médico de cabecera.
7. Constancia sobre las autorizaciones del servicio asistencial.

b) Información médico clínica:

1. Datos que refiere el enfermo, enunciación de sus síntomas y dolencias, hábitos y adicciones, notificación de alergias e indicación de los medicamentos perjudiciales para su salud.
2. Anotación de un diagnóstico provisorio realizado en función a lo comunicado en el punto anterior. El galeno, de ser posible, corroborara los síntomas.

3. Asentamiento de las órdenes para la realización de los diferentes estudios, entre los que cabe mencionar los radiológicos, de laboratorio, electros, anotación de signos vitales, etc.
4. Agregado de los resultados practicados en el punto anterior y anotación del diagnóstico definitivo efectuado a la luz de los exámenes.
5. Pronóstico y tratamiento a seguir. Indicaciones necesarias en lo referente a los hábitos del paciente. Derivaciones a cirugía. Explicación pormenorizada de todos los riesgos y de la significación de la intervención quirúrgica. Suministro de medicamentos y comunicación sobre posibilidad de efectos colaterales. Aspectos sobre nutrición y actividades terapéuticas en general. Firma de cada médico que interviene, ya sea diagnosticando, controlando el tratamiento, etc.
6. Firma del paciente o de quien lo represente en caso de encontrarse el mismo imposibilitado, dando cuenta de que ha sido informado de todos los aspectos explicados y manifestados con anterioridad.
7. De ser necesaria la intervención quirúrgica: datos personales de los integrantes del equipo de cirugía, anotación de las secuencias de la operación, control de transfusiones, parte anestésico y quirúrgico.

8. Seguimiento y control del paciente tantas veces como sea necesario. Ello estará supedita a la dolencia de la que se trata y a la capacidad de recuperación de cada asistido. Asignación de una ubicación dentro del establecimiento en caso de internación (terapia intensiva, intermedia, aislamiento, etc.), régimen de visitas. Anotación de su evolución, verificación de secuelas postoperatorias. Firma del profesional que ejerce el control.
9. Fecha de alta y firma del profesional que la ordena. Archivo de la historia clínica.
10. En caso de deceso anotación de las causas y de corresponder anotaciones de la realización de la autopsia.

1.8.6.3.6.2.3.1.6. Titularidad y conservación

Gherzi, determina que los pacientes y los médicos de los mismos tienen derecho a poseer copias certificadas de las historias clínicas, y que los centros de salud tienen la obligatoriedad de otorgarlas, y que a la vez estas instituciones tendrán la responsabilidad de custodiar dicho instrumento por el tiempo de 10 años (citado en Rodríguez, 1999).

En base a lo mencionado con antelación podemos señalar que la historia clínica es un instrumento que perdura en el tiempo puesto que debe ser conservada por la institución que brindó asistencia al paciente y que además en caso de ser solicitada por el paciente

mismo o por sus doctores, la institución debe permitirles tener acceso a este documento sin restricción alguna, puesto que como se ha dicho ya el principal objetivo de este documento es el de comprender a cabalidad el estado de salud de la persona y los medios que han incidido en esta situación.

1.8.6.3.6.2.3.1.7. Responsabilidad legal del médico frente a la historia clínica

Según Guzmán, González y López (1995), es un deber para los médicos consignar en la historia clínica el estado en el cual el paciente egresa del centro en el cual fue atendido, ya que cuando en el registro clínico se encuentran establecidos todos los procedimientos que el galeno ha realizado como también la medicación ordenada el mismo y sus conclusiones y recomendaciones; únicamente se debe demostrar que lo que se encuentra determinado en el documento materia de prueba es lo que efectivamente se realizó.

Por lo dicho podemos determinar que es responsabilidad del profesional de la salud establecer en la historia clínica todos los aportes que el mismo ha hecho frente al estado de salud del paciente, ya que de esta manera en el hipotético caso de que se presente alguna contrariedad, se puede eximir de responsabilidad al galeno a través de la mera comprobación de lo plasmado en el documento clínico.

1.8.6.3.6.2.3.2. Otros documentos sanitarios

Según Rodríguez (1999): En el ejercicio profesional de los médicos, la historia clínica no es el único documento que puede producir consecuencias jurídicas, puesto que esta característica la comparten otros instrumentos, entre los que destacan la receta y el certificado médico.

Como dijimos ya, en el ámbito jurídico debe existir la certeza de que una persona es o no responsable de un determinado acto u omisión, es por ello que existen otros documentos que permiten a los administradores de justicia tomar una decisión acertada; el limitarse a un único documento para realizar dicho establecimiento de responsabilidad es sin duda un error puesto que las fuentes probatorias en la actualidad son vastas.

a) La receta médica

Según Núñez: La receta médica no es sino la prescripción de medicamentos, realizada de forma escrita y bajo la responsabilidad de la persona autorizada para hacerlo, que es quien firma (citado en Rodríguez, 1999).

Por lo dicho la receta médica es el documento que contiene la disposición de medicamentos que realiza el profesional de la salud para el paciente.

Raffo, señala que la receta es un documento que sintetiza el diagnóstico y el tratamiento que debe administrársele al paciente enfermo (citado en Rodríguez, 1999).

En base a lo manifestado por Raffo podemos exteriorizar que la receta médica no se constituye únicamente por la prescripción de medicamentos que el médico realiza a su paciente, sino también por la evaluación que el mismo hace de su cliente, es decir por la razón por la que ordena las medicinas en cuestión.

Según Rodríguez (1999), la receta médica contiene dos elementos: los esenciales o legales que se constituye por el nombre, apellido profesión, número de matrícula, domicilio y número de teléfono, firma del profesional de la salud y su fecha de emisión; y por los no esenciales que son aquellos parámetros que se han impuesto por la costumbre, por ejemplo podría ser el sello del médico que la extiende, el tiempo de validez de lo recetado, entre otros.

En razón de lo dicho podemos manifestar que la receta médica contiene dos elementos; los esenciales que son meros datos informativos del profesional de la salud que la expide y la constancia de su responsabilidad sobre ella; y los no esenciales que son aquellos que tradicionalmente se han ido incorporando a este documento.

b) El certificado médico

Según Rodríguez (1999): En general el certificado es un documento escrito que acredita un hecho o circunstancia que le consta a quien lo suscribe, mientras que específicamente el certificado médico es el testimonio escrito que prueba o corrobora la existencia o inexistencia de una enfermedad de un hecho clínico, extendido al enfermo o sus familiares y suscrito por un profesional de la salud.

En base a lo manifestado podemos expresar que el certificado médico es un documento que confirma que una persona posee o poseía una determinada enfermedad y es extendido por el profesional de la salud ya sea al mismo paciente o sus familiares para que hagan uso de este.

c) Otros documentos

Según Rodríguez (1999): Existen otros documentos vinculados a la atención de la salud, que son destacables al momento de ser llevados a juicio, puesto que poseen un valor probatorio, cuya validez se encuentra supeditada a la producción de otras pruebas, como lo son los peritajes médicos, el parte anestésico, los libros de guardia, los libros de ambulancia, los libros de laboratorio, de enfermería, de farmacia, las radiografías, los electros, etc.

Acerca de lo expresado podemos manifestar que en general la finalidad de la documentación médica es el corroborar la existencia de un hecho, ya sea del paciente, del profesional o del centro de salud; pese a que estos instrumentos no se elaboran con la intencionalidad de que actúen como pruebas en contiendas legales, pueden ser de gran utilidad al momento de determinar o no la responsabilidad de una persona o de una entidad en la producción de un daño.

CAPITULO II

METODOLOGÍA

2.1. Metodología de la Investigación

La presente investigación se desarrolló a través de la perspectiva critico-propositiva; es decir que se evaluó el derecho a la salud frente al homicidio culposo por mala práctica profesional a través de actividades mentales encaminadas a perfeccionar el contexto en el cual se desarrolla este paradigma jurídico.

A ello debemos agregar que los enfoques epistemológicos que se otorgaron al documento son el cualitativo y el cuantitativo, lo que significa que la investigación no se encuentra ligada con una determinada teoría o paradigma particular, que no se presenta una única verdad y que por el contrario es un cúmulo de contradicciones que manifiestan diversas concepciones acerca del tópico principal materia de estudio; así también se ha cuantificado los aspectos más relevantes del tema de indagación a través de datos numéricos y se han obtenido semejanzas y diferencias entre las proporciones resultantes.

La investigación cuenta además con dos modalidades: bibliográfica documental y de campo; la primera modalidad se refiere al aporte teórico y al contexto histórico del tema en desarrollo, mientras que la segunda modalidad se enfoca al levantamiento de información como al análisis de los resultados obtenidos.

Es importante señalar que únicamente se emplearon documentos confiables y fehacientes que abordan de forma académica tópicos relativos tanto al derecho a la salud como al homicidio culposo por mala práctica profesional; también que se emplearon técnicas propias de esta modalidad, tales como lectura, subrayado, notas marginales y esquemas, lo que nos permitió una comprensión cabal e íntegra de la temática.

Refiriéndonos a la modalidad de campo podemos determinar que se acudió en calidad de investigadores a distintas instituciones o entidades tanto públicas y privadas con la finalidad u objetivo de obtener información de quienes son personalidades activas del fenómeno materia de investigación, ello nos ha permitido evaluar la situación real de la problemática planteada y re-afirmar la necesidad del investigar este escenario.

2.1.1. Método General

En la presente investigación se ha aplicado como método general el método *inductivo*, ya que este nos permite razonar acerca de hechos particulares considerados válidos, ello con la finalidad de llegar a conclusiones de carácter general.

2.1.2. Método Específico

El método específico empleado en la investigación es el *analítico* ya que este es un proceso cognoscitivo, que radica en la descomposición de un objeto de estudio en cada una de sus partes para proceder a su examinación individualizada.

2.1.3. Técnicas e Instrumentos de recolección de Información

Los instrumentos de recolección de información empleados en el trabajo han sido fundamentalmente libros y cuerpos normativos nacionales como internacionales, por otro lado las técnicas utilizadas fueron la encuesta y el estudio de casos, ello se lo realizó en consideración de la propia naturaleza de la temática materia de investigación.

Es importante precisar además que para el desarrollo de los distintos capítulos del documento acudimos a varios profesionales de la Salud, con el afán de sustentar nuestros conocimientos acerca de esta ciencia, como también para nutrirnos de las opiniones de los mismos sobre la figura del homicidio culposo por mala práctica profesional, sin embargo creemos que al ser este un estudio de carácter objetivo, las consideraciones personales no pueden constituirse en información que goce credibilidad y en razón de ello se han omitido estos meros criterios en esta presentación.

2.2. Población y Muestra

Para el desarrollo de la investigación se encuestó a 50 profesionales de todas las áreas; específicamente se consideró a representantes de instituciones formales y no formales, como son directivos del colegio de ingenieros, arquitectos, odontólogos, psicólogos, periodistas, licenciados y contadores. Se encuestó además a 50 profesionales de la Salud que en su mayoría laboran en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y en la Universidad de los Andes del cantón Ambato. A la vez se encuestó a 50 profesionales del Derecho en libre ejercicio, que desarrollan sus actividades diarias en el Consejo de la Judicatura de Tungurahua, principalmente en el área penal; y finalmente se encuestó a 12 jueces de la Unidad Judicial de lo Penal de Tungurahua.

CAPÍTULO III

RESULTADOS

3.1 Presentación de Resultados

Tabla 1: Resultados

Numeral	Pregunta	Alternativas	Frecuencia	Porcentaje
Encuesta Profesionales en General				
1	¿Está usted de acuerdo con la penalización de la mala práctica profesional en el país?	Si	40	80%
		No	10	20%

2	¿Cree usted que al penalizar la mala práctica profesional se perjudicará la labor de los profesionales en general?	Si	8	16%
		No	42	84%
3	¿Cree usted que al penalizar el homicidio culposo por mala práctica profesional se reducirán las probabilidades de muerte debido a errores de los profesionales en general?	Si	33	66%
		No	17	34%
4	¿Cuál de las siguientes opciones cree usted que sería la sanción correcta para un profesional en caso de ser hallado culpable de homicidio culposo por mala práctica profesional?	No prisión	24	48%
		Prisión menor a 1 año	9	18%
		Prisión entre 1 a 3 años	9	18%
		Prisión entre 3 a 5 años	4	8%
		Prisión mayor a los 5 años	4	8%
5	¿Cree usted correcto sancionar a los profesionales	Si	35	70%

	inhabilitándolos para ejercer la profesión?	No	15	30%
6	Señale cuales de los siguientes parámetros considera usted idóneos para determinar la infracción del deber objetivo de cuidado.	La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.	9	18%
		La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión	13	26%
		El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.	15	30%
		Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho	28	56%
	¿Considera que los derechos, enfáticamente el derecho a la vida, a la salud de las personas que acuden a un profesional,	Si	38	76%

7	cualquiera que este sea, se verán más garantizado con la penalización del homicidio culposo por mala práctica profesional?	No	12	24%
Encuesta Abogados				
1	¿Considera usted que la figura de la responsabilidad profesional establecida en el COIP es nueva, antes inexistente, en nuestro ordenamiento jurídico?	Si	37	74%
		No	13	26%
2	¿Ha conocido usted en el ejercicio de su profesión algún caso referente al delito de homicidio culposo por mala práctica profesional?	Ninguno	28	56%
		De uno a tres	15	30%
		Más de tres	7	14%
3	¿Está usted de acuerdo con la penalización de la mala práctica profesional en el país?	Si	42	84%
		No	8	16%
	¿Cree usted que al			

4	penalizar la mala práctica profesional se perjudicarán los derechos de los profesionales?	Si	10	20%
		No	40	80%
5	¿Cree usted que al penalizar el homicidio culposo por mala práctica profesional se reducirán las probabilidades de muerte debido a errores de los profesionales en general?	Si	34	68%
		No	16	32%
6	¿Cuál de las siguientes opciones cree usted que sería la sanción correcta para un profesional en caso de ser hallado culpable de homicidio culposo por mala práctica profesional?	No prisión	13	26%
		Prisión menor a 1 año	14	28%
		Prisión entre 1 a 3 años	12	24%
		Prisión entre 3 a 5 años	5	10%
		Prisión mayor a los 5 años	6	12%
7	¿Cree usted correcto sancionar a los profesionales inhabilitándolos para ejercer la profesión?	Si	33	66%
		No	17	34%

8	Señale cuales de los siguientes parámetros considera usted idóneos para determinar la infracción del deber objetivo de cuidado.	La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado	6	12%
		La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.	14	28%
		El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas	17	34%
		Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho	29	58%
9	¿Considera que los derechos, enfáticamente el derecho a la vida, a la salud de las personas que acuden a un profesional, cualquiera que este sea, se verán más garantizado con la penalización del homicidio culposo por mala práctica profesional?	Si	40	80%
		No	10	20%

10	¿Cree usted que la criminalización de la mala práctica profesional en el estado ecuatoriano ayudara a recibir un servicio profesional de calidad?	Si	42	84%
		No	8	16%
Encuesta Médicos				
1	¿Está usted de acuerdo con la penalización de la mala práctica profesional en el país?	Si	8	16%
		No	42	84%
2	¿Cree usted que al penalizar la mala práctica profesional se perjudicará la labor de los profesionales de la salud?	Si	40	80%
		No	10	20%
3	¿Cree usted que al penalizar el homicidio culposo por mala práctica profesional se reducirán las probabilidades de muerte debido a errores de los profesionales de la salud?	Si	18	36%
		No	32	64%
	¿Cuál de las siguientes opciones cree usted que sería la sanción correcta	No prisión	17	34%
		Prisión menor a 1 año	28	56%

4	para un profesional en caso de ser hallado culpable de homicidio culposo por mala práctica profesional?	Prisión entre 1 a 3 años	4	8%
		Prisión entre 3 a 5 años	0	0%
		Prisión mayor a los 5 años	1	2%
5	¿Cree usted correcto sancionar a los profesionales inhabilitándolos para ejercer la profesión?	Si	15	30%
		No	35	70%
6	Señale cuales de los siguientes parámetros considera usted idóneos para determinar la infracción del deber objetivo de cuidado.	La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado	1	2%
		La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión	7	14%
		El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.	4	8%
		Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la		

		previsibilidad y evitabilidad del hecho	41	82%
7	¿Considera que el derecho a la vida y a la salud de los pacientes que acuden a un doctor@ se verá más garantizado con la penalización del homicidio culposo por mala práctica profesional?	Si	18	36%
		No	32	64%
Encuesta Jueces de la Unidad Judicial de lo Penal				
1	¿Cuántos casos ha conocido usted en el desempeño de sus funciones referentes al delito de homicidio por mala práctica profesional?	Ninguno	9	81.81%
		De 1 a 3	1	9.09%
		Más de 3	1	9.09%
2	¿Considera usted que la figura del homicidio culposo por mala práctica profesional garantiza el derecho a la salud?	Si lo garantiza	6	54.54%
		No lo garantiza	5	45.45%
	¿Considera usted que los elementos que constityen el delito de mala práctica	Si	4	36.36%

3	profesional son los idóneos para determinar la responsabilidad de un profesional?	No	7	63.63%
4	¿Considerando usted que la mala práctica profesional debe ser sancionada como un delito?	Si	8	72.72%
		No	3	27.27%
5	¿Considera usted que la sanción establecida en el artículo 146 del COIP debería ser sustituida por otra medida sancionatoria para quienes recaigan en esta figura penal?	Si	5	45.45%
		No	6	54.54%

Elaborado por: La Investigadora

Fuente: La Investigación

3.2. Análisis de Resultados

3.2.1. Análisis de las Encuestas

Para dar cumplimiento al tercer objetivo de la investigación hemos que consiste en proponer criterios de protección jurídica del derecho a la salud en relación al homicidio culposo por mala práctica profesional se han realizado diversas encuestas a distintos grupos de personas, cuyos resultados se presentan en los siguientes apartados.

3.2.1.1. Profesionales en general

Iniciaremos analizando los resultados de las encuestas obtenidas de los profesionales en general, para ello señalaremos la interrogante, la alternativa, el porcentaje y la interpretación de cada incógnita. Sobre la pregunta: ¿Está usted de acuerdo con la penalización de la mala práctica profesional en el país?, que se vincula con el segundo objetivo específico de la investigación; contestaron que si el 80% de los encuestados y el 20% dijo que no; ello nos muestra que los profesionales de todas las ramas aprueban la existencia de una sanción para el profesional que recayere en error en el ejercicio de su labor y causará en razón de ello la muerte de otra persona; por lo que deducimos que los profesionales en general no están de acuerdo con que la muerte de otro ser humano quede impune ante la ley.

Sobre la segunda interrogante: ¿Cree usted que al penalizar la mala práctica profesional se perjudicará la labor de los profesionales en general?, vinculada con el tercer objetivo de la investigación. El 84% manifestó que no, mientras que únicamente el 16% señaló que sí; estos resultados dan fe de que los profesionales en general no se sienten afectados negativamente por la imposición de sanciones en razón de la mala práctica profesional y justifica además el resultado obtenido en la primera incógnita; es preciso exteriorizar también que mientras se completaban las encuestas indagamos acerca de esta respuesta a los participantes, quienes manifestaron que la preparación académica y la experiencia profesional son bases sólidas para no incurrir en errores que terminen con consecuencias nefastas, como lo es la muerte de otro ser.

La tercera incógnita es: ¿Cree usted que al penalizar el homicidio culposo por mala práctica profesional se reducirán las probabilidades de muerte debido a errores de los profesionales en general?, va enlazada al objetivo específico tercero de nuestra investigación, y ante esta los encuestados en un 66% determinaron que sí y en un 34% que no, lo que nos permite vislumbrar que aunque la mayoría de las personas alcanzadas afirman que la penalización del homicidio culposo aportará en la efectivización del derecho a la salud, no es una amplia mayoría, ya que casi un 20% señaló que la muerte de los usuarios es ineludible en ciertas prácticas profesionales, aún con la existencia de esta figura jurídica.

Sobre la cuarta interrogante vinculada al segundo objetivo de la investigación que es: ¿Cuál de las siguientes opciones cree usted que sería la sanción correcta para un profesional en caso de ser hallado culpable de homicidio culposo por mala práctica profesional?, encontramos las siguientes alternativas y resultados: a) No prisión 48% b) Prisión menor a 1 año 18% c) Prisión entre 1 a 3 años 18% d) Prisión entre 3 a 5 años 8% y e) Prisión mayor a los 5 años 8%. Por las respuestas obtenidas podemos determinar que aunque la mayoría de las personas encuestadas están de acuerdo en que exista una sanción para la mala práctica profesional, sobre todo si esta deriva en un homicidio; no todos concuerdan en la sanción que se debe dar a quien cometido este delito; un elevado número señala que no debería ir a prisión la persona que recayere en esta conducta y por ende se deduce que estas personas aluden a sanciones alternativas a la enunciada. Un número considerable de encuestados determinó que la pena a quienes cometieren el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, debía ser punitiva, pero mínima, ellos consideraron que con que se permanezca menos de un año en prisión estaría subsano el daño causado al bien jurídico protegido que es la vida. Otro 18% determinó que estaban de acuerdo con la sanción establecida actualmente en el COIP, es decir que concertaban en que la pena vaya de uno a tres años. Así un 36% de personas encuestadas señalan que la pena debería ir de menos de un año a tres años, lo que nos permite comprender que se busca sancionar el delito de homicidio por mala práctica profesional con penas punitivas de mínima temporalidad, probablemente respondiendo al contexto en el cual se produce el homicidio y claro esta previo análisis de cada caso. Por otro lado un 8% de personas atienden a que la sanción para este tipo penal debe ser más rígida de lo que actualmente se presenta, es decir que el mínimo de

años debería ser 3 y aumentar a 5. Mientras que el 8% restante determina que la pena debería ser mayor a 5 años, ello lo cuestionamos al momento de realizar la encuesta y recibimos en su mayoría como respuesta de las personas participantes que el homicidio debe ser sancionado como tal, sin mirar a su contexto.

Sobre la quinta interrogante que determina: ¿Cree usted correcto sancionar a los profesionales inhabilitándolos para ejercer la profesión? Percibimos los siguientes resultados: un 70% señaló que si y un 30% que no; ello es evidencia de las respuestas conseguidas con anterioridad, puesto que lo que se busca, según estas contestaciones es una sanción de inhabilitación de ejercer para el profesional que recaiga en homicidio culposo, dejando así de lado la pena privativa de libertad. La lógica de las personas que determinaron estos resultados es que no puede seguir ejerciendo una determinada labor aquella persona que no sabe cómo hacerlo o que ha recaído en un grave error que vulnera el mayor bien jurídico que las personas poseemos, es decir la vida, aun así esta sanción es sumamente leve si la comparamos con la actual, que es de 1 a 3 años de prisión para esta conducta.

Sobre la sexta opción de la encuesta que determina: señale cuales de los siguientes parámetros considera usted idóneos para determinar la infracción del deber objetivo de cuidado, que se vincula con el segundo objetivo específico de la investigación, tenemos los siguientes resultados: a) La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado. 18% b) La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas,

manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión 26% c) El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas. 30% d) Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho 56%. Por lo señalado podemos manifestar que la mayor parte de los encuestados considera de suma relevancia el analizar el contexto en el cual se ha producido la muerte de la persona que ha recibido un servicio de un profesional, cualquiera que este sea. Una importancia amplia toma también el vínculo existente entre la intervención del profesional y el resultado, ya que muchas veces puede ocurrir que la condición misma de la persona le lleve a muerte, independientemente de la intervención del profesional. No es menos relevante el seguimiento estricto de lo establecido en los cuerpos jurídicos, en la doctrina o la técnica los cuales sirven para comprender si el profesional ha actuado o no con prudencia; y para terminar el último aspecto que fue considerado por los participantes de las encuestas es la mera producción del resultado dañoso, es decir que independientemente del resultado que se obtenga por la intervención de un profesional lo más significativo es que este haya hecho su labor con diligencia y aptitud. Por lo dicho entonces podemos concluir este apartado manifestando que todos los parámetros señalados en el Código Orgánico Integral Penal se enlazan para comprender la responsabilidad de un individuo en el ejercicio de su profesión, unos más evidentes que otros pero todos indispensables en la tarea de absolver o inculpar.

Finalmente a los profesionales en general se les preguntó: ¿Considera que los derechos, enfáticamente el derecho a la vida, a la salud de las personas que acuden a un profesional, cualquiera que este sea, se verán más garantizado con la penalización del homicidio culposo por mala práctica profesional?, ante lo que respondieron un 76% que sí y un 24% que no; esta respuesta sin duda es clave para la presente investigación y va ligada al tercer objetivo específico, puesto que una gran parte de personas participantes determinan que el derecho a la salud si tendrá mayor protección o resguardo con la aplicación de sanciones para los profesionales que no realicen de manera óptima su labor y causen en consecuencia de ello la muerte de otra persona, produciéndose de tal manera un homicidio culposo.

3.2.1.2. Abogados en libre ejercicio profesional

A los profesionales del Derecho se les realizaron varias interrogantes referentes tanto a la figura del homicidio culposo por mala práctica profesional, como también relativas a su profesión; los resultados que se dieron a las incógnitas planteadas serán analizados a continuación.

Sobre la primera pregunta, que se encuentra vinculada con el segundo objetivo de nuestra investigación: ¿Considera usted que la figura de la responsabilidad profesional establecida en el COIP es nueva, antes inexistente, en nuestro ordenamiento jurídico? Un 74% de personas encuestadas manifestó que si y un 26% que no; resultados que nos llevan a comprender que los profesionales del derecho profesan que la figura de

responsabilidad penal por homicidio culposo es una innovación reciente de nuestro sistema jurídico, mientras que en realidad no lo es, ya que nuestra Constitución en su artículo 54 ya planteaba en el 2008 la concepción de responsabilidad profesional, y con el COIP lo único que se logra es desarrollar la norma Constitucional ya enunciada años atrás. Es comprensible que actualmente esta noción jurídica sea un foco de atención, del cual carecía la norma constitucional, sin embargo entendemos que ello se debe a la implicación punitiva que ha abordado esta figura, lo que la hace controversial y digna de ser analizada a profundidad.

La segunda pregunta planteada está vinculada con el objetivo número dos de nuestra investigación, esta es: ¿Ha conocido usted en el ejercicio de su profesión algún caso referente al delito de homicidio culposo por mala práctica profesional?; 56% de los encuestados contestó que ninguno, 30% enunció que de uno a tres y 14% especificó que más de tres; estos datos nos llevan a concluir que son escasos los procesos que se siguen por la figura de homicidio culposo por mala práctica profesional, e incluso hasta la elaboración de la presente interpretación podemos manifestar que no existe en el país aún sentencia condenatoria por este tipo penal. Lo cierto es que para que se configure este tipo es imprescindible la concurrencia de varios requisitos, sumamente detallados por la propia ley y verdaderamente complejos de ser reunidos; exigencias sin las cuales no puede condenarse a ninguna persona por este delito.

Acerca de la tercera interrogante que reza lo siguiente: ¿Está usted de acuerdo con la penalización de la mala práctica profesional en el país?, un 84% contestó que sí y un

16% que no; estas respuestas nos permiten manifestar que al comprender los profesionales del derecho que el bien jurídico de mayor relevancia que poseemos como seres humanos es la vida, el menoscabo de la misma no puede quedar impune, independientemente de la razón por la cual se haya producido este detrimento. Estos resultados nos llevan a ratificar lo ya antes dicho en el análisis de resultados de los profesionales en general, para quienes tampoco existe afectación negativa alguna al incluir la figura de homicidio culposo por mala práctica profesional en nuestro ordenamiento jurídico y por ende no se está vulnerando con esta normativa derecho alguno.

Sobre la cuarta pregunta que determina: ¿Cree usted que al penalizar la mala práctica profesional se perjudicarán los derechos de los profesionales?, un 80% señaló que no y un 20% que sí; lo que nos lleva a deducir que con la penalización del homicidio culposo por mala práctica los profesionales del Derecho no ven en su mayoría menoscabado el derecho a la práctica profesional que tiene todo individuo, respuesta que un criterio personal resulta evidente, ya que con la figura penal no se pretende amedrentar la labor de los profesional sino resguardar la integridad de los usuarios, y únicamente se verán afectados quienes no desarrollen con prolijidad su trabajo.

Acerca de la quinta pregunta que se encuentra vinculada con el tercer objetivo de la investigación y que dice ¿Cree usted que al penalizar el homicidio culposo por mala práctica profesional se reducirán las probabilidades de muerte debido a errores de los profesionales en general?; un 68% dijo que si y un 38% manifestó que no. Estos

resultados nos llevan a interpretar que para los profesionales del Derecho, todo individuo que ejerza una labor, sea de cualquier rama, tomará mayores precauciones en el desempeño de la misma, siempre y cuando comprenda que de no hacerlo se le impondrán sanciones.

Acerca de la sexta pregunta vinculada al segundo objetivo de la investigación que es: ¿Cuál de las siguientes opciones cree usted que sería la sanción correcta para un profesional en caso de ser hallado culpable de homicidio culposo por mala práctica profesional?, encontramos las siguientes alternativas y resultados: a) No prisión 26% b) Prisión menor a 1 año 28% c) Prisión entre 1 a 3 años 24% d) Prisión entre 3 a 5 años 10% y e) Prisión mayor a los 5 años 12%. Por las respuestas obtenidas podemos determinar que los resultados presentados por este grupo son completamente diferentes a los analizados con anterioridad, ya que de este colectivo se ha obtenido como mayor punto de referencia la opción que hace referencia a la prisión menor a un año, y en la opción que determina prisión mayor a 5 años ha existido un considerable incremento; datos que probablemente se deban a que los profesionales del Derecho otorgan una relevancia suprema al derecho a la vida, y comprenden que sin el mismo no podría ejercerse ningún otro derecho.

Sobre la séptima interrogante, vinculada con el tercer objetivo de la investigación, que dice: ¿Cree usted correcto sancionar a los profesionales inhabilitándolos para ejercer la profesión?; un 66% manifestó que si y un 34% que no; criterio que es similar al de los profesionales en general puesto que como ya se explicitó mal podría hacerse al permitir

que un profesional siga ejerciendo una labor que ha causado pérdidas irreparables como lo es la pérdida de la vida humana.

Sobre la opción 8 en la encuesta que determina: Señale cuales de los siguientes parámetros considera usted idóneos para determinar la infracción del deber objetivo de cuidado, que se vincula con el segundo objetivo específico de la investigación, tenemos los siguientes resultados: a) La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado. 12% b) La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión 28% c) El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas. 34% d) Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho 58%. Por lo señalado podemos manifestar que para los profesionales del Derecho se determina la responsabilidad por homicidio culposo en primera instancia en razón del estudio del caso en concreto, en segundo lugar considerando la intervención del profesional en la obtención del resultado, en tercer lugar por la indiferencia que se ha tenido a los cuerpos jurídicos que regulan determinada actividad y finalmente por el resultado obtenido.

Acerca de la novena interrogante que se vincula al tercer objetivo de la investigación, y que es: ¿Considera que los derechos, enfáticamente el derecho a la vida, a la salud de las personas que acuden a un profesional, cualquiera que este sea, se verán más garantizado

con la penalización del homicidio culposo por mala práctica profesional?; un 80% manifestó que sí y un 20% que no; esta respuesta nos permite ratificar lo ya dicho con antelación, puesto que una persona por su misma naturaleza, realizará la labor que se le ha encomendado con mayor diligencia y prudencia si sabe que al fallar o causar algún daño podrían sobrevenir sobre sí distintas sanciones.

Finalmente sobre la décima pregunta que dice: ¿Cree usted que la criminalización de la mala práctica profesional en el Estado Ecuatoriano ayudará a recibir un servicio profesional de calidad?; un 84% contestó que sí, mientras que un 16% determinó que no. Los profesionales del Derecho consideran que la inclusión de la figura del homicidio culposo por mala práctica profesional aportará a la efectivización de los derechos, ya que los profesionales realizarán su labor con mayor prudencia y los usuarios tendrán mayor seguridad de acudir a prestar los servicios de un determinado profesional.

3.2.1.3. Profesionales de la Salud

A los profesionales de la salud se les realizaron diversas interrogantes enfocadas a comprender su criterio acerca de la figura del homicidio culposo por mala profesional, nos remitiremos en el presente apartado a analizar las respuestas obtenidas por parte de los mismos.

Sobre la primera pregunta que se relaciona con el primer objetivo de la investigación y que dice: ¿Está usted de acuerdo con la penalización de la mala práctica profesional en

el país?; obtuvimos los siguientes resultados: un 16% determinó que sí, mientras que un 84% señaló que no. Estas respuestas discrepan considerablemente de los resultados presentados para la misma interrogante con antelación, ya que como pudimos evidenciar para los profesionales en general y para los profesiones del Derecho en su mayoría si se debía sancionar a quienes recayeren en mala práctica en el ejercicio de su profesión; para los profesionales de la salud no deben ser sancionados ni reprimidos los que recayeren en esta conducta, y en base a lo que nos manifestaron únicamente deben ser capacitados para no incurrir en un futuro en nuevos errores, ello se dice en razón de que para los profesionales de la salud la intención de salvar una vida en lugar de buscar el detrimento de la misma debe primar ante todo deseo de imponer sanción alguna.

Acerca de la segunda interrogante que es: ¿Cree usted que al penalizar la mala práctica profesional se perjudicará la labor de los profesionales de la salud?, obtuvimos los siguientes resultados: un 80% determinó que sí, mientras que un 20% señaló que no.

Ante ello debemos mencionar que los profesionales de la salud evidentemente sienten que la norma del COIP relativa al homicidio culposo por mala práctica profesional les impide desarrollar su trabajo con tranquilidad, y les inclina a responsabilizarse por hechos ajenos a su voluntad, afectando así sus derechos.

Sobre la incógnita tercera que se relaciona con el objetivo tres de la investigación y que es: ¿Cree usted que al penalizar el homicidio culposo por mala práctica profesional se reducirán las probabilidades de muerte debido a errores de los profesionales de la salud?, obtuvimos los siguientes resultados: Un 36% señaló que si, mientras que un 64% determinó que no. Por las respuestas conseguidas entonces podemos determinar que según el criterio de los profesionales de la salud, las muertes originas en errores profesionales se mantendrán independiente de que exista o no una normativa jurídica sancionadora para dichos actos u omisiones, ya que como nos supieron expresar consideran que no está en sus manos el éxito o fracaso de la intervención, sino la mera actuación con diligencia y prudencia, como tampoco actúan en miras a las sanciones que se les pueda imputar sino por salvaguardar el derecho a la vida.

Acerca de la incógnita cuarta que es: ¿Cuál de las siguientes opciones cree usted que sería la sanción correcta para un profesional en caso de ser hallado culpable de homicidio culposo por mala práctica profesional? Obtuvimos las siguientes respuestas: a) No prisión 34% b) Prisión menor a 1 año 56% c) Prisión entre 1 a 3 años 8% d) Prisión entre 3 a 5 años 0% y e) Prisión mayor a los 5 años 2%. Por las respuestas obtenidas podemos determinar que aunque los profesionales de la salud manifestaron anteriormente que concuerdan en su mayoría en que no se debe sancionar a quienes recaigan en el delito de homicidio culposo, señalan ahora que están de acuerdo, con una cifra mayor al cincuenta por ciento, con que se reprima con prisión menor a un año a quienes cometieren este tipo penal.

Acerca de la interrogante quinta que es: ¿Cree usted correcto sancionar a los profesionales inhabilitándolos para ejercer la profesión?, vinculada con el tercer objetivo de la investigación. El 30% determinó que sí, mientras que el 70% manifestó que no. Las respuestas obtenidas concuerdan con los resultados ya revisados en la presente encuesta con antelación, y como se dijo ya los profesionales de la salud, en su mayoría, no consideran adecuado el imponer sanciones de ningún tipo a quienes recayeren en error en su práctica, ello incluso si este error produce la muerte de otra persona; es preciso determinar que sin duda este gremio de profesionales por la naturaleza misma de su trabajo se siente afectados ante los posibles resultados que de su labor fallida se puedan desprender, lo que da lugar a que sitúen en duda las disposiciones del COIP.

Sobre la sexta opción que dice: Señale cuales de los siguientes parámetros considera usted idóneos para determinar la infracción del deber objetivo de cuidado, se nos presenta lo siguiente: a) La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado 2% b) La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión 14% c) El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas. 8% y d) Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho 82%. Por las respuestas encontradas podemos manifestar que casi la totalidad de profesionales de la salud creen oportuno en primer lugar que cada caso

sea analizado por completo previo a disponer una respectiva sanción, consideran en segundo lugar importante el observar las normas que disponen los cuerpos jurídicos pertinentes, es decir el seguir cabalmente aquello que dispone la ley tanto a nivel general como exclusivamente para quienes ejercen la profesión; posteriormente creen perentorio el comprobar que el daño sea el resultado de la intervención del profesional de la salud, es decir el demostrar que sin la intervención del profesional la muerte del paciente no se hubiere producido y finalmente aunque con un índice de tan solo el 2% creen significativo el analizar que la procedencia del profesional con prudencia y diligencia. Por lo dicho entonces existe para los profesionales de la salud una gradación o jerarquía de los parámetros a considerar por las autoridades para determinar la responsabilidad o la absolución de una persona en un hecho.

Finalmente acerca de la séptima interrogante, que es: ¿Considera que el derecho a la vida y a la salud de los pacientes que acuden a un doctor se verá más garantizado con la penalización del homicidio culposo por mala práctica profesional?; obtuvimos las siguientes respuestas: un 36% dijo que si, mientras que un 64% manifestó que no. Por lo dicho podemos determinar que los profesionales de la salud no sienten que concurra diferencia con la existencia o no de una norma jurídica del COIP, puesto que como dijimos ya ellos consideran que desarrollan su labor con diligencia y prudencia por mero profesionalismo, mas no por coerción.

3.2.1.4. Unidad Judicial Especializada en el ámbito Penal

A los Jueces de lo Penal se les realizó una encuesta enfocada al ejercicio de sus funciones, y del cuestionario aplicado para los mismos, obtuvimos lo siguiente: Sobre la primera pregunta que dice: ¿Cuántos casos ha conocido usted en el desempeño de sus funciones referentes al delito de homicidio por mala práctica profesional?: el 81.81% señaló que ninguno, el 9.09% manifestó que de 1 a 3 y también un 9.09% determinó que más de 3. Por las respuestas logradas en esta pregunta podemos manifestar que no son cuantiosas las causas que ingresan en razón del delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, es más como evidenciamos con los resultados, la mayoría de jueces de la Unidad Penal no han recibido causa alguna por este tipo, e incluso únicamente un juez de once señala que ha recibido más de tres causas por el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, sin embargo nos recalcó que él señala esta opción porque para su criterio el delito en mención es similar al delito de homicidio calificado, por ello aunque conste este valor dentro de nuestra tabulación, es importante precisar la base de los criterios.

Acerca de la segunda interrogante que es: ¿Considera usted que la figura del homicidio culposo por mala práctica profesional garantiza el derecho a la salud?; relacionada con el tercer objetivo de nuestra investigación, obtuvimos los siguientes resultados: Un 54.54% determinó que si lo garantiza, mientras que un 45.46% señaló que no. Por lo dicho entonces podemos manifestar que existe una opinión muy dividida entre las

autoridades de la Unidad de lo Penal, puesto que para un poco más de la mitad de los encuestados las normas penales actuales nos permiten avalar el recibir un servicio profesional de calidad, sobre todo cuando nos referimos a un servicio médico, por otro lado están también quienes piensan que la disposición materia de estudio no es sino una mera sanción ante una conducta violatoria de derechos. Este tipo de resultados muy parejos y contradictorios, son la base para realizar la presente investigación, ya que al existir opiniones inversas sobre un mismo tópico, es imprescindible el realizar análisis exhaustivos que nos permitan concluir sobre la procedencia o no de una norma jurídica.

Sobre la tercera interrogante que determina: ¿Considera usted que los elementos que constituyen el delito de mala práctica profesional son los idóneos para determinar la responsabilidad de un profesional?, obtuvimos los siguientes resultados; el 36.36% manifestó que si, mientras que el 63.63% señaló que no; y en base a las respuestas alcanzadas podemos expresar que para la mayoría de jueces de la Unidad Penal no son bastos ni, en criterio de algunas personas, idóneos los parámetros establecidos por los legisladores para determinar la responsabilidad de una persona en el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional; es cierto también que un porcentaje de jueces manifestaron que sí concuerdan con los criterios implementados por nuestros legisladores, sin embargo nos manifestaban también que estos requerimientos deben ser mayormente desarrollados con el tiempo y de acuerdo a las necesidades que se vayan presentando en la resolución de procesos.

Acerca de la cuarta interrogante que es: ¿Considera usted que la mala práctica profesional debe ser sancionada como un delito? El 72.72% determinó que sí, mientras que el 27.27% señaló que no; estos resultados son similares a los obtenidos en las encuestas destinadas a los profesionales del Derecho, y como explicitamos ya el conocimiento previo de la importancia del derecho a la vida da siempre luces para emitir criterios acerca de relevancia de este bien jurídico y de las sanciones o penas que se deben imponer en caso de vulnerar este derecho.

Finalmente sobre la interrogante quinta que es: ¿Considera usted que la sanción establecida en el artículo 146 del COIP debería ser sustituida por otra medida sancionatoria para quienes recaigan en esta figura penal?. El 45.45% determinó que sí, mientras que el 54.54% señaló que no; y, por los resultados obtenidos en esta pregunta podemos establecer que los criterios sobre la procedencia o no de sanciones penales para conductas culposas se contrastan, ya que por un lado encontramos que ante un delito se debe imponer una irremediable sanción, mientras que por otro lado evidenciamos que la intencionalidad con la cual se actúa o se omite una acción es relevante al momento de resolver sobre la inocencia o culpabilidad de una persona.

3.2.2. Análisis General

A manera de análisis general podemos determinar que el efectivizar el derecho a la salud es tarea de todos, pero sobre todo es responsabilidad del Estado y de los organismos internacionales idóneos en velar por el cumplimiento de los derechos reconocidos para los seres humanos; es entonces indispensable fomentar políticas y programas encaminados al beneficio de la población y del ser como tal, ya que como establecimos durante el desarrollo del presente documento el derecho a la salud se materializa concretando los derechos y libertades que abarca este derecho primario; es decir que se lo debe efectivizar como derecho inclusivo, velando porque los ciudadanos cuenten con condiciones aptas para una vivir una vida digna; se debe también recordar que el gozar de salud no implica una mera ausencia de enfermedad, sino bienestar físico, mental y social; y que para lograr este fin supremo se necesita la contribución de todas las funciones estatales, como también de que los ciudadanos actúen como gestores de la sociedad. Las normas penales general no constituyen un anhelo de represión, sino un afán de responsabilizar a las personas por sus actos u omisiones, la figura del homicidio culposo por mala práctica profesional no es la excepción y en el pertinente caso tiene la finalidad de garantizar la vida de las personas y su salud.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

- 1) La salud en la actualidad es considerada un derecho de carácter humano, derecho protegido por normas jurídicas internacionales y nacionales; su violación genera responsabilidad moral y jurídica; esta última a la vez puede ser de diversas índoles como: civil, administrativa y penal; por lo tanto el derecho a la salud es justiciable ante los órganos jurisdiccionales.

- 2) El artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal dispone que se recae en homicidio culposo por mala práctica profesional cuando se quebranta el deber objetivo de cuidado; es decir que para la configuración de la violación del deber de cuidado se considera únicamente la mera producción del resultado y el nexo de este con la conducta del profesional. Para el perfeccionamiento de la figura se precisa que la acción u omisión del profesional ocasione la muerte de otra persona considerada en el preciso momento como tal según la legislación, a ello nos referimos debido a que existen doctrinaria y jurídicamente diversas posturas acerca del inicio de la vida (concepción-nacimiento); el profesional será sancionado si cumple con los parámetros expuestos con una pena privativa de libertad de 1 a 3 años; como también se le inhabilitará para ejercer la profesión

al menos durante el tiempo que dure la sanción. Se le podrá sancionar también con una pena mayor a la establecida, esta es de 3 a 5 años, cuando la muerte de la persona se haya ocasionado en razón de actos innecesarios, que quiere decir que no eran requeridos imprescindiblemente; y, peligrosos, que significa altamente riesgos e ilegítimos o que no están conformes con la ley. La determinación de la violación del deber objetivo de cuidado se vislumbrará tomando en cuenta los siguientes parámetros: 1. La producción del resultado dañoso no perfecciona la infracción del deber objetivo de cuidado. 2. Se precisa que el profesional no haya considerado la *lex artis* o la normativa existente en el momento de ejercer su profesión. 3. El daño debe ser consecuencia de la infracción del deber objetivo de cuidado y 4. Cada caso debe ser analizado con extremo detalle ya que las situaciones dañosas que se pueden presentar en el ámbito práctico de toda profesión son innumerables.

- 3) La tipificación del homicidio culposo por mala práctica profesional si constituye una protección jurídica para los derechos de las personas, específicamente para el derecho a la salud, ya que esta si garantiza recibir un servicio de calidad por parte del profesional, y determina la pena que ha de recibir quien viole el deber objetivo cuidado y en razón de ello ocasione la muerte de otra persona.

Recomendaciones

- 1) El derecho a la salud se encuentra protegido por normativas nacionales e internacionales; estas leyes son el fiel reflejo de las necesidades que en esta materia tienen nuestras sociedades, como también de la falta de aplicación de las ya estructuradas reglas; puesto que aún se evidencian amplias falencias en relación a la efectivización del derecho a la salud; esta realidad nos obliga a recomendar la consumación normativa, es decir poner en práctica lo descrito por los tratados, convenios o códigos; ya que de nada sirve la mera enunciación de derechos en los textos jurídicos si estos no se ejecutan.

- 2) El responsabilizar a una persona del tipo de homicidio culposo por mala práctica profesional amerita la consideración profunda de todos los factores que constituyen este tipo penal; es decir: la falta de intención de la persona de cometer el delito, la violación del deber objetivo de cuidado, la calidad del individuo que sufre el daño y el nexo causal entre la conducta del profesional y el perjuicio; además se deberán considerar los parámetros determinados por el COIP en relación a la necesidad, peligrosidad e ilegitimidad de la intervención del profesional en el momento de determinar la sanción que ha de recibir el mismo en razón de su conducta, puesto que únicamente siguiendo esta

recomendación es como se logrará establecer la responsabilidad o irresponsabilidad de los profesionales en una situación concreta y por ende su libertad o encarcelamiento.

- 3) Se recomienda implementar mecanismos de ejecución idóneos que permitan garantizar el ejercicio de los derechos de las personas, concretamente el derecho a la salud. Es deber del gobierno central, de los gobiernos autónomos descentralizados, de la sociedad y de los profesionales mismos proteger los derechos a través de normas y políticas afirmativas que más allá abogar por penar determinadas conductas promuevan la prevención de perfeccionar un tipo penal a través de la aplicación de ciertas directrices, disposiciones o parámetros que impulsen a los profesionales a desarrollar su profesión con eficacia; ejemplo de ello podría ser el disponer normativamente la obligatoriedad de evaluar a los profesionales de la salud periódicamente y el capacitarlos periódicamente de ser necesario tal como ocurre en el área de la educación en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta, V. (1990), De La Responsabilidad Civil Médica. (1^a .ed.). Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Allard, R. (2012), El derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas. (Tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid, España.

Barragán, R. (2003), Guía para la formulación y ejecución de proyectos de investigación. (3^a .ed.) Bolivia: Offset Boliviana Ltada.

Beccaria, C. (2011), De los delitos y de las penas. (1^a .ed.).Italia: Trotta.

Buenestado, J. (2011), Derecho penal parte especial y las consecuencias jurídicas del delito en España. (1^a .ed.). España: Bubok Publishing.

Bolaños, J. (2006), Derecho disciplinario policial. (1^a .ed.). Costa Rica: Universidad estatal a distancia EUNED.

Cabrera, J, Fuertes, J. y Plumed C. (1994), Enfermería legal. (1^a .ed.).España: Libro del año.

Chamorro, A. (2007), *Ética del psicólogo*. (1ª .ed.). España: UOC.

Carvajal, M. (2014), *Maltratadas, violencia de género en las relaciones de pareja*. (1ª .ed.). Argentina: Aguilar.

Código Orgánico Integral Penal. R.O. Quito, 3 de febrero de 2014.

Donna, E. (1999), *Derecho Penal Parte Especial-Tomo I*. (1ª .ed.). Argentina: Rubinzal Culzoni.

Domínguez, O. (1983), *Responsabilidad médica en la legislación y jurisprudencias nacionales*. (Tesis inédita de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Colombia.

Dussan, B. (2011), *El sicario* (1ª .ed.). Colombia: Autoedición.

Fernández, J. (2007), *Sistema de Responsabilidad Médica*. (5ª .ed.). España: Comares.

Gaitan, J. (1976), *Defensas Penales*. (1ª .ed.). Colombia: Atena.

Gómez, D., Robledo, T. y Guerrero, J. (2006). *Temario común y test-facultativos especialistas del área, servicio de salud de Castilla la Mancha*. (1ª .ed.). España: MAD.

Grupo Omeba. (2005), Enciclopedia Jurídica Omeba. (1^a .ed.). México: Editorial Bibliográfica Argentina.

Guzmán, F., Morales, M., Franco, E., Mendoza, J., González, N., Arrazola, P., Herrera, F. López, C., Carriazo, P. (1995), De la responsabilidad médica. (1^a .ed.). Colombia: Rosaristas.

Gavilanes, C. (2011), Responsabilidad penal en casos de mala práctica médica. (Tesis inédita de pregrado). Universidad San Francisco de Quito, Ecuador.

H. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi: R.O. 449, 20 de octubre 2008.

H. Congreso Nacional del Ecuador (2005). Codificación del Código Civil. Quito: R.O. 046, 24 de junio de 2005.

Jacovella, P. y Kennedy, R. (2004), Buena / Mala Praxis Médica En Cirugía Estética. (1^a .ed.). Argentina: Ad.Hoc.

Jaramillo, F. (2011), Mala Práctica Médica. (Tesis inédita de pregrado). Universidad Técnica del Norte-Universidad Central del Ecuador, Ecuador.

Jiménez, M. y Paz, J. (2000), Tratado de emergencias médicas. (1^a .ed.). España: Editorial Libro del Año.

Lombana, J. (2010), Derecho Penal Y Responsabilidad Médica. (1ª .ed.). Colombia: DIKÉ/ Universidad el Rosario.

López, Y. y Bruno, P. (1992), Responsabilidad profesional de los médicos. (2ª .ed.). Argentina: Universidad.

Manzano, J. (2002), Responsabilidad y el ejercicio de la medicina. (1ª .ed.). México: Porrúa.

Martínez, F. y Ruiz, J. (2001), Manual de Gestión de Riesgos Sanitarios. (1ª .ed.). España: Díaz de Santos.

Méndez, A. y Astudillo, M. (2008), La investigación en la era de la información- guía para realizar la bibliografía y ficha de trabajo. (1ª .ed.) México: editorial Trillas.

Morillas, L. (2010), Estudios Jurídicos sobre Responsabilidad Penal, Civil y Administrativa del Médico y Otros Agentes Sanitarios. (1ª.ed.). España: Dykinson.

Muñoz, C. (1998), Como elaborar y asesorar una investigación de tesis. (1ª.ed.) México: Prentice-Hall-Hispanoamérica.

Organización de las Naciones Unidas. (1945). Constitución de la Organización Mundial de la Salud: Suiza. 1948

Organización de las Naciones Unidas. (1945) Declaración Universal de los Derechos Humanos. París: Resolución 217 A (III), 10 de diciembre 1948

Organización de las Naciones Unidas. (1945). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Resolución 2200 A (XXI), 3 de enero de 1976.

Organización de las Naciones Unidas. (1945). Convención de los Derechos del Niño: Resolución 44/25, 2 de septiembre de 1990.

Pérez, F. (2014), Moderno discurso penal y nuevas tecnologías-memorias III congreso internacional de jóvenes investigadores en ciencias penales. (1^a.ed.). España: Aquilafuente.

Rodríguez, M. (1999), Mala Praxis Médica Responsabilidad Penal, Civil Y Administrativa. (2^a.ed.). Argentina: Editorial de ciencia y cultura.

Ruiz, G. (1995), Repertorio de Legislación y jurisprudencias chilenas, código penal y leyes complementarias. (2^a.ed.). Chile: Editorial Universitaria.

Sáenz, M. (2010), Competencias cognitivas en educación superior. (1^a.ed.). España: Editorial Universitaria.

Salazar, R. (2005), Gobernabilidad en crisis delito, conflicto y violencia en América Latina. (1^a.ed.). México: Libros en Red.

- Sanjurjo, E. (2010), El procedimiento probatorio en el ámbito del juicio verbal, adaptado a la ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para dar implantación de la nueva oficina judicial. (1ª .ed.). España: Reus.
- Serrano, L. (2000), Nuevos Conceptos De Responsabilidad Médica. (1ª .ed.). Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Limitada.
- Tamayo, J. (2007), La Relación Medico Paciente y la Mala Praxis Médica. (1ª .ed.). Ecuador: Autoedición.
- Torres, B. (2006), Metodología de la investigación para administración, economía, humanidades y ciencias sociales. (2ª .ed.).México: Pearson Education
- Tortosa J. y Crespo A. (2011), Conceptos básicos de patología forense (1ª .ed.). Estados Unidos: Palibrio.
- Vázquez, A. (2007), La Mala Práctica Médica en el Ecuador. (Tesis de pregrado). Universidad del Azuay, Ecuador.
- Vilalta, C. y Fondevila, G (2013), Perfiles Criminales I Frecuencias Y Descriptivos. (1ª .ed.). México: CIDE.
- Welzel, H. (2007), Estudios de Derecho Penal. (1ª .ed.). Argentina: NN.

Zanotto, L. (2006), *Profundizando y madurando nuestra fe para la formación de catequistas y agentes de pastoral*. (1^a .ed.). London: Twenty-Third Publications.

APÉNDICE

Apéndice No. 1: Encuesta profesionales de todas las áreas



ENCUESTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DE TODAS LAS ÁREAS

TEMA: EL DERECHO A LA SALUD FRENTE AL HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL.

INSTRUCCIÓN: SEÑALE LA OPCIÓN QUE CONSIDERE CORRECTA DE ACUERDO A LA PREGUNTA FORMULADA.

1. ¿Está usted de acuerdo con la penalización de la mala práctica profesional en el país?

SI __ NO__

2. ¿Cree usted que al penalizar la mala práctica profesional se perjudicará la labor de los profesionales en general?

SI__ NO__

3. ¿Cree usted que al penalizar el homicidio culposo por mala práctica profesional se reducirán las probabilidades de muerte debido a errores de los profesionales en general?

SI__ NO__

4. ¿Cuál de las siguientes opciones cree usted que sería la sanción correcta para un profesional en caso de ser hallado culpable de homicidio culposo por mala práctica profesional?

1. No prisión_____
2. Prisión menor a 1 año _____
3. Prisión entre 1 a 3 años _____
4. Prisión entre 3 a 5 años_____
5. Prisión mayor a los 5 años_____

5. ¿Cree usted correcto sancionar a los profesionales inhabilitándolos para ejercer la profesión?

SI___ NO_

6. Señale cuales de los siguientes parámetros considera usted idóneos para determinar la infracción del deber objetivo de cuidado.

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. (___)

7. ¿Considera que los derechos, enfáticamente el derecho a la vida, a la salud de las personas que acuden a un profesional, cualquiera que este sea, se verán más garantizado con la penalización del homicidio culposo por mala práctica profesional?

SI___ NO_

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

Apéndice N° 2: Encuesta profesionales del Derecho**ENCUESTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO**

TEMA: EL DERECHO A LA SALUD FRENTE AL HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL.

INSTRUCCIÓN: SEÑALE LA OPCIÓN QUE CONSIDERE CORRECTA DE ACUERDO A LA PREGUNTA FORMULADA.

1. ¿Considera usted que la figura de la responsabilidad profesional establecida en el COIP es nueva, antes inexistente, en nuestro ordenamiento jurídico?

SI __ NO __

2. ¿Ha conocido usted en el ejercicio de su profesión algún caso referente al delito de homicidio culposo por mala práctica profesional?

a) Ninguno __

b) De uno a tres __

c) Más de tres __

3. ¿Está usted de acuerdo con la penalización de la mala práctica profesional en el país?

SI __ NO __

4. ¿Cree usted que al penalizar la mala práctica profesional se perjudicarán los derechos de los profesionales?

SI __ NO __

5. ¿Cree usted que al penalizar el homicidio culposo por mala práctica profesional se reducirán las probabilidades de muerte debido a errores de los profesionales en general?

SI__ NO__

6. ¿Cuál de las siguientes opciones cree usted que sería la sanción correcta para un profesional en caso de ser hallado culpable de homicidio culposo por mala práctica profesional?

6. No prisión_____

7. Prisión menor a 1 año _____

8. Prisión entre 1 a 3 años _____

9. Prisión entre 3 a 5 años_____

10. Prisión mayor a los 5 años_____

7. ¿Cree usted correcto sancionar a los profesionales inhabilitándolos para ejercer la profesión?

SI__ NO_

8. Señale cuales de los siguientes parámetros considera usted idóneos para determinar la infracción del deber objetivo de cuidado.

5. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado. (___)

6. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión. (___)

7. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas. (___)

8. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho. (___)
9. ¿Considera que los derechos, enfáticamente el derecho a la vida, a la salud de las personas que acuden a un profesional, cualquiera que este sea, se verán más garantizado con la penalización del homicidio culposo por mala práctica profesional?

SI___ NO_

10. ¿Cree usted que la criminalización de la Mala Práctica Profesional en el Estado Ecuatoriano ayudara a recibir un servicio profesional de calidad?

SI___ NO_

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

Apéndice N° 3: Encuesta profesionales de la Salud



ENCUESTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DE LA SALUD

TEMA: EL DERECHO A LA SALUD FRENTE AL HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL.

INSTRUCCIÓN: SEÑALE LA OPCIÓN QUE CONSIDERE CORRECTA DE ACUERDO A LA PREGUNTA FORMULADA.

1. ¿Está usted de acuerdo con la penalización de la mala práctica profesional en el país?

SI __ NO __

2. ¿Cree usted que al penalizar la mala práctica profesional se perjudicará la labor de los profesionales de la salud?

SI __ NO __

3. ¿Cree usted que al penalizar el homicidio culposo por mala práctica profesional se reducirán las probabilidades de muerte debido a errores de los profesionales de la salud?

SI __ NO __

4. ¿Cuál de las siguientes opciones cree usted que sería la sanción correcta para un profesional en caso de ser hallado culpable de homicidio culposo por mala práctica profesional?

11. No prisión ____

12. Prisión menor a 1 año ____
13. Prisión entre 1 a 3 años ____
14. Prisión entre 3 a 5 años ____
15. Prisión mayor a los 5 años ____
5. ¿Cree usted correcto sancionar a los profesionales inhabilitándolos para ejercer la profesión?
- SI__ NO_
6. Señale cuales de los siguientes parámetros considera usted idóneos para determinar la infracción del deber objetivo de cuidado.
9. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado. (___)
10. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión. (___)
11. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas. (___)
12. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho. (___)
7. ¿Considera que el derecho a la vida y a la salud de los pacientes que acuden a un doctor@ se verá más garantizado con la penalización del homicidio culposo por mala práctica profesional?
- SI__ NO_

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

Apéndice N° 4: Encuesta jueces de la Unidad Penal



ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES DE LA UNIDAD PENAL

TEMA: EL DERECHO A LA SALUD FRENTE AL HOMICIDIO CULPOSO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL

INSTRUCCIÓN: SEÑALE LA OPCIÓN QUE CONSIDERE CORRECTA DE ACUERDO A LA PREGUNTA FORMULADA.

1. ¿Cuántos casos ha conocido usted en el desempeño de sus funciones referentes al delito de homicidio por mala práctica profesional?

1 Ninguno

2 De 1 A 3

3 Más de 3

2. ¿Considera usted que la figura del homicidio culposo por mala práctica profesional garantiza el derecho a la salud?

1 Si lo garantiza

2 No lo garantiza

3. ¿Considera usted que los elementos que constituyen el delito de mala práctica profesional son los idóneos para determinar la responsabilidad de un profesional?

1 SI

2 NO

4. ¿Considerando usted que la mala práctica profesional debe ser sancionada como un delito?

1 SI

2 NO

5. ¿Considera usted que la sanción establecida en el artículo 146 del COIP debería ser sustituida por otra medida sancionatoria para quienes recaigan en esta figura penal?

1. SI

2. NO

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN