

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA

**“ANÁLISIS DOCTRINAL-JURISPRUDENCIAL ACERCA DE LA
RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ACTOS MÉDICOS DE DIAGNÓSTICO
SOBREVENIDOS DE LA MEDICINA ASISTENCIAL Y VOLUNTARIA,
PERÍODO 2011-2016”**

MARÍA GABRIELA MORILLO CHAMORRO

DIRECTOR: DR. EDUARDO LEÓN MICHELI

QUITO, 2018



Pontificia Universidad
Católica del Ecuador

Quito, 22 de agosto de 2018
Oficio: 014-2018

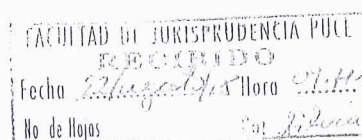
Doctor
Gonzalo Vaca
Secretario Abogado
Facultad De Jurisprudencia

De mi consideración:

En contestación a su oficio de 18 de julio de 2018 (No. 657-SJ-2018), pongo en su conocimiento que éste recién me fue entregado el día 20 de agosto de 2018.

Ahora bien, en cuanto a mi designación de Profesor Informante de la disertación de abogacía titulada "ANÁLISIS DOCTRINAL-JURISPRUDENCIAL ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ACTOS MÉDICOS DE DIAGNOSTICO SOBREVENIDOS DE LA MEDICINA ASISTENCIAL Y VOLUNTARIA PERÍODO 2011-2016" de la estudiante María Gabriela Morillo Chamorro, me permito, dentro del plazo señalado para el efecto, presentar mi informe en los siguientes términos:

1. Considero que el tema de tesis es relevante, por cuanto el Derecho Penal Médico suele estar enfocado en su análisis dogmático en las intervenciones invasivas de los médicos en sus pacientes, más no en la responsabilidad culposa que se puede derivar de un error de diagnóstico.
2. El desarrollo estructural y de contenido académico es excelente. Eso, en cuanto al trabajo escrito.
3. No obstante lo anterior, finalísticamente hablando, el desarrollo del elemento subjetivo del tipo penal se encuadra en definiciones clásicas que se quedan en la mera enunciación académica, sin ser llevadas en todas sus formas a los casos prácticos.
4. Uno de los temas esenciales para el desarrollo de esta disertación es y debe ser la imputación objetiva, tema que es efectivamente tratado por la estudiante convirtiendo en su principal fuente al profesor de la Universidad de Múnich, Claus ROXIN, cuando la teoría de la imputación objetiva perteneciente al Funcionalismo Normativo tiene como su origen, desarrollo y máximo representante mundial a Günther JAKOBS, autor que bajo ningún concepto podía ser tan olvidado en la materia que le pertenece.
5. Por último, debo mencionar que al revisar las citas bibliográficas de la estudiante, éstas están, por decir lo menos, apabulladas de errores, como por ejemplo, utilizar ediciones antiguas que ya tienen publicaciones actuales del mismo tema; o por poner otro ejemplo, desconocer cuál es el nombre y apellido del autor citado (en la especie: cita a "Corcoy, B [...]", lo que sacaría a relucir que existe un autor de apellido Corcoy y de algún nombre que inicie con la letra B, cuando todos los penalistas conocemos





Pontificia Universidad
Católica del Ecuador

que el apellido paterno es Corcoy, el apellido materno es Bidasolo, mientras el nombre de la autora catalana es Mirentxu).

6. Por todas las consideraciones expuestas, califico con 9 sobre 10 la disertación de abogacía cuyo análisis, lectura e informe se me ha encomendado, recordando a la alumna que deberá ser capaz de sostener, oralmente, su tesis en su grado, donde será preguntada justamente sobre las críticas (espero que constructivas) que constan en este informe, así como sobre el desarrollo de su exposición oral.

Atentamente,

DR. FELIPE ANDRÉS RODRÍGUEZ MORENO
Docente
Facultad de Jurisprudencia

Molina Gallegos & Asociados
ESTUDIO JURIDICO

Quito, 25 de septiembre de 2018.

Dr. Efrén Guerrero Salgado.
Decano de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Presente.-

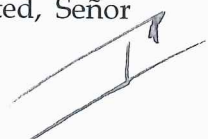
Me es oportuno informar a Usted que con respecto a la disertación intitulada: "**Análisis doctrinal-jurisprudencial de los actos médicos de diagnóstico sobrevenidos de la medicina asistencial y voluntaria, periodo 2011-2016**"; correspondiente a la estudiante: María Gabriela Morillo Chamorro, tengo las siguientes observaciones:

- 1) **Estructura:** Considero que la distribución temática que ha propuesto la disertante es adecuada, debido a que desde sus tres capítulos aborda de manera suficiente lo planteado.
- 2) **Contenido:** Este punto es en el que más se destaca la disertante, debido a la versatilidad que muestra. Es decir, su manejo de doctrina médica como de la jurídica. Sin embargo, en varios aspectos de la disertación, no se logra identificar claramente el criterio que ella asume. En cambio, en lo referente a la bibliografía consultada considero que fue adecuada con el trabajo realizado.
- 3) **Conclusiones y recomendaciones:** Finalmente, el profesor informante considera que en este punto es donde más proactividad se debe tener, ya que en este espacio es en el cual se pueden crear propuestas específicas que sean el antecedente (o al menos uno de los criterios para tomar en cuenta), en un reforma a nuestra legislación. En el presente caso no sucede esto, debido a que la recomendación pudo ser elaborada de mejor manera.

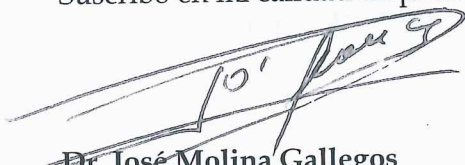
Con estas precisiones realizadas me permito calificar a la disertación que se me ha presentado con la nota de: **8 (ocho) sobre 10 (diez) puntos**. Recordando que quedo a la espera de la respectiva defensa oral de este trabajo de investigación; para el cual, me reservo mi derecho de preguntar a la disertante, Morillo Chamorro, acerca de su disertación; y, de aspectos básicos de la Parte General, Especial y/o Procesal del Derecho Penal.

Además, aprovecho la oportunidad para enviarle un atento saludo a Usted, Señor Decano.

Eso es todo cuanto debo informar



Suscribo en mi calidad de profesor informante:



Dr. José Molina Gallegos

Docente de la Facultad de Jurisprudencia.

Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

DEDICATORIA

A mi padre, Julio: mi fuente de inspiración en este trabajo; tu amor y tus palabras de aliento han sido el detonante para mi felicidad. Gracias por creer en mí en todo momento.

A mi madre, Lucía: por tu amor y sacrificio en todos estos años, gracias por presionarme todos los días a no dejarme vencer, es por ti que he llegado hasta aquí. Eres mi ejemplo.

A mi hermana, Belén, quien fue una de las principales personas involucradas en ayudarme en que este trabajo fuera posible. Gracias por ayudarme a encontrar el lado dulce y no amargo en todo este proceso. Fuiste mi motivación más grande para concluir con éxito mi tesis. Te amo.

Esto es posible gracias a ustedes. ¡No me falten nunca!

AGRADECIMIENTOS

A mi Director, Dr. Eduardo León Micheli: por su paciencia en todo este tiempo, quien con su orientación, experiencia y conocimiento sobre el tema hizo posible alcanzar las metas de esta investigación.

Un agradecimiento especial al Dr. Ramiro Ramadán de la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, por dedicar parte de su tiempo en solventar cada una de mis dudas en todo lo referente al campo de la Medicina, en lo que se refiere a la revisión de casos y términos médicos. Jamás terminaré de agradecerle por toda su paciencia y dedicación; es realmente gratificante saber que nuestra universidad cuenta con grandes catedráticos que no únicamente saben de medicina sino también de ética médica. Gracias por todos sus conocimientos impartidos.

RESUMEN

Los resultados lesivos para un paciente como la muerte o lesiones que resultan de un tratamiento médico indicado sobre un diagnóstico erróneo, jurídicamente se basan sobre la infracción del deber objetivo de cuidado que le es exigible al médico. Así pues, se le imputará responsabilidad penal al médico cuando el diagnóstico se hubiese efectuado de manera equivocada, sin atender los parámetros de la *lex artis ad hoc*. Por esto, lo que se plantea dentro de esta disertación es explicar la premisa de que “no todo acto galénico de diagnóstico es susceptible de punibilidad” a través de la doctrina y jurisprudencia; ya que para poder imputar algún tipo de responsabilidad penal al profesional de la salud en el Ecuador se deben de cumplir de manera conjunta los cuatro criterios previstos en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal donde se encuentra establecido el deber objetivo de cuidado.

ABSTRACT

Harmful results for a patient like death or injuries that are caused from a medical treatment indicated over an erroneous diagnosis, are legally based on the violation of the objective duty of care that is required of the medical doctor. Thus, the doctor will be criminally responsible when the diagnosis has been made in an inexcusably wrong way without taking into account the parameters of the *lex artis ad hoc*. This dissertation explains the premise that "not every medical diagnostic act is susceptible to punishment" according to doctrine and jurisprudence. In order to be able to impute some type of criminal responsibility to the doctor in Ecuador, the case must meet the four requirements of the Article 146 of the Criminal Organic Code in a joint manner, where the objective duty of care is established.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS	iii
RESUMEN	iv
ABSTRACT	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS	vi
ÍNDICE DE FIGURAS	x
ÍNDICE DE TABLAS	xi
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1: ACTOS MÉDICOS DE DIAGNÓSTICO JURÍDICAMENTE RELEVANTES PARA EL DERECHO PENAL	4
Concepto, características, clasificación y otros elementos conexos	4
1.1 Concepto de acto médico:	4
1.1.1. Características del acto médico:	4
1.1.2. Acto médico de diagnóstico:	22
1.2. Elementos en los cuales se apoya el diagnóstico médico	24
1.2.1. Relación médico- paciente	24
1.2.2. La anamnesis o interrogatorio	25
1.2.3. Síntomas y signos	26
1.2.4. El examen físico	26
1.2.5. Asociación de los síntomas y signos	27
1.2.6. Síndrome	28
1.3. Tipos de diagnóstico	29
1.3.1. Diagnóstico por comparación	29
1.3.2. Diagnóstico por intuición	30
1.3.3. Diagnóstico por hipótesis o terapéutico de Hufeland	31
1.3.3.1. Diagnóstico probabilístico	31
1.3.3.2. Diagnóstico causal	32
1.3.3.3. Diagnóstico determinístico	32
1.3.4. Método hipotético deductivo	33
1.3.5. Según el método	35
1.3.5.1. Diagnóstico clínico:	35
1.3.5.2. Diagnóstico de laboratorio:	35
1.3.5.3. Diagnóstico por imágenes:	35

1.3.5.4. Diagnóstico remoto:	36
1.3.5.5. Diagnóstico por exclusión:.....	37
1.3.5.6 Diagnóstico de provocación:	37
1.3.5.7. Diagnóstico diferencial:	38
1.3.6. Según la evolución:	38
1.3.6.1. Diagnóstico inicial:	38
1.3.6.2. Diagnóstico parcial:.....	38
1.3.6.3. Diagnóstico definitivo:.....	39
1.4. Principios básicos para el razonamiento del diagnóstico	39
1.5. El Error Médico.....	40
1.6. Error de diagnóstico	42
1.6.1. Principales errores de diagnóstico susceptibles de punibilidad.....	44
1.6.1.1. Diagnóstico médico erróneo.....	44
1.6.1.2 Errores en la medicación	45
1.6.1.3. Tratamientos innecesarios	45
1.6.1.4. Atención no coordinada	45
1.6.1.5. Ignorar señales de advertencia	45
1.6.1.6. Al hacer el plan de seguimiento	46
1.6.1.7. Al hacer el historial al realizar el examen físico	46
1.6.1.8. Errores cognitivos (Cognitive errors).....	46
1.6.1.9. Errores del sistema (System errors).....	46
1.6.1.10. Errores sin culpa (“No fault” errors)	47
1.7 Conceptos de medicina asistencial y voluntaria.....	47
1.7.1. Medicina asistencial	47
1.7.2. Medicina satisfactiva o voluntaria.....	48
1.8. Naturaleza jurídica de la obligación médica	49
1.8.1. Obligación médica de medios	50
1.8.2. Obligación médica de resultados.....	51
1.8.3. Materialización de la relación médico-paciente en la medicina asistencial y voluntaria.	52
1.8.4. El error de diagnóstico en medicina asistencial y voluntaria	53

CAPÍTULO 2: IMPUTABILIDAD DE LOS ERRORES DE DIAGNÓSTICO

SOBREVENIDOS DE LA MEDICINA ASISTENCIAL	56
Error de diagnóstico como delito culposo	56
2.1. Definición de delito culposo	56
2.2. Tipicidad de los delitos culposos por mala práctica profesional	58

2.2.1. Elementos de la tipicidad de los delitos	59
2.2.1.1. Conducta típica.....	59
2.3. Elementos de la culpa.....	59
2.3.1. Conducta	59
2.3.2. Nexo causal	59
2.3.3. Daño típico	59
2.3.4. Falta de previsión	60
2.4. Clases de culpa.....	60
2.4.1. Culpa consciente	60
2.4.2. Culpa inconsciente	60
2.4.3. Culpa grave	60
2.4.4. Culpa leve o imprudencia simple	61
2.4.5. Diferencia entre culpa grave y culpa consciente	61
2.4.6. Sujetos de la conducta	61
2.4.7. Objeto	61
2.5. El delito culposo como un tipo penal abierto	61
2.6. La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional.....	62
2.6.1. Criterios para determinar la responsabilidad del médico según la doctrina	65
2.7. La culpabilidad.....	71
2.7.1. Teorías objetivas:	71
2.7.2. Teorías subjetivas:.....	72
2.7.3. Teoría positivista	73
2.7.4. Teoría Finalista.....	74
2.8. Análisis de los criterios de determinación del deber objetivo de cuidado establecidos en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal	75
2.9. Los delitos cometidos en ejercicio de la actividad médica.....	89
2.9.1. El homicidio culposo por mala práctica profesional	89
2.9.2. Lesión culposa por mala práctica profesional	93
2.10. La punibilidad de los delitos cometidos por mala práctica profesional	103
2.11. Eximentes y justificativos de la culpa del médico	106
CAPÍTULO 3: ESTUDIO Y ANÁLISIS DE LOS CASOS DE ERROR DE DIAGNÓSTICO DE MEDICINA CURATIVA SUSCITADOS ENTRE LOS AÑOS 2011 -2016.	111
3.1. Caso medicina asistencial: Apendicitis en mujeres de edad fértil apendicetomizadas en el Hospital de Especialidades Eugenio Espejo por diagnóstico presuntivo de apendicitis aguda durante el período comprendido entre enero del 2011 y 2012.	111
3.1.1 Descripción de los hechos:.....	111

3.1.2 Análisis historias clínicas	112
3.1.3. Análisis del diagnóstico presuntivo-inicial	115
3.1.4. Análisis del error de diagnóstico presuntivo- diferencial:.....	118
3.1.5. Lesiones.....	120
3.1.6. Conclusión.....	121
3.2. Análisis SENTENCIA N° 76-001-23-31-000-2003-03842-01 DE CONSEJO DE ESTADO - SALA PLENA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - SECCIÓN TERCERA, DE 18 DE MAYO DE 2017 (Colombia).....	121
3.2.1. Antecedentes	121
3.2.2. Responsabilidad médica por error de diagnóstico.....	122
3.2.3. Daños.....	123
3.2.4. Conclusiones:	124
CONCLUSIONES	126
RECOMENDACIONES	128
BIBLIOGRAFÍA	129

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Elementos del acto jurídico.....	6
--	---

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Tipos de Errores	42
---------------------------------	----

INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna los errores dentro del diagnóstico son inherentes al mismo y estarán presentes siempre en la medicina a pesar del avance de la tecnología, es por esta razón, que al médico se le debe exigir que realice las debidas comprobaciones, los controles necesarios, para evitar y reducir el mínimo posible resultado lesivo para la salud del paciente (Maciá Gómez, 2009, párr.2).

Ceriani Cernadas (2015) manifiesta que “los errores de diagnóstico ocasionan más eventos adversos que otros y son los más difíciles de evitar” (p.194), ya que por así decirlo es uno de los principales momentos que realiza el médico, pues a partir de sus resultados se elabora toda la actividad posterior conocida como tratamiento propiamente dicho, el autor hace énfasis en que los errores de diagnóstico representan la principal causa de juicios por *mal praxis* y superan las demandas en cirugía y los errores en la medicación (tratamiento).

A diferencia de las ciencias exactas como las matemáticas donde $2+2$ son 4, las ciencias humanas son inexactas, susceptibles de error, impredecibles y la medicina es una de ellas, por lo mismo no se puede aseverar que ningún campo de la medicina no esté exento al error de diagnóstico. El diagnóstico inicial diferencial que hará el médico en base a su experiencia y conocimiento no siempre será certero, es por eso que debe de apoyarse en otros diagnósticos como son por ejemplo: el de laboratorio e imágenes para tener certeza, pero inclusive teniendo herramientas como esas, el diagnóstico va a tener cierto margen de error. Esto no quiere decir que el médico actuó de una forma negligente, sin atender a protocolos propios de su especialidad o que actuó sin atender lo que le está promulgado en el Código de Ética Médica (Registro Oficial 5 de 17-ago.-1992), Ley de Federación Médica Ecuatoriana (Registro Oficial 8 de mayo del 2000), etc., ya que hay que tener siempre presente la premisa de que “no todo acto galénico de diagnóstico es susceptible de punibilidad”.

Por lo dicho anteriormente, se entendería que ciertos errores de diagnóstico acarrearán responsabilidad (puede ser penal, civil o administrativa) por parte del médico que los realizó debido a que estos actos vulneran derechos fundamentales del paciente como son, generalmente: salud, vida e integridad física. Esta disertación se centra en el estudio de la responsabilidad penal del error de diagnóstico en el ámbito de la medicina curativa y voluntaria; es decir, se enfoca en cuándo es posible imputarle al médico las sanciones establecidas en los artículos 146 y 152 del Código Orgánico Integral Penal (Registro Oficial No. 108 del lunes 10 de febrero del 2014) por homicidio culposo o por lesiones ocasionadas por el error de diagnóstico dentro de éstos dos campos de la medicina.

Para analizar la responsabilidad del médico dentro del error de diagnóstico hay que enfocarse si violó o no el deber objetivo de cuidado. Al respecto, la legislación ecuatoriana en cuanto a la infracción del deber objetivo de cuidado otorga cuatro parámetros establecidos en el artículo 146 del COIP (Registro Oficial No. 108 del lunes 10 de febrero del 2014) que se deben de cumplir de manera conjunta para poder imputar al médico esta conducta: el delito de homicidio culposo por mala

práctica profesional que se encuentra enmarcados en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal; o lesiones que se encuentran enmarcadas en el artículo 152 del COIP.

Es por eso, que el problema a resolver de esta disertación es: ¿qué errores de diagnóstico sobrevenidos de la medicina asistencial y voluntaria deberían ser punibles de acuerdo a la legislación ecuatoriana?

Ahora bien, para poder responder la interrogante de esta investigación, en el primer capítulo se estudiarán los actos médicos de diagnóstico relevantes para el Derecho Penal, en primer lugar se analizará el concepto de acto médico, lo que engloba este concepto, y lo que lo hace jurídicamente relevante, que quien lo realice sea un profesional idóneo y la *lex artis*. Dentro del marco de la *lex artis* en el primer capítulo se analizará a profundidad todo lo que engloba este concepto, más tarde se analizará el error de diagnóstico y los errores de diagnóstico jurídicamente relevantes que se debería de tomar en cuenta según la doctrina para poderle imputar error de diagnóstico al médico. Como parte del primer capítulo también se encuentran los conceptos de medicina asistencial y voluntaria, dentro de estos conceptos también se encuentra la materialización de la relación médico-paciente dentro de éstas dos ramas de la medicina, y de esto se desprende la obligación que tiene el médico en cada una de ésta áreas de la medicina; en la voluntaria tiene una obligación de resultados, y en la asistencial tiene una de medios.

Finalmente dentro del primer capítulo se hace una conclusión en la cual se ponen algunos ejemplos en los cuales se hace un primer acercamiento a la conclusión final en cuanto a la distinción entre tratamiento y diagnóstico y la diferenciación que se debe de hacer a la hora de analizar esto en los cuatro parámetros del artículo 146 del COIP (Registro Oficial No. 108 del lunes 10 de febrero del 2014) a la hora de analizar el error de diagnóstico ya que en la medicina estética no hay error de diagnóstico por ser una obligación de resultado.

En el segundo capítulo se estudiará al error de diagnóstico como un delito culposo, dentro de este punto se analizará todos los elementos del delito culposo, ya que una vez repasados los errores de diagnóstico dentro del capítulo primero, dentro del segundo se encontrarán las herramientas necesarias para discernir cuándo este acto cometido por el médico es susceptible de punibilidad. Para ello se estudiará dentro del segundo capítulo, el delito culposo y las teorías acerca de la culpabilidad, la culpa del médico, los criterios para determinar la culpa del médico, los delitos cometidos en la actividad médica (lesión y homicidio culposo); pero lo más importante cómo se analiza el deber objetivo de cuidado dentro de la legislación ecuatoriana, dentro de este punto se analiza uno por uno los parámetros del Art. 146 del COIP (Registro Oficial No. 108 del lunes 10 de febrero del 2014).

En el tercer capítulo se materializará lo estudiado en el primer y segundo capítulo a través del análisis de dos casos de medicina curativa, en los cuales se puede apreciar cuándo el médico tiene culpa y cuando no, por error de diagnóstico.

Finalmente, el lector podrá darse cuenta con todo lo leído que no todo acto galénico de diagnóstico es susceptible de punibilidad, que depende de cada caso en concreto y de cada ámbito de la medicina; además que es una tarea muy ardua detectar el error de diagnóstico en la medicina estética por ser una obligación de resultados ya que lo que se tiene ahí es un error en cuanto al tratamiento ya que hay la ausencia del elemento terapéutico o curativo que es fundamental a la hora de realizar el diagnóstico; sin embargo el médico debe de realizar ciertos estudios como parte de su protocolo previo al tratamiento, pero esto no debe de confundirse con diagnóstico, ya que es en este punto donde el legislador deberá de hacer una diferenciación entre diagnóstico y tratamiento.

CAPÍTULO 1: ACTOS MÉDICOS DE DIAGNÓSTICO JURÍDICAMENTE RELEVANTES PARA EL DERECHO PENAL

Concepto, características, clasificación y otros elementos conexos

1.1 Concepto de acto médico:

Para autores como Romeo Casabona (2011), lo que hace único el ejercicio de la medicina es que incurre directamente con la vida, en la salud, en la integridad física, psíquica y personal de las personas utilizando en varias ocasiones medios agresivos, para salvaguardar la vida o restaurar la salud del paciente.

Esta actividad del médico se encuentra ligada a garantizar el efectivo goce de los derechos fundamentales y bienes más altos de los seres humanos como son la vida y la integridad personal. El objeto de esta profesión será pues, reestablecer el estado físico y psíquico del paciente. No obstante, dentro del cumplimiento de esta labor, el galeno puede cometer ciertos errores que como se observará más adelante comprometen el llamado “deber objetivo de cuidado” o superan “el riesgo de lo permitido” propio de la profesión médica configurándose así en algunos casos responsabilidad penal del profesional médico por mala práctica.

Para esta investigación el acto médico¹ constituye la materia prima sobre la cual recae todo juicio de responsabilidad, bien para entender que el médico obró conforme a Derecho en especial con sujeción a los cánones de la *lex artis ad hoc*, marco de referencia y reguladora de su ministerio.

1.1.1. Características del acto médico:

Debe ser una actividad lícita, realizada por un profesional médico, legítimamente capacitado, sea en su aspecto asistencial, orientado a la curación de una enfermedad, al alivio de un padecimiento o al impulso de la salud integral.

Dentro de esta actividad se incluyen actos diagnósticos, terapéuticos o de alivio del dolor, así como la preservación y promoción de la salud, por medios directos e indirectos (Vera Carrasco, 2013, párr.1)

Hay que tener en cuenta las palabras “actividad lícita” ya que ha de entenderse en términos jurídicos; es decir, como un acto jurídico.

¹ Martínez Calcerrada, en su obra sobre derecho médico define la actividad médica como: “la prestación o actividad del médico que persigue, conforme a la técnica o arte correspondiente- la llamada *lex artis ad hoc*- ,un efecto terapéutico o curación de un enfermo o más genéricamente la promoción de la salud”. (Martínez Calcerrada, 1986, p. 69).

El acto médico es un acto jurídico, sin embargo, gracias a la clasificación decimonónica se lo ha tratado de encerrar en la categoría de contrato. Al tratar de catalogar al acto médico como un contrato se estaría incurriendo en un fatal error, ya que se estaría olvidando la existencia de los actos unilaterales (Madrid Mata, 2005, p.17 párr.13).

Es por esto, que el ordenamiento jurídico ecuatoriano en cuanto al tratamiento del acto médico tiene una serie de contradicciones, que han generado reiterados problemas en cuanto a la interpretación del mismo. Por todo esto, no es de extrañar que los temas relacionados con el Derecho Sanitario: contratación, responsabilidad y consentimiento sean tratados con las reglas del Derecho Civil.

Con el progreso de la doctrina se va dando la interpretación de acto médico, es así pues que su definición no tiene su origen en una connotación del derecho sanitario, es de origen penalístico. Ya que célebres penalistas como Carlos Stoss (1898), Filippo Grispigni (1914) hablan de tratamiento y no de acto médico, ello tiene su origen en las limitadas necesidades advertidas en el pasado; es decir, solamente a la actividad sancionadora del Estado respecto a los delitos contra la vida e integridad física (Madrid Mata, 2005, p.17 párr.14).

En párrafos anteriores se hablaba que al acto médico hay que entenderlo como una actividad lícita para poder entenderlo como un acto jurídico, ya que en términos generales en todo acto médico deberá existir voluntad y un objeto reconocidos por el Derecho, ya que contiene los elementos de existencia y elementos de validez de todo acto jurídico; por esto, será necesaria también la licitud en el objeto, motivo o fin; será ineludible entonces, la voluntad formalmente válida de las partes, que exista una voluntad sin vicios del consentimiento, así como también capacidad del autor del acto galénico para que éste sea considerado como un acto jurídicamente válido (Madrid Mata,2005).

Elementos del acto jurídico:

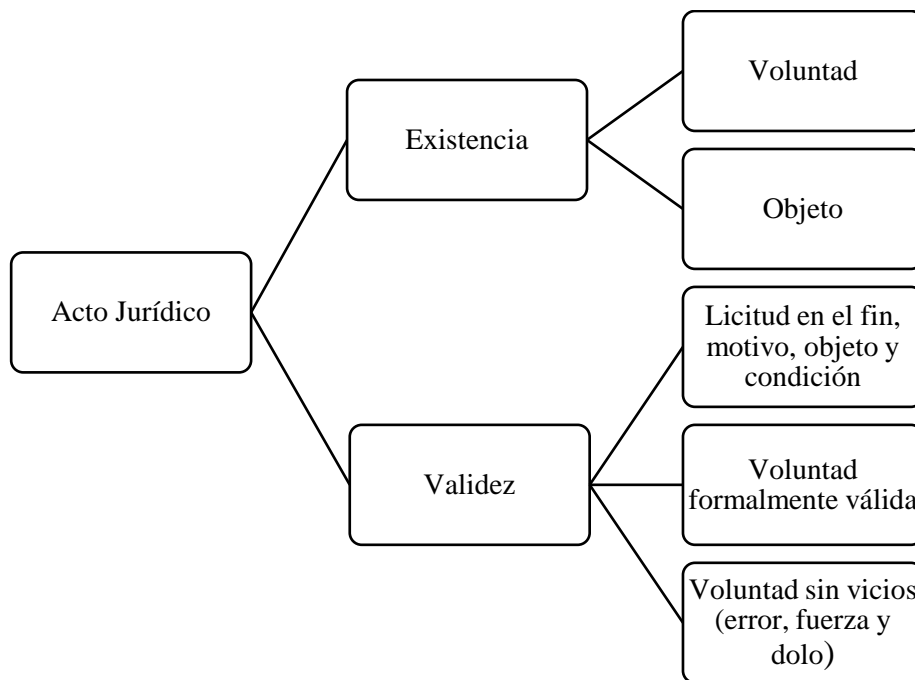


Figura 1. Elementos del acto jurídico

Fuente: Madrid Mata, (2005)

Elaborado por: María Gabriela Morillo Chamorro

Enrique Varsi Rospigliosi con respecto a la teoría del acto médico como acto jurídico, señala que es “toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de su profesión médica entendiéndose por tales los actos médicos de diagnóstico, la terapéutica y el pronóstico que realiza el médico” (Madrid Mata, 2005, p.18)

Según Luis Cisprés Casasnovas (2013) un acto médico es lícito cuando se adecua a las siguientes características:

a) Sus fines: Los fines del acto médico son los clásicos de la medicina: curar, aliviar, prevenir. Sin embargo, hay también otros fines que son equivalentemente lícitos, aunque no parezcan tan evidentes a primera vista: por ejemplo los derivados de la cirugía plástica o incluso de la cirugía de cambio de sexo. En otras palabras, se trata de procedimientos que se pueden aceptar cuando sean el único procedimiento para mejorar la salud de una persona, siempre que no produzcan un daño o perjuicio a otro, sea el único recurso terapéutico y exija conocimientos especializados para ser ejecutados (Cisprés Casasnovas, 2013, párr. 3).

b) Por consenso: Tiene que ver con la licitud del acto médico, que radica en que esta actividad sea por mutuo consentimiento. “Una persona pide ser curada y otra lo acepta”. Aquí interviene el libre

albedrío, la libertad del paciente para decidir es un derecho inalienable y como derecho de la persona debe ser protegido por el Estado y respetado por el médico (Cisprés Casasnovas, 2013, párr.5).

c) **Ajustado a la "lex artis"**: Por "*lex artis*"² se entiende el “conjunto de normas profesionales, deontológicas y legales que regulan la actividad médica”. Si en el acto médico falla alguna de las dos primeras el acto médico no es lícito. Si falla la tercera es ilegal y por lo tanto susceptible de punibilidad (Cisprés Casasnovas, 2013.párr. 6).

La definición manifiesta que el profesional debe estar "legítimamente capacitado": la legitimidad nace de la ley. Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano los cuerpos normativos relacionados con los actos médicos son: Código Orgánico Integral Penal (Registro Oficial No. 108 del 10 de febrero del 2014) , Ley de Federación Médica Ecuatoriana (Registro Oficial 8 de mayo del 2000), Constitución de la República del Ecuador 2008 (Registro Oficial 449 de 20-oct-2008), Código de Ética Médica (Registro Oficial 5 de 17 de agosto de 1992), Ley Orgánica de Salud (Registro Oficial 22-dic-2006), Ley de Derechos y Amparo al Paciente (Registro Oficial Suplemento 626 de 03-feb.-1995).

Dentro de la característica de la *lex artis*, hay que resaltar el título académico y avalado que le confiere al médico el derecho a realizar determinados actos, que de ser realizados por otra persona, “no médico”, constituirían delitos. Así el médico puede, por indicación clínica: amputar una pierna o intervenir una apendicitis aguda; si esta actividad la realizara otra persona sin esa titulación de médico incurriría en otros delitos incluso más graves; como por ejemplo lesiones o la muerte (Vera Carrasco, 2013).

Estas reflexiones, han motivado a recalcar lo que es el acto médico en sí, ya que es este **acto (las negrillas son mías)** lo que hace que el profesional de la medicina **pueda (las negrillas son mías)** responder jurídicamente bajo la figura de mala práctica profesional de aquello que sea un verdadero acto médico o incluso de su omisión. Incluso la jurisprudencia ecuatoriana de forma demasiado simple e inexacta define lo que es el acto médico como "aquello que realizan los médicos", o como “es conforme con las enseñanzas que en cada momento proporciona la ciencia médica y con los medios de que dispone en el lugar y en el momento en que se produce la asistencia” (Corte Nacional de Justicia, Recurso de Casación 276-2010, Resolución No. 324-2013). Por todo lo dicho se puede aseverar que, sin acto médico, no hay eventual imputación de la responsabilidad al médico por mala práctica profesional.

² Cuando la doctrina y la jurisprudencia emplean la expresión *lex artis* lo hacen entendiendo un “saber útil” que comprende los conocimientos que se supone deben regir las actuaciones de los profesionales con un título, no en vano las profesiones “tituladas” dotan a quien las ejerce de una presunción de conocimientos frente a la sociedad que tiene como correlato la libertad de ejercicio y de decisión, pero también la consecuente de responsabilidad (Giménez Candela, sf., p. 402).

La *lex artis* como determinante en el comportamiento diligente en la responsabilidad penal médica.

Para determinar el comportamiento diligente del profesional de la salud desde el parámetro de la *lex artis*; en un primer plano hay que revisar su concepto. Pues bien, éste término proviene del latín que significa “ley del arte”, o regla de la técnica de actuación de la profesión que se trate. Esta ley ha sido usada para referirse a la apreciación que se tiene sobre la tarea ejecutada por un profesional, si es o no correcta, o se ajusta o no a lo que debe hacerse (Hernández Gil, 2008, p.13)

Por otra parte, la doctrina española define a la *lex artis* como “la aplicación de las reglas generales médicas a casos iguales o parecidos o la actuación conforme al cuidado objetivamente debido”. No cabe la aplicación de la *lex artis* a situaciones no estudiadas, no conocidas o inesperadas en la ciencia médica, sino todo lo contrario, pues una condición de la *lex artis* es que cualquier médico actuaría de igual forma cuando se dieran las mismas condiciones. Siempre con la salvedad de la libertad profesional (García H. T., 1999).

Autores como el Dr. Giovanni Valencia Pinzón (sf.) citando a Pedro Montaña Gómez (sf.) en su artículo “La *Lex Artis*” acerca de este tema como parámetro dentro de la responsabilidad de las actuaciones de los profesionales de la salud expresa que:

Determinadas las profesiones cualificadas por su especialización y preparación técnica, cuentan para su ejercicio con unas reglas que en consonancia con el estado del saber de esa misma ciencia, marcan las pautas dentro de las cuales han de desenvolverse los profesionales. Es lo que se denomina la *lex artis* y según ello, los profesionales de la salud han de decidir cuáles de estas reglas y procedimientos y cuáles de esos conocimientos adquiridos en el estudio y la práctica, son aplicables al paciente, cuya salud les ha sido encomendada (Valencia Pinzón, sf., p. 21).

De acuerdo con lo anterior, se puede resumir que el médico deberá dominar las materias estudiadas en su carrera, es decir, tener los conocimientos necesarios y exigibles para poder ejercer la medicina sin temeridad, de lo contrario llevaría al paciente a agravar su dolor con peligro y grave riesgo para su salud y vida.

Elementos de la *lex artis*:

El parámetro de la *lex artis* presupone ciertos elementos característicos que se pueden enmarcar dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano los cuales se puede mencionar a continuación (Valencia Pinzón, 2001, p.22).

- Un profesional idóneo:

Se entiende por idoneidad como una cualidad de aplicación de lo que tiene las condiciones necesarias para un cierto servicio, con las cualidades específicas para poder ejercer la profesión. Esta capacidad de la cual se habla, en principio podría evidenciarse con los respectivos títulos que

acrediten los estudios realizados por el profesional en este caso del médico en las condiciones y con el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para el ejercicio de la función (Valencia Pinzón, 2001, p.22).

- **Un estudio del análisis previo del paciente (diagnóstico):**

En este aspecto el médico deberá dedicar el tiempo necesario a su paciente para hacer una evaluación adecuada de su salud, indicarle e informarle al paciente los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir el tratamiento correspondiente (Valencia Pinzón, 2001, p.22).

La legislación ecuatoriana, en cuanto a este aspecto y dentro de la Ley de Derechos y Amparo al Paciente establece que:

QUE, los pacientes tienen derecho a conocer en los servicios de salud, la naturaleza de sus dolencias, el diagnóstico médico y las alternativas de tratamiento, respetando su privacidad y dignidad.

Art. 5.- DERECHO A LA INFORMACIÓN.- Se reconoce el derecho de todo paciente a que, antes y en las diversas etapas de atención al paciente, reciba del centro de salud a través de sus miembros responsables, la información concerniente al diagnóstico de su estado de salud, al pronóstico, al tratamiento, a los riesgos a los que médicamente está expuesto, a la duración probable de incapacitación y a las alternativas para el cuidado y tratamientos existentes, en términos que el paciente pueda razonablemente entender y estar habilitado para tomar una decisión sobre el procedimiento a seguirse. Exceptúan las situaciones de emergencia. El paciente tiene derecho a que el centro de salud le informe quien es el médico responsable de su tratamiento. (Registro Oficial Suplemento 626 de 03-feb.-1995)

Con lo expresado podría decirse que, el diagnóstico es un acto médico complejo, resultado de un examen pormenorizado y su posterior evaluación, que conforme al nivel profesional del médico emite un resultado que es la base de una actuación médica individual o en equipo (Giménez, 2006). El diagnóstico médico es una pieza fundamental en la evaluación de la responsabilidad penal del médico, ya que en sí un error en el diagnóstico como se verá más adelante puede ocasionarle al profesional de la salud un proceso penal.

- **Empleo de técnicas o medios convenientes con aceptación universal:**

El profesional de la salud tiene que remitirse a normas y protocolos establecidos dentro de los cuerpos normativos; es decir, tiene que manejar manuales de bioética, códigos de salud, códigos de ética médica, entre otros cuerpos normativos que permitan el desarrollo de su actividad como profesional en base a su experticia y ética (Valencia Pinzón, 2001, p.22).

Así dentro de la legislación ecuatoriana, el Código Orgánico Integral Penal otorga las pautas de cómo se debe ejercer la profesión para no incurrir en mala práctica profesional:

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

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

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

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

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

Ley Orgánica de Salud, en cambio habla de las infracciones en el ejercicio de las profesiones de la salud:

Art. 202.- Constituye infracción en el ejercicio de las profesiones de salud, todo acto individual e intransferible, no justificado, que genere daño en el paciente y sea resultado de: a) Inobservancia, en el cumplimiento de las normas; b) Impericia, en la actuación del profesional de la salud con falta total o parcial de conocimientos técnicos o experiencia; c) Imprudencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión del cuidado o diligencia exigible; y, d) Negligencia, en la actuación del profesional de la salud con omisión o demora injustificada en su obligación profesional. (Registro Oficial Suplemento No. 423 del 22 de diciembre del 2006)

En síntesis, se puede decir que el médico o profesional de la salud solamente empleará los medios de diagnóstico o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones de salud legalmente reconocidas como lo son el Ministerio de Salud y la Organización Mundial de la Salud.

- **El consentimiento del paciente:**

Consiste en la autorización que da el paciente al profesional de la salud para que efectúe el acto médico presupuesto, teniendo como base la información proporcionada por el paciente. Esta manifestación de voluntad puede ser emitida directamente por el paciente y ante su imposibilidad física o mental puede ser realizada por sus familiares o representantes legales, e incluso en casos de emergencias médicas el profesional de la salud puede intervenir unilateralmente (Valencia Pinzón, 2001, p.22).

La Ley de derechos y amparo al paciente en el Art 6 expone lo siguiente:

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

El derecho a decidir esta netamente ligado con el consentimiento, ya que constituyen el permiso que el paciente le otorga al médico para que éste intervenga y efectúe en el paciente el acto médico (Valencia Pinzón, 2001, p.22).

Por motivos de este trabajo, es conveniente resaltar que toda persona tiene libertad para decidir si se somete o no a un acto médico de diagnóstico y por ello su consentimiento siempre debe obtenerse y respetarse, salvo en aquellos casos donde esté en juego su vida y no sea posible pedir su autorización.

- **Los deberes de los médicos como estándar de conducta diligente:**

Dentro del aspecto del parámetro de la *lex artis* como determinante en el comportamiento diligente en la responsabilidad del médico se encuentran ciertos deberes primarios y secundarios que en caso de incumplimiento causará reproche culpabilidad. Estos deberes vienen a integrar la denominada diligencia profesional, medida que sirve al juez en la determinación de cuándo un profesional de la salud ha actuado de forma negligente en aquellos casos en que el régimen aplicable sea el de la culpa (Parra Sepúlveda, 2014).

En principio el estudio de los deberes que tendría el médico con su paciente tiene sentido en cuanto permite, mediante una comparación entre el actuar concreto del médico y la conducta esperada, establecer en qué casos el profesional de la salud, debido a que no actuó con la diligencia exigida, puede incurrir en responsabilidad penal y aplicar sanciones penales.

La Ley Orgánica de Salud establece lo siguiente en cuanto a los deberes de los profesionales de la salud con respecto a los pacientes:

Art. 201.- Es responsabilidad de los profesionales de salud, brindar atención de calidad, con calidez y eficacia, en el ámbito de sus competencias, buscando el mayor beneficio para la salud de sus pacientes y de la población, respetando los derechos humanos y los principios bioéticos. (Registro Oficial Suplemento 423 de 22-dic.-2006)

a. Deberes primarios

Los deberes primarios provienen generalmente del contrato de servicios celebrado entre médico y paciente éste es de aplicación directa y se enmarca en base al principio de la buena fe (Parra Sepúlveda, 2014, p. 108).

Entre ellos se encuentran:

i. El deber de asistencia médica

Se entiende por asistencia médica a la obligación que tiene el médico, desde que jura como tal, de realizar todas aquellas prácticas que, según la *lex artis ad hoc*, se consideren adecuadas para diagnosticar alguna dolencia del paciente, tratarlo en caso de que padezca de alguna patología, o para mantener su vida en caso de que ésta se hallase en peligro (Parra Sepúlveda, 2014, p. 113).

Este deber de asistencia médica es la consecuencia que nace por antonomasia del contrato de servicios profesionales que normalmente se celebra entre médico y paciente, de igual forma dicho deber estará presente en aquellos casos en que los servicios médicos sean requeridos sin mediar contrato alguno, como ocurriría en caso que el paciente ingresa inconsciente y de urgencia a una centro de salud o cuando el médico deba suministrar auxilio a algún sujeto accidentado en la vía pública, no pudiendo negarse el profesional de la salud a prestar asistencia médica según los cánones de la *lex artis ad hoc*³, so pretexto de que contractualmente no se encuentra obligado con el paciente cuya atención requiere (Parra Sepúlveda, 2014).

Como resultado de este principio tampoco se puede aseverar que el médico estará obligado bajo toda circunstancia a atender a cualquier paciente que requiera de sus servicios. Lo que sí es necesario poner en relieve es que, si bien el galeno posee, como cualquier otro profesional liberal, plena libertad para contratar con quien estime conveniente, en algunas circunstancias esta libertad contractual se verá limitada en razón de la protección del superior derecho a la vida o a la integridad psíquica y física de los sujetos que requieran de atención sanitaria. La afirmación anterior trae la ineludible consecuencia que en algunos casos el médico no podrá negarse a asistir a un enfermo, siempre y cuando esté en peligro la salud o vida de éste lo que usualmente sucederá en caso de atenciones de urgencias.

Después de este análisis, seguramente surge la siguiente inquietud ¿Cuál es el resultado frente a la eventual negativa de prestar atención por parte del profesional de la salud?

Pues bien, el médico podría enfrentarse a los siguientes escenarios:

- a. El primer escenario puede darse cuando se dé la simple negativa de asistencia médica, ésta no generará automáticamente la responsabilidad penal del médico, ya que necesariamente se deberá examinar la real necesidad de atención en cada caso y los medios con los que contaba el profesional de la salud en concreto, puesto que no es lo mismo atender a un paciente desmayado en una clínica, que atenderlo en la calle. En este sentido, no podría, por ejemplo, exigírsele a un médico que atiende a quien no es su paciente en la calle cuando el médico no estaba de turno; o que el diagnóstico que realiza el médico sea exacto, pero sí cabe requerirle que no sea torpe; tampoco podría reclamársele a este médico el que no haya tomado todas las medidas necesarias para sanar al enfermo, sino que lo que se espera de él es que las medidas que tome sean diligentes y tendentes a aminorar, en la medida de lo posible, los daños en la salud del paciente o a aumentar sus posibilidades de supervivencia, según sea el caso.

³ Es el criterio valorativo de la corrección del acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tienen en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, y en su caso de la influencia en otros factores endógenos - estado e intervención del enfermo o de su/s familiares o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida, según doctrina del Tribunal Supremo de España (Lex Abogacía, 2017,párr.1).

- b. En el segundo caso ya se habla de un médico tratante; es decir, del médico que lleva el cuadro clínico donde ya existe un deber objetivo de cuidado, quien hizo el diagnóstico y quien se hizo cargo del tratamiento, será responsable si las circunstancias demuestran que el paciente ha sufrido un daño, una agravación de sus dolencias o la muerte a raíz de la falta de intervención médica. En este punto se torna indispensable, como dentro de toda la responsabilidad, para que se genere responsabilidad penal del médico la necesaria existencia de una relación de causalidad adecuada entre su negación de asistencia y el resultado dañoso producido al paciente.

Analizados estos dos escenarios es ineludible examinar la posición de garante del derecho en la cual se encuentra el médico, en el primer escenario si bien la Constitución de la República del Ecuador 2008 (Registro Oficial 449 de 20-oct-2008) expresa en su Art. 3 numeral primero que es un deber primordial del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce del derecho a la salud; de esto se entiende que a ninguna persona sin importar su condición se le debe de negar el acceso a la salud ya que constituye un derecho fundamental; en ambos escenarios se entendería que el médico tiene el deber de poner todos los medios necesarios a disposición del paciente para que este mejore. Pero en el primer caso de que el médico no está en una posición de garante; es decir, únicamente se habla un deber moral, mas no de un deber jurídico no se estaría hablando de que él es el encargado de tutelar un bien jurídico protegido por lo tanto si el médico pasa por la calle no estaría incurriendo en una omisión, ya que el médico no se encuentra de turno.

Por otro lado, en el segundo escenario, cuando ya se habla de un médico tratante ya se está en un escenario totalmente diferente al anterior ya se trata de un cuadro clínico por lo tanto ya se tiene al garante de un derecho en este caso será el médico quien vele por la salud del paciente y en caso de omitir todas las normas de la *lex artis* en conjunto con las normas jurídicas estaría incurriendo en un delito culposo de mala práctica profesional que se encuentra enmarcado en el Art. 146 del Código Orgánico Integral Penal.

ii. El deber de competencia profesional:

En relación al deber primario anterior se encuentra el deber de competencia profesional, puesto que no sólo ha de exigírsele al médico que actúe dentro del ámbito de sus funciones, sino que su actuación sea competente en razón de los conocimientos propios de su especialidad. Así, el deber de competencia profesional, según la doctrina abarcaría tres aspectos: en primer lugar, haría referencia a la exigencia de conocimientos básicos por parte del profesional de la medicina en razón de su especialidad; en segundo, implicaría el deber de actualización de dichos conocimientos; y en tercer lugar, incluiría la obligación de ejercer la actividad médica según estos conocimientos (Parra Sepúlveda, 2014, p. 124).

Según el tratadista español Llamas Pombo (sf.) define a la competencia profesional como “la disposición o suficiencia para el ejercicio de la medicina, por incompetencia debe entenderse la falta de idoneidad para dicho ejercicio” (LLamas Pombo, sf., p. 513). Para este autor esta cualidad no ha de referirse exclusivamente al nivel de conocimientos, sino que también habrán de tenerse en cuenta otros factores que puedan influir sobre ese grado de idoneidad, así, entre las modalidades de incompetencia cabe incluir la incapacidad física, la incapacidad emocional, la ignorancia y la falta o mal estado de los medios técnicos necesarios y habituales en el ejercicio de la actividad médica.

El deber de competencia profesional, también se encuentra relacionado con el grado de conocimiento de la ciencia médica en general y en particular la especialidad que caracteriza la realización del acto médico, se puede precisar que dicho aspecto constituye un *mínimum* que se le ha de exigir al que, de forma diligente y responsable, se anuncia como un profesional de la salud. En otras palabras, si se parte de la exigencia de estar en posesión de un título académico, reconocido por el Estado, para poder ejercer la medicina, implícitamente se está presumiendo la existencia de un cierto nivel de conocimientos que dicho título comporta o debe comportar. Nivel que deberá ser exigido y diferenciado según se trate de un médico generalista o especialista (Fernández H. J., 2007).

Un segundo aspecto que abarcaría el nivel de competencia profesional sería la actualización de los conocimientos; como su denominación lo indica, dice relación con la renovación que el médico debe procurar obtener, en orden a satisfacer en mejores condiciones las necesidades del paciente, teniendo en consideración que la medicina es una de las disciplinas que más evolucionan, tanto en nuevas técnicas, como medicamentos y procedimientos (Fernández Hierro, sf., p. 256).

El tercer aspecto de este deber como integrante del deber de competencia profesional, cabe destacar la exigencia que pesa sobre el galeno de acomodar su actuar a los conocimientos y procedimientos médicos vigentes al tiempo de su actuación. Cuestión que se encuentra íntimamente ligada con el desarrollo de la *lex artis*, apartado al que nos remitimos, sin perjuicio que en las líneas que siguen apuntaremos algunas cuestiones que respecto de la *lex artis* nos parecen relevantes (Fernández H. J., 2007).

Finalizando este punto, se sostiene que no cabe la aplicación de la *lex artis* a situaciones no estudiadas, no conocidas o imprevistas en la ciencia médica, puesto que, como bien se señala, una condición de la *lex artis* es que cualquier médico actúe de similar forma en las mismas condiciones, con la obvia salvedad de la libertad profesional. La *lex artis* señala aquellas reglas de índole técnico para cada tipo de actuación médica semejante, estas reglas o procedimientos clínicos deberán adecuarse al caso concreto por la sencilla razón de que nunca hay dos pacientes iguales. Así, como el factor reaccional de cada sujeto es distinto, el contenido de la *lex artis* no puede ser completamente estático, debiendo distinguir una parte variable y un núcleo predefinido. De esta forma, en la actuación del médico se considerará admisible un cierto margen de libertad con respecto al clásico procedimiento, siendo ésta la forma más efectiva que tiene la medicina de avanzar científicamente.

iii. Deberes relativos a la información

Para empezar, las relaciones del médico u hospital con el paciente están regidas por el principio de que “no se puede realizar una intervención quirúrgica o aplicar un tratamiento riesgoso o doloroso sin el consentimiento instruido y libre del interesado”, salvo que la autorización no pueda ser obtenida razonablemente y, en el caso de la denominada medicina curativa, además la operación o tratamiento se imponga como una necesidad médica o en razón de un peligro inmediato (Barros Bourie, sf., p. 682).

Los deberes primarios de información están orientados precisamente a satisfacer el principio de autodeterminación del paciente (Eser, 2001, p. 38). Rigen por igual si la relación del paciente con el médico se plantea en el terreno contractual, donde se trata de un deber precontractual de información del experto con el lego, o si la relación no está regida por contrato, en cuyo caso se trata de un deber general de cuidado con el paciente (LLamas Pombo, sf., p. 509-510). Los deberes de información del médico se justifican como el medio más eficaz para compensar el desequilibrio entre el conocimiento del profesional y la ignorancia del inexperto.

Al hablar de la información que debe ser otorgada tanto por el médico como por el paciente, en general a los deberes relativos a la información que tendría el médico, se puede decir que dichos deberes tienen por finalidad establecer una regulación que impone límites y requisitos en el manejo que el profesional de la medicina hace de la información que obtiene de su paciente. En este sentido es dable precisar que el médico no es, de ninguna manera, dueño de la información que le es proporcionada a raíz de su actividad profesional, no pudiendo hacer con ella lo que le plazca, sino que está obligado a utilizar dicho conocimiento de manera adecuada y orientado al estricto cumplimiento de una finalidad terapéutica. En otras palabras, el médico ya no puede actuar, como se entendió en el pasado, como un déspota benevolente respecto del paciente.

ii. El deber de informarle al paciente

El profesional de la salud no puede negarle al paciente el conocimiento sobre su estado de salud y sobre las posibles consecuencias de la terapia escogida y sus efectos secundarios (relación riesgos-beneficios), o sobre la existencia de otras alternativas de terapia menos invasivas, o con un mayor – o menor– grado de riesgo para el paciente (Giménez, 2006).

iii. Alcance del deber de información

El deber del profesional de la salud de entregar información a su paciente con miras a que éste lo autorice a efectuar intromisiones en su integridad física ha dejado de ser un mero formalismo, puesto que, como ha destacado acertadamente la jurisprudencia española, a través de la información suministrada por el médico el paciente puede escoger con amplia libertad alguna de las opciones que la ciencia médica le ofrece, e incluso optar por no someterse a tratamiento alguno (Eser, 2001).

En este sentido se comprende que, los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier intervención en el ámbito de su salud, la mayor cantidad de información relevante sobre la misma, sobre lo que actualmente persisten vacilaciones es respecto del alcance y entidad de dicha información que ha de proporcionársele a los pacientes. La exigencia de información deberá apuntar tanto al diagnóstico como al pronóstico, a las alternativas del tratamiento, a sus posibles complicaciones, e incluso, a los medios con los que se cuenta para realizar la respectiva intervención médica (esto es, si son adecuados o no para su correcta realización).

Uno de los incipientes problemas que se plantean en torno al alcance que debe tener la información proporcionada al paciente, alude a la dificultad de que éste, desde su ignorancia técnico-científica, pueda comprender cabalmente las explicaciones del médico. Al respecto se ha expresado que no se trata de que el enfermo deba soportar un verdadero curso de medicina, sino que más bien, se trata de conseguir de forma racional el objetivo que se pretende con la imposición de tal deber al médico, es decir, que el paciente comprenda ciertamente cuáles serán las consecuencias prácticas de su manifestación de voluntad (Eser, 2001, p. 47).⁴

Cabe considerar también el hecho de que la entrega de información como un presupuesto esencial para que el paciente pueda manifestar su consentimiento “informado” sobre una determinada intervención, lo más frecuente será que sea el médico quien disponga de mejor acceso a la información que requiere el paciente para tomar una decisión valiosa sobre si someterse o no a un tratamiento determinado, es por ello que consideramos que este deber del médico no se agota con la simple transmisión de datos, sino que precisa además, una cierta toma de posición respecto de la información entregada.

El deber de información que pesa sobre el médico, de ninguna manera ha de limitarse sólo a exponer al paciente las alternativas frente a su enfermedad, sino que además, en casos como el mencionado anteriormente, debe tomar una posición respecto de ellas, aconsejando o desaconsejando la respectiva intervención (García H. T., 1999). De esta manera, los médicos no únicamente tienen el deber de informarle al paciente, entendido éste como una transmisión de datos objetivos, sino que además, y según lo requieran las circunstancias, el citado deber, implicaría un deber adicional de aconsejar; esto es, de orientar a la otra parte en su decisión (Barros, 2006).

iv. El deber de requerir el consentimiento del paciente

Una vez cumplido el deber anterior, el médico debe requerir el consentimiento de su paciente para la práctica que le hubiese sugerido. En relación a este punto lo que se le exige al médico, es que obtenga una concreta autorización por parte del paciente para una intervención determinada. Esta

⁴ El respeto de la voluntad del paciente y sus límites: Un respeto total de la voluntad del paciente podría evidenciar de que le estaría prohibido al médico no solamente el tratamiento arbitrario, sino que, por otro lado, también tenga que atender al pedido de tratamiento del paciente (Eser, 2001).

información debe ir anexada con la entrega de una información previa que le permita al autorizante emitir un real consentimiento informado exento de vicios, que en consecuencia, faculte al médico de turno a realizar la intervención solicitada (Eser, 2001).

Este vínculo entre médico y paciente es lo que motiva al tratamiento de los deberes de información y de obtención del consentimiento por parte del paciente ya que anteriormente como destaca García Garnica (2010), uno de los aspectos en los que más ha evolucionado este vínculo entre médico y paciente, es en el poder de decisión de este último ya que antiguamente debido a la visión paternalista que se tenía era el médico quien tomaba las decisiones siendo el paciente un mero sujeto pasivo de la asistencia sanitaria, hoy en día son estos deberes anteriormente enunciados que le dan la autonomía al paciente a partir de la toma de conciencia de que la toma de decisión de someterse o no a un determinado acto médico supone en última instancia un acto de pleno derecho.

El consentimiento informado está definido en las Pautas para la Buena Práctica Clínica de la Organización Mundial de la salud y establece que:

Es la expresión de voluntad de la persona que se quiera someter a un diagnóstico, tratamiento o cualquier procedimiento médico o de investigación científica, para lo cual debe haber comprendido la información que se le dio sobre los objetos, riesgos, beneficios, derechos y responsabilidades. En caso de tratamiento médico dependerá del alcance y la incidencia de este para determinar si el consentimiento debe ser por escrito o sólo de manera verbal, por ejemplo, al realizar un examen médico de rutina el consentimiento informado puede ser verbal, pero en procedimiento, tratamiento médicos e investigación médico científica con seres humanos debe ser siempre por escrito. (BPC, 1993)

v. Formas de consentimiento

En principio, se debe de partir que para que haya consentimiento debe haber un contrato de servicios médicos. El objeto del contrato de prestación de servicios médicos es prestar atención médica para determinar el diagnóstico, procedimiento y tratamiento de un paciente en base a una evaluación previa de su salud, el cuadro clínico y sus necesidades propias de cada caso (Eser, 2001).

Las pautas de buenas prácticas clínica de 1993 y en el formulario modelo de consentimiento informado de la OMS, contenido en las pautas mencionadas, establece que los requisitos del consentimiento informado son:

- 1. Voluntad:** Es el ánimo o la capacidad de decidir de forma libre sin determinismo alguno o vicios del consentimiento sea error, fuerza o dolo (Orellana, s.f.).
- 2. Capacidad legal:** Para que el individuo tome la decisión de manera razonada. Se refiere a la capacidad civil, es decir que sea mayor de edad, pero en caso de menores de edad debe ser otorgada por la persona responsable, para las personas con discapacidades física o mentales, se les reconoce el principio de autonomía siempre y cuando su discapacidad les permita de forma libre y razonada elegir y en los casos de comunidades se debe consultar al jefe de la comunidad (Orellana, s.f.).

3. **Comprensión:** Por parte del paciente y sujetos de experimentación médico-científica, es el proceso mental de entender, a través de la razón toda la información proporcionada, para así deliberar acerca de las alternativas y elegir la más conveniente. La elección debe ser conforme el diagnóstico realizado al paciente (Orellana, s.f.).
4. **Información:** La persona, debe saber toda la información necesaria vinculante a la al tratamiento, procedimiento o investigación médico-científica, que debe ser clara, precisa, previa, en el idioma de la persona o personas que otorga su consentimiento, con un lenguaje general y no técnico y que proporcione toda la información necesaria sobre el procedimiento a realizar, sus efectos, riesgos, beneficios, alternativas, derechos y responsabilidades (Orellana, s.f.).

Del análisis de los requisitos del consentimiento informado se comprende que estos son los que dan validez y eficacia al consentimiento, que es un documento con efectos jurídicos, cuya finalidad es servir de prueba en caso de un conflicto entre las partes.

En el Ecuador La Ley de Derechos y Amparo al Paciente, con su última reforma en 2006, reconoce el consentimiento informado como el derecho del paciente a recibir información y dice:

Se reconoce el derecho de todo paciente a que, antes y en las diversas etapas de atención al paciente, reciba del centro de salud a través de sus miembros responsables, la información concerniente al diagnóstico de su estado de salud, al pronóstico, al tratamiento, a los riesgos a los que médicamente está expuesto, a la duración probable de incapacitación y a las alternativas para el cuidado y tratamientos existentes, en términos que el paciente pueda razonablemente entender y estar habilitado para tomar una decisión sobre el procedimiento a seguirse. Exceptúense las situaciones de emergencia. El paciente tiene derecho a que el centro de salud le informe quien es el médico responsable de su tratamiento. (Registro Oficial Suplemento 626 de 03-feb.-1995)

De esta cita se sigue que para el ordenamiento jurídico ecuatoriano el consentimiento informado es un derecho del paciente. Este derecho se relaciona con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Salud Art. 7 sobre los derechos de las personas y deberes del Estado en relación con la salud que dice:

- a) Ser oportunamente informada sobre las alternativas de tratamiento, productos y servicios en los procesos relacionados con su salud, así como en usos, efectos, costos y calidad; a recibir consejería y asesoría de personal capacitado antes y después de los procedimientos establecidos en los protocolos médicos. Los integrantes de los pueblos indígenas, de ser el caso, serán informados en su lengua materna; h) Ejercer la autonomía de su voluntad a través del consentimiento por escrito y tomar decisiones respecto a su estado de salud y procedimientos de diagnóstico y tratamiento, salvo en los casos de urgencia, emergencia o riesgo para la vida de las personas y para la salud pública. (Registro Oficial Suplemento 423 de 22-dic.-2006)

5. Al analizar en conjunto la Ley Orgánica de Salud (Registro Oficial Suplemento 423 de 22-dic.-2006) y la Ley de Derechos y Amparo al Paciente (Registro Oficial Suplemento 626 de 03-feb.-1995), se concluye que el ordenamiento jurídico del Ecuador reconoce el derecho de los pacientes a ser informados previo tratamiento y el derecho a la autonomía de la voluntad que se manifiesta,

mediante el consentimiento informado por escrito. El requerimiento de que el consentimiento informado sea por escrito cumple con lo dispuesto por la OMS, analizado en párrafos anteriores y adquiere relevancia jurídica, porque al constar por escrito establece los derechos y obligaciones de las partes y constituye en sí mismo un elemento parte del contrato de prestación de servicios médicos, cuyo fin es ser prueba para las partes en caso de un conflicto (Orellana, s.f.).

Así mismo las características del consentimiento informado que de forma general son:

- a. **Expreso:** El consentimiento se expresa, de forma general, a través de un documento por escrito, que aplica para todos los casos de investigación científica, diagnóstico, tratamiento y procedimiento médicos, porque constituye prueba dentro de un proceso, es por esto que en algunas leyes extranjeras como la Ley 26.862 de Argentina se establece que el consentimiento debe ser protocolizado ante un notario público o funcionario público del Registro de Estado civil. En otras legislaciones no es necesario que se protocolice, porque es suficiente con que sea un documento privado como es el caso del Ecuador (García C. M., s.f.).

En el caso de tratamientos médicos dependerá de la incidencia del tratamiento, ya que para los exámenes médicos no necesariamente se otorga por escrito se lo hace de forma verbal. De forma general la revocación es posible en cualquier momento sin que exista algún tipo de sanción.

Las excepciones al consentimiento informado son (García C. M., s.f.):

- i) Si la persona es considerada un riesgo para la sociedad, porque posee alguna enfermedad mental o física que afecte a la sociedad o a la salud pública.
 - ii) Peligro inmediato para la integridad física o psíquica, que aplica al caso de las emergencias médicas.
 - iii) Incapacidad legalmente reconocida, que dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano puede ser: ser absoluta (impúberes, dementes y sordos que no pueden darse a entender por ninguna forma de lenguaje) o relativa (menores adultos, interdictos y personas jurídicas) para lo cual se necesita el consentimiento del representante legal.
 - iv) A esto también se le suman: las creencias religiosas o ideológicas del paciente, quien puede reusarse a que se aplique el tratamiento médico, un ejemplo es el caso de los testigos de jehová y los mormones.
-
- b. **Escrito:** El consentimiento informado es un documento legal, que constituye prueba dentro del proceso penal, es por eso que debe constar por escrito para que a diferencia de un consentimiento verbal no exista duda sobre el contenido. Todo consentimiento informado debe ser transcrito en el idioma del paciente con un lenguaje común y no técnico para su comprensión y debe contener: en primer lugar, la información necesaria sobre el centro médico y la designación del médico encargado; en segundo lugar, la fecha de suscripción del consentimiento; en tercer lugar, la información sobre

la evaluación previa y el diagnóstico emitido por un médico profesional; en cuarto lugar, la información sobre el tratamiento: el objeto, procedimiento, beneficios, riesgos, complicaciones; en quinto lugar, los derechos y responsabilidades del paciente; en sexto lugar, las obligaciones del Centro médico; y finalmente el consentimiento escrito debe de estar acompañado por la confidencialidad sobre la información (Orellana, s.f.).

- c. **Previo:** Esto quiere decir, que antes de realizar el tratamiento médico, de esta forma se permite a la persona analizar la información y tomar una decisión. Se aplica lo dispuesto por la OMS en las pautas de buenas prácticas clínica de 1993 referente a la comprensión del consentimiento informado (Orellana, s.f.).
- d. **Continuo:** La información proporcionada por parte del médico debe ser de forma constante, en caso de ser necesario la modificación del consentimiento conforme el avance en el tratamiento y el pronóstico, es deber del médico informar sobre nuevos riesgos, efectos secundarios y alternativas al tratamiento, que se vayan suscitando durante el tratamiento o procedimiento (Orellana, s.f.).
- e. **Revocable:** El consentimiento informado podrá ser revocado por los usuarios en cualquier momento, aunque es recomendable hacerlo con anticipación al tratamiento para proteger la integridad personal y se debe notificar de forma escrita (Orellana, s.f.).

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la Constitución Política de la República del Ecuador (Registro Oficial 449 de 20-oct-2008) no hace una referencia específica al consentimiento informado, pero en la Ley Orgánica de la Salud (Registro Oficial Suplemento 423 de 22-dic.-2006), y en el Código de Ética Médica del Ecuador (Registro Oficial 5 de 17-ago.-1992) se puntualiza de forma clara el consentimiento informado (García C. M., s.f.).

La Ley Orgánica de Salud establece que:

Art. 7.- Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos: e) Ser oportunamente informada sobre las alternativas de tratamiento, productos y servicios en los procesos relacionados con su salud, así como en usos, efectos, costos y calidad; a recibir consejería y asesoría de personal capacitado antes y después de los procedimientos establecidos en los protocolos médicos. Los integrantes de los pueblos indígenas, de ser el caso, serán informados en su lengua materna; (Registro Oficial Suplemento 423 de 22-dic.-2006)

El Código de Ética Médica del Ecuador estima que:

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

Art. 16.- Igualmente, los casos que sean sometidos a procedimientos de diagnóstico o de terapéutica que signifiquen riesgo, a juicio del médico tratante, deben tener la autorización del paciente, de su representante o de sus familiares. También lo hará en caso de usar técnicas o drogas nuevas a falta de otros recursos debidamente probados como medios terapéuticos y salvaguardando la vida e integridad del paciente. (Registro Oficial 5 de 17-ago.-1992)

Importa y por muchas razones, hacer una pequeña reflexión la cual alude a que dentro del Código Civil Ecuatoriano (Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005) no se hace ninguna referencia a la forma de los contratos en el área médica y es obligación de los assembleístas, revisar las legislaciones de otros países, para actualizar la legislación médica del Ecuador que debe quedar claramente establecida, a fin de que los pacientes tengan seguridad jurídica en la atención médica y que también los médicos trabajen en un ambiente de confianza, que evite que la práctica de la medicina se vuelva defensiva, como sucede, por ejemplo, en Estados Unidos y España, donde el excesivo número de demandas a los profesionales, por supuestas malas prácticas médicas, ha llevado al retiro de prestigiosos profesionales.

b. Deberes de conducta o secundarios

Forman parte de la *lex artis* o diligencia propia de la profesión médica, constituyendo en su conjunto el modelo con el que deberá ser comparado el actuar del médico a efectos de establecer su culpa o negligencia. Dentro de estos deberes secundarios de conducta pueden destacarse: el deber de guardar secreto médico; el deber de reducir los riesgos a que somete al paciente; el deber de realizar las prácticas necesarias para mantener la vida del paciente; el deber progresivo de continuar con el tratamiento iniciado; el deber de diligenciar y conservar la historia clínica, entre otros (Parra Sepúlveda, 2014).

Dentro de esta perspectiva, se presentan estos deberes complementarios del compromiso primario asumido por el galeno, los cuales marchan a la par con los deberes secundarios de conducta que no por su denominación de secundaria deben ser relativizados, al contrario, cabe destacar su relevancia funcional y orgánica. Muchos de ellos, según se tendrá la ocasión de puntualizar, son la conclusión de una normativa “legal” o “deontológica” al respecto, y otros constituyen una derivación o ramificación del deber general de asistencia médica ya referenciado (Parra Sepúlveda, 2014).

i. El secreto profesional

Como lo ha manifestado la tratadista francesa Mayaud (2001), el secreto profesional tiene una gran dimensión ya que va a configurar un elemento esencial de la relación médico-paciente, puesto que sin él, la confianza del paciente hacia el galeno no existiría o se vería menoscabada.

El secreto profesional no tiene un carácter absoluto; este deber admite diversos límites, los cuales apuntan principalmente a la concurrencia de circunstancias especiales. Así, entre otros motivos que limitarían este deber de secreto se encontrarían la protección de terceros o de la comunidad, el interés de la justicia o el avance de la ciencia, circunstancias que podrían justificar la revelación de los secretos conocidos por el profesional de la salud.

ii. El deber de continuar con el tratamiento indicado

El principio rector que rige en este punto es que el profesional de la salud, una vez iniciado el tratamiento respectivo, deberá asistir a su paciente con todos sus cuidados mientras éste continúe, no dejándole en ningún momento abandonado. Lo que a primera vista puede resultar una obviedad, en la práctica presenta una serie de dificultades que hacen necesarias algunas puntualizaciones al respecto (Parra Sepúlveda, 2014).

Esto quiere decir que, para determinar con mayor exactitud los límites del deber que ha de recaer sobre el médico, se ha de diferenciar si la intervención de éste, fue producto de una urgencia, si es necesaria y obligada, o deriva de un contrato de asistencia médica celebrado con anterioridad entre el paciente y el médico o entre el paciente y la clínica u Hospital en que el médico trabaja.

En el supuesto de que, si la intervención del médico se produce como consecuencia de un contrato de asistencia médica, la relación contractual habida entre médico y paciente podrá siempre poner fin al contrato/relación contractual a instancia de cualquiera de las partes, pero considerando las posibles repercusiones sobre la salud del paciente la resolución del pacto a instancias del médico ha de requerir condiciones más fuertes que las exigidas para la resolución por parte del paciente. De esta forma el médico podría poner término a su compromiso: a) debido a un incumplimiento por parte del paciente de sus deberes; b) fundado en desconfianza por parte del paciente hacia su tratamiento; c) producto de otros motivos graves. Pero siempre deberá tener en cuenta que no debe dejar abandonado al paciente (Parra Sepúlveda, 2014).

Cabe agregar, que esta exigencia de no dejar abandonado al paciente implicará para el profesional de la salud una serie de preocupaciones que apuntan a minimizar los riesgos de fracaso del tratamiento ya iniciado. En efecto, en tal circunstancia caso en que el profesional de la salud decida resolver el contrato de asistencia médica o en el evento en que deba ausentarse por un tiempo, además de notificarle su determinación al paciente con la debida antelación, deberá procurar y aconsejarle a éste las mejores alternativas de reemplazo, sirviendo para ello de nexo entre el paciente y el nuevo médico tratante e informando a este último sobre todos los aspectos pertinentes asegurándose que tratamiento pueda proseguir sin dificultad. En otras palabras, lo que le será exigible al médico es no deshacerse del tratamiento hasta que un nuevo colega se haya encargado del mismo, a no ser que fuera el propio paciente el que decida interrumpirlo o por culpa de éste no se busque ningún otro médico.

1.1.2. Acto médico de diagnóstico:

En segundo lugar, el tema que le compete a esta investigación son los actos médicos de diagnóstico, una vez repasado el concepto, la importancia y trascendencia del acto médico, es necesario enfocarse en la figura del diagnóstico y sus componentes.

Se define a diagnóstico como el arte de identificar una enfermedad a través de los signos y síntomas que el paciente presenta (Rodríguez Rivera, 1999). La palabra proviene del griego *he diagnostike tekhnē* (arte de distinguir o identificar enfermedades), expresión que se formó a partir del verbo *diagignoskein* ‘distinguir’, ‘discernir’, ‘discriminar’, mezclado por el prefijo *dia* ‘a través’ (como en diáfano) y *gignoskein* ‘conocer’. Este verbo griego proviene de la raíz indoeuropea *gno*, que también dio origen al latín *cognoscere* (conocer) (Moreno R. , 2001).

Según el autor Laín Entralgo (1982), “diagnóstico médico es el conocimiento técnico, y por lo tanto operativo, del estado de salud en que ocasional o habitualmente se encuentra un individuo humano; si tal estado es la sanidad⁵, para conservarlo o mejorarlo, y si es la enfermedad, para descubrir la índole y la estructura de esta o intentar curarla” (Laín Entralgo, 1982, pp. 1-332).

De igual forma el diagnóstico⁶ es una de las labores fundamentales de los médicos y la base para un tratamiento eficaz (Moreno R. , 2001). El diagnóstico constituye un medio indispensable para establecer el tratamiento adecuado. Hay autores como Moreno Rodríguez (2001) que lo señalan como la parte más importante del trabajo médico, pero a pesar de eso conlleva muchas dificultades cuando se explica y se enseña cómo realizarlo.

Estas dificultades se presentan a través de la premisa de que la medicina a diferencia de las matemáticas no es una ciencia exacta, esto no significa que hay que discriminar el factor de que el diagnóstico debe basarse en el análisis de datos seguros (Guzmán Mora, 2002, p. 24). Ya que el razonamiento que realiza el médico solo será válido cuando descansa sobre nociones exactas y hechos precisos, pero cuando no se cumplen estos principios los resultados siempre serán erróneos e incurrirá en errores que muchas veces serán susceptibles de responsabilidad penal (error de diagnóstico que provoca mala práctica médica). La validez de una deducción depende de la calidad de las observaciones en que ella se basa y en los tipos de métodos que se utiliza para realizar un diagnóstico (Moreno Rodríguez, 2000, pp. 106-114).

El diagnóstico corresponde a la exactitud (Laín Entralgo, 1982) . La impresión diagnóstica depende de la precisión⁷; no basta un solo criterio, son juicios varios los que determinan la llegada a

⁵ Estado del ser vivo que está sano o disfruta de buena salud (Worlreference.com, 2018.párr.1).

⁶ La doctrina no es unánime en cuanto al concepto de diagnóstico; así el profesor Fernández Costales sostiene que... diagnóstico consiste en identificar y designar la afección que sufre un paciente convirtiéndose, sin duda, en el elemento determinante del acto médico...” (Fernández Costales, p. 114). Reuniendo en un mismo concepto los puntos focales en los cuales han aportado los diferentes autores, podría afirmarse, que el diagnóstico es la etapa encaminada a establecer el cuadro clínico del enfermo en particular la naturaleza y tipología de la enfermedad o la razón de la problemática que lo aqueja.

⁷ La fase del *diagnosis* implica, *recta vía*, la aplicación de una serie de conocimientos científicos con el propósito de esclarecer la *ratio* que subyace de la patología que aqueja al paciente, según sea el caso; se trata entonces de un ejercicio inductivo en el que el profesional valora ciertos signos y síntomas característicos-provenientes del examen físico, biológico o científico-que, a la luz de su conocimiento profesional y de una interpretación o lectura conjunta de los mismos (integración), lo conduce a la formulación de una hipótesis de trabajo para el asunto en particular; esa hipótesis, en rigor, es el diagnóstico y, como tal, se halla sujeto a comprobación, confirmación o reevaluación ulterior, toda vez que no es absoluta, inamovible o pétreo (Jaramillo J., 2014, p. 64)

una impresión diagnóstica, lo más cercana posible a la exactitud de un diagnóstico (Laín Entralgo, 1982). Lo ideal sería llegar a un diagnóstico puntual en el primer intento de aproximación a la verdadera anomalía que afecta al paciente.

Dentro del mismo tema, otro punto importante a tratar dentro de esta disertación son los elementos dentro de los cuales se apoya el diagnóstico médico los cuales se van a tratar a continuación.

1.2. Elementos en los cuales se apoya el diagnóstico médico.

1.2.1. Relación médico- paciente

Uno de los elementos pilares en los cuales se apoya el diagnóstico es la relación entre el médico y el paciente, siendo ésta interacción dentro de las relaciones humanas, la relación médico-paciente una de las más complejas e intensas, ya que tanto médico como paciente dependen mutuamente del saber del otro; es decir, de su deseo de sanar y de su compromiso en el proceso terapéutico. Es una interacción que tiene su origen en el quehacer clínico y constituye el núcleo fundamental de la medicina.

Jorge Cárdenas Arévalo la define como:

Piedra angular de la práctica médica, la relación Médico - Paciente es la capacidad, habilidad y arte del médico para la interacción y establecer el diálogo con su paciente, para obtener la información y la exploración física, el consentimiento del que depende en gran parte el éxito terapéutico, la relación médico - paciente es la forma específica de asistencia y ayuda con características de motivación y técnicas Interhumanas, ya que el paciente es un ser humano que espera que el médico se ocupe del hombre en su totalidad, son relaciones interpersonales, importantes para la práctica médica e imprescindibles en la formación integral del médico (Cárdenas, 2017).

Este vínculo ha sido conceptualizado desde el punto de vista jurídico como un contrato, generalmente no escrito, sustentado entre personas autónomas, que son libres de iniciar o romper esta relación en la medida en que el paciente no sea abandonado. Sin embargo, hay que entender que esta relación, más que legal se basa en la ética y en la deontología, y que constituye el elemento fundamental del diagnóstico, ya que es de esta relación de donde el médico se empapa de toda la información de su paciente (Guzmán Mora, 2002).

El vínculo entre médico y paciente empieza de manera verbal, bajo forma de información al paciente sobre lo que puede y debe hacerse. Durante muchos siglos la medicina ha sido silenciosa; en los últimos años, el médico ha empezado a ser consciente de que el primer deber de la beneficencia es la información. Relacionado con ello está el derecho del enfermo a la decisión o consentimiento informado, de ahí que él mismo sea el nuevo rostro de la relación médico-paciente (Coronado, 2003).

Consecuentemente a lo anterior, hay que tener presente que tanto los médicos como los pacientes se encuentran hoy en condiciones cualitativamente nuevas que tienden a favorecer una

relación médico-paciente impersonal, ya que existe una tendencia a priorizar la habilidad técnica, relegando a un segundo plano el conocimiento del hombre, la falta de tiempo a consecuencia del exceso de trabajo y el acelerado ritmo de la vida moderna, la inquietante tendencia de muchos enfermos a solicitar que se les indiquen diferentes pruebas, el creciente aumento de la automedicación, la falta de continuidad y privacidad en el contacto, la interferencia del trabajo burocrático y la presión de los fríos datos estadísticos (Coronado, 2003).

La relación impersonal que se tiene hoy en día entre médico y paciente conjuntamente con el desarrollo de los medios de diagnóstico tecnológicos, en muchas ocasiones, sustituye a los medios tradicionales e interfiere en una relación médico-paciente adecuada. El volumen creciente de información exige más tiempo para su análisis, lo que suele hacerse a expensas del tiempo de conversación con el paciente (Coronado, 2003).

La atención del médico se tiene que basar en muchos datos y la especialización induce a algunos galenos a dirigir su interés hacia un determinado sistema de órganos o incluso, a uno solo, lo que inevitablemente los aparta de considerar al enfermo como un todo en el sistema de sus particularidades biológicas, sociales y psicológicas. El descuido de la observación personal y la valoración no crítica de los datos de laboratorio, pueden desviar al médico del pensamiento clínico. De esta forma, al intentar alejarse del subjetivismo, el médico se acerca a la absolutización de los medios técnicos (Coronado, 2003).

El elemento fundamental para una buena relación entre médico y paciente es la confianza, principalmente la confianza en el médico que el paciente escogió (Cárdenas, 2017). En la medicina actual hay elementos que no estimulan la confianza. En la medicina institucional el paciente va con el médico que la organización señala, mismo que frecuentemente cambia en el curso del tratamiento; el paciente no va con su médico de cabecera. En la medicina privada sucede algo semejante: el médico es asignado por la compañía de seguros o por el hospital que escoge al que acepta su tabulador (Cárdenas, 2017).

Recapitulando lo postulado, lo importante es no perder de vista el hecho de que antes de ser ayuda técnica y actividades diagnóstica y terapéutica como lo explicaba Jorge Cárdenas (2017), la relación médico paciente se debe de articular en dos momentos: la confianza del paciente en la medicina y la confianza en el propio médico que lo va a atender. En este sentido, el punto esencial sigue siendo, a pesar del desarrollo científico-tecnológico, la capacidad del médico para hacer contacto con el enfermo y su familia y hacerlos sentir cerca de él a fin de llegar al diagnóstico y tratamiento adecuados (Cárdenas, 2017).

1.2.2. La anamnesis o interrogatorio

Otro elemento fundamental dentro del diagnóstico es la anamnesis, que constituye el interrogatorio inicial que hace el médico al paciente.

Al respecto, la literatura médica señala varios de los elementos de un buen interrogatorio, entre los que se puede citar:

“permitir que el paciente se exprese libre y espontáneamente, describir correctamente el motivo de consulta o queja principal, definir todos los síntomas de la enfermedad actual, obtener la mayor semiografía (descripción de los mismos), las condiciones de aparición de los síntomas y el modo de comienzo, ordenarlos cronológicamente, la duración total del cuadro clínico, la evolución de los síntomas en el tiempo, el tratamiento que ha recibido, el estado actual de los síntomas en el momento que se lo atiende, explorar el entorno psicosocial del paciente, así como también la relación de los síntomas con situaciones familiares, afectivas, aspiraciones, etcétera” (Moreno R. M., 2000).

1.2.3. Síntomas y signos

Los síntomas y los signos son la parte esencial del diagnóstico ya que forman la causa por la cual el paciente se presenta a la consulta médica.

Por su parte, los síntomas son “las experiencias subjetivas negativas físicas que refiere el paciente, recogidas por el médico en la anamnesis durante la entrevista clínica, con un lenguaje médico, es decir comprensible para todos los médicos” (Caro, 2017).

Por otra parte, los signos, son “los hallazgos objetivos que detecta el médico observando al paciente”. Por ejemplo: La taquipnea⁸ a más 30 respiraciones por minuto (Caro, 2017).

1.2.4. El examen físico

Este elemento complementa al interrogatorio (anamnesis), los signos físicos son marcas objetivas y verificables de la enfermedad y representan hechos sólidos e indiscutibles. Su significado es mayor cuando confirman un cambio funcional o estructural ya sugerido por la anamnesis. Su valor en el diagnóstico ha sido ratificado por numerosos estudios (Selman-Houssein, 2003, pp. 10-26).

Haciendo énfasis en lo más importante, los principios de un buen examen físico son: tener un orden del conjunto y de los diferentes síntomas⁹ (si el procedimiento del examen no es sistemático es fácil omitir detalles), respetar el pudor del paciente, su privacidad, y concentrarse en el examen de cada cosa por separado, no todo al mismo tiempo (Selman-Houssein, 2003).

Los médicos coinciden en que es importante efectuar bien cada maniobra dentro del examen físico, y que es dentro de este elemento donde el interrogatorio debe guiar al examen físico, y cuando ya se tiene una sospecha diagnóstica, buscar todos los datos físicos que pueda producir dicha enfermedad. Además, dentro de la exploración física debe hacerse una descripción minuciosa de cada

⁸ La taquipnea consiste en un aumento de la frecuencia respiratoria por encima de los valores normales (20 inspiraciones por minuto) (MedicineNet.com, s.f.).

⁹ Un síntoma es la referencia subjetiva que da un enfermo de la percepción que reconoce como anómala o causada por un estado patológico o una enfermedad, a diferencia de un signo, que es un dato "objetivo", observable por parte del especialista (Vera Carrasco, 2013).

signo encontrado, definir con claridad cuando el signo es equívoco o dudoso y consignarlo así (Selman-Houssein, 2003).

De allí, pues que los médicos no se cansan de repetir la importancia que tiene la descripción minuciosa de cada signo encontrado, pues, no es lo mismo decir que el paciente tiene un soplo en foco mitral¹⁰, que describir las características de ese soplo que nos pueden llevar de la mano al diagnóstico de una estenosis¹¹ o una insuficiencia mitral¹² (Selman-Houssein, 2003).

Adicionalmente con lo explicado, otro principio esencial es que el examen físico no debe ser neutro, sino estar guiado por la anamnesis; es decir, deben de ir en conjunto (Selman-Houssein, 2003). Lo que no se busca no se encuentra, el que no sabe lo que busca no entiende lo que encuentra. No es solamente la técnica la que determina el éxito para detectar signos, sino una mente preparada para percatarse de ello. Se debe recordar también que la historia clínica más que una lista ordenada de síntomas y signos es una síntesis de hechos y observaciones (Moreno R. M., 2000).

1.2.5. Asociación de los síntomas y signos

En relación con el punto anterior, los médicos tratan de agrupar los síntomas y signos para realizar el ejercicio diagnóstico, para ello construyen determinadas asociaciones: tríadas¹³, tétradas¹⁴, y sobre todo, síndromes.

A medida que los médicos agrupan más síntomas y signos tendrán que considerar menos enfermedades como causas del problema que presenta el paciente y su valor orientador será mayor. Por ejemplo: bocio¹⁵, temblor, taquicardia¹⁶ y exoftalmo¹⁷ equivalen a hipertiroidismo¹⁸; así como

¹⁰ Un soplo es un ruido silbante, chirriante o áspero que se escucha durante un latido cardíaco. El ruido es ocasionado por un flujo sanguíneo turbulento (desigual) a través de las válvulas cardíacas o cerca del corazón (MedicineNet.com, s.f.).

¹¹ La estenosis mitral o estenosis de la válvula mitral es una valvulopatía (cardiopatía valvular) caracterizada por el estrechamiento anormal del orificio de la válvula mitral del corazón (MedicineNet.com, s.f.).

¹² La insuficiencia mitral, también conocida como regurgitación mitral, es un trastorno de la válvula mitral del corazón, caracterizado por reflujo de sangre desde el ventrículo izquierdo a la aurícula izquierda durante la sístole (MedicineNet.com, s.f.).

¹³ Las tríadas son un conjunto de signos y síntomas que permiten sospechar la existencia de una o varias entidades clínicas, siendo a su vez una demostración del pensamiento asociativo. Se han descrito en la medicina alrededor de doscientas (MedicineNet.com, s.f.).

¹⁴ Conjunto de cuatro cosas iguales o muy relacionadas entre sí (MedicineNet.com, s.f.).

¹⁵ Tumefacción de la glándula tiroides que origina una prominencia o un aumento de tamaño de la parte anterior e inferior del cuello (MedicineNet.com, s.f.).

¹⁶ Velocidad excesiva del ritmo de los latidos del corazón (MedicineNet.com, s.f.).

¹⁷ Prominencia exagerada del globo ocular que puede ser constitucional o síntoma de una enfermedad del tiroides (MedicineNet.com, s.f.).

¹⁸ Enfermedad que se caracteriza por el aumento de la actividad funcional de la glándula tiroides y el exceso de secreción de hormonas tiroideas; provoca bocio, hiperactividad, taquicardia y ojos saltones, entre otros síntomas (MedicineNet.com, s.f.).

poliuria¹⁹, polidipsia²⁰, polifagia²¹ y pérdida de peso a la diabetes mellitus²². Cada uno de estos síntomas y signos por separado obedecen a múltiples causas, de ahí la importancia de agruparlos (Moreno R. , 2001).

Así pues, se debe también señalar que hay síntomas y signos, que debido a su elevada sensibilidad o especificidad para una enfermedad, o su relación estrecha con su fisiopatología²³, tienen un mayor peso en el diagnóstico que la suma de otros síntomas o signos menos importantes (Moreno R. , 2001).

1.2.6. Síndrome

Según Collins Harper (sf.) un síndrome es “un conjunto de síntomas y signos que aparecen a la vez con una regularidad razonable” (p.883).

Un síndrome es” un conjunto de síntomas y signos que de modo frecuente se encuentran asociados, que se relacionan entre sí por medio de una particularidad anatómica, fisiológica o bioquímica, pero que pueden corresponder a etiologías diferentes” (Laín Entralgo, 1982).

Cuando se construye un síndrome se debe agrupar en él la mayor cantidad de síntomas y signos que presente el paciente. Por ejemplo: Si se observa un enfermo con disnea²⁴ de esfuerzo, taquicardia²⁵, crepitante en las bases pulmonares²⁶, ingurgitación yugular²⁷, hepatomegalia²⁸ y edemas²⁹ en miembros inferiores, se debe plantear un síndrome respiratorio, cardiovascular³⁰,

¹⁹ Excreción muy abundante de orina (MedicineNet.com, s.f.).

²⁰ Necesidad exagerada y urgente de beber, que suele ser patológica y acompaña a enfermedades como la diabetes (MedicineNet.com, s.f.).

²¹ Sensación imperiosa e incontrolable de hambre que se presenta en determinadas enfermedades (MedicineNet.com, s.f.).

²² Se tiene diabetes mellitus cuando hay demasiada azúcar circulando en su corriente sanguínea. El azúcar, también conocido como glucosa, es un combustible importante y necesario para nuestros cuerpos. Tan necesario, que tanto el hígado como los riñones la producen naturalmente; sin embargo, se obtiene la mayor parte del azúcar de las comidas que se come (MedicineNet.com, s.f.).

²³ La fisiopatología es el estudio de las enfermedades, físico y químico que tienen lugar en los organismos vivos durante la realización de sus funciones vitales. Estudia los mecanismos de producción de las enfermedades en relación a los niveles máximos molecular, subcelular, celular, tisular, orgánico y anatómico (MedicineNet.com, s.f.).

²⁴ La disnea es una dificultad respiratoria que se suele traducir en falta de aire. Deriva en una sensación subjetiva de malestar que frecuentemente se origina en una respiración deficiente, englobando sensaciones cualitativas distintas variables en intensidad (MedicineNet.com, s.f.).

²⁵ Velocidad excesiva del ritmo de los latidos del corazón (MedicineNet.com, s.f.).

²⁶ La insuficiencia cardíaca congestiva (ICC) se presenta cuando el débil bombeo del corazón causa una acumulación de líquido llamada «congestión» en los pulmones y otros tejidos del cuerpo.

²⁷ La ingurgitación yugular corresponde a la hinchazón de la vena yugular externa derecha (MedicineNet.com, s.f.).

²⁸ La hepatomegalia es un aumento patológico del tamaño del hígado. Puede ser originada por diversas enfermedades. Hay que diferenciar este término respecto de "hipertrofia hepática", que es el aumento de tamaño del hígado pero solo a expensas de los componentes normales del órgano (MedicineNet.com, s.f.).

²⁹ Edema significa hinchazón causada por la acumulación de líquido en los tejidos del cuerpo (MedicineNet.com, s.f.).

³⁰ El término cardiovascular se refiere al corazón (cardio) y a los vasos sanguíneos (vascular) (MedicineNet.com, s.f.).

tumoral³¹; sino un síndrome de insuficiencia cardíaca congestiva que los engloba a todos (Laín Entralgo, 1982).

Estos elementos que conforman al diagnóstico en sí, constituyen la primera etapa de la actividad curativa, es aquí donde el médico debe de agotar en la medida de lo posible el conjunto de pruebas que lo lleven a un diagnóstico acertado. Tomar esta actividad a la ligera, olvidando las prácticas elementales, implicaría un diagnóstico equivocado y por consiguiente un tratamiento basado en un diagnóstico erróneo que traería resultados lesivos en la salud del paciente.

Para concluir este punto, un diagnóstico certero depende de estos elementos para un tratamiento³² adecuado; si el médico en el desarrollo de su hipótesis no acierta en su *diagnosis*, ya sea porque no interpretó adecuadamente los hechos, o porque se enfrenta con casos difíciles que abundan en el campo de la medicina, es probable que el tratamiento no logre el resultado alguno y que no logre satisfacer las necesidades del paciente. Un buen diagnóstico debería conducir necesariamente a una buena terapéutica, pero puede conducir a una terapéutica mala.

En otras palabras, el yerro del diagnóstico no siempre equivale a culpa o a negligencia como se verá en el capítulo II, por cuanto no en todos los casos un error en el diagnóstico obedece a una conducta negligente o culpable por parte del médico.

1.3. Tipos de diagnóstico

Debido a que dentro de esta investigación se analizará la responsabilidad del médico sobrevenida de los actos médicos de diagnóstico es indispensable conocer los tipos de diagnóstico para que posteriormente se pueda discernir cuáles de ellos estarían sujetos a punibilidad y cuáles no según el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

A continuación se analizará cada uno de ellos:

1.3.1. Diagnóstico por comparación

En este tipo de diagnóstico, el médico une todos los síntomas y signos del paciente construyendo un síndrome, se investiga todas las enfermedades en que este se pueda presentar (sus causas), y se hace el diagnóstico comparando el cuadro clínico que presenta el paciente con el de estas enfermedades: qué tiene o qué no tiene de una o de otra, cuáles son las diferencias y semejanzas con cada afección, a cuál se parece más el cuadro del paciente y a cuáles menos (Bauer, 1958).

³¹ Un tumor es cualquier alteración de los tejidos que produzca un aumento de volumen. Es un agrandamiento anormal de una parte del cuerpo que aparece, por lo tanto, hinchada o distendida. El tumor, junto con el rubor, el dolor y el calor, forman la tetrada clásica de los síntomas y signos de la inflamación (MedicineNet.com, s.f.).

³² Otra parte integrante del *iter médico* es el tratamiento. Su propósito es el de erradicar, controlar, atenuar, mitigar la enfermedad o enfermedades padecidas por el paciente, hasta donde ello sea viable. Es el producto de una serie de medidas que, según el diagnóstico realizado por el médico, tiende a conjurar la génesis de los padecimientos que aquejan al paciente (Jaramillo J., 2014, p. 70).

Por otra parte, es conveniente señalar que el paciente aunque tenga una enfermedad no precisa tener todos los síntomas y signos de la afección, y que otras enfermedades pueden tener síntomas y signos similares a los del paciente. El diagnóstico se realiza por la mayor similitud del cuadro clínico del paciente con el descrito para determinada enfermedad. El diagnóstico adquiere una mayor fuerza cuando se excluye la posibilidad de cualquier otra enfermedad (diagnóstico diferencial), basado en las diferencias del caso del paciente y todos los otros casos posibles (Bauer, 1958).

En último lugar, el diagnóstico por comparación es el que más se ha usado en la práctica médica tradicional. La comparación del cuadro clínico del paciente, con el descrito para la enfermedad analizada en los libros de texto o el que el médico recuerda de otros pacientes similares, está siempre presente en el ejercicio del diagnóstico.

1.3.2. Diagnóstico por intuición

Este tipo diagnóstico se realiza por el reconocimiento de patrones (Laín Entralgo, 1982). Generalmente se hace en pacientes que tienen facies³³, manos, voz, características de la piel, o cualquier otro elemento que pueda identificarse por la observación externa del caso y que sea específico de una enfermedad (Laín Entralgo, 1982).

Dentro de este ejercicio intelectual incurre la experiencia previa del médico (haber visto antes otro caso), el discernimiento, la capacidad de asociación y la de vincular lo que se ve con lo que se ha visto antes, son requisitos para realizar este diagnóstico. Cabe considerar, por otra parte que aunque resulte muy gratificante para el médico que realiza este tipo de diagnóstico, es raro en la práctica clínica ya que es susceptible de un gran margen de error ya que no es cien por ciento efectivo (Moreno R. , 2001) . Ejemplos de este diagnóstico son: casos de acromegalia³⁴, hiper³⁵ o hipotiroidismo³⁶, síndrome de Cushing³⁷, enfermedad de Parkinson³⁸, etc., en los que se puede identificar la afección en cuanto se observa al paciente y sus síntomas y signos.

³³ Aspecto del rostro de una persona (estudiantesdemedicina.com, 2018.párr.1).

³⁴ Es una afección en la cual hay demasiada hormona del crecimiento (HC) en el cuerpo (MedicineNet.com, s.f.).

³⁵ Enfermedad que se caracteriza por el aumento de la actividad funcional de la glándula tiroidea y el exceso de secreción de hormonas tiroideas; provoca bocio, hiperactividad, taquicardia y ojos saltones, entre otros síntomas (MedicineNet.com, s.f.).

³⁶ Enfermedad que se caracteriza por la disminución de la actividad funcional de la glándula tiroidea y el descenso de secreción de hormonas tiroideas; provoca disminución del metabolismo basal, cansancio, sensibilidad al frío y, en la mujer, alteraciones menstruales (MedicineNet.com, s.f.).

³⁷ Es un trastorno que ocurre cuando el cuerpo tiene un nivel alto de la hormona cortisol (MedicineNet.com, s.f.).

³⁸ La enfermedad de Parkinson es un tipo de trastorno del movimiento. Ocurre cuando las células nerviosas (neuronas) no producen suficiente cantidad de una sustancia química importante en el cerebro conocido como dopamina. Algunos casos son genéticos pero la mayoría no parece darse entre miembros de una misma familia (MedicineNet.com, s.f.).

1.3.3. Diagnóstico por hipótesis o terapéutico de Hufeland

Cabe agregar, que no existe un diagnóstico firme y aunque se quisiera tampoco existe un diagnóstico exacto, puesto que la medicina no es una ciencia exacta, es por eso que dentro del diagnóstico muchas veces se hace uso de una hipótesis que habrá de ser confirmada o no por el curso ulterior de la enfermedad o la acción del tratamiento impuesto. Aunque condenado por la clínica clásica, en la atención primaria donde se observa que en muchos problemas que presentan los pacientes, nunca se llega a un diagnóstico definitivo o son auto limitados tienen importancia, y muchas veces hay que utilizar el tiempo como recurso diagnóstico, siempre y cuando se hayan descartado los procesos graves o aquellos en que una demora en el diagnóstico pueda tener consecuencias desfavorables para el paciente (Díaz Novás, Fernández Sacasas & Guerrero Figueredo, 1993). Recordar la máxima de Kloeitzal: “En los pacientes ambulatorios, aguardar la evolución del cuadro, bajo una observación estrecha puede ser vista como una prueba diagnóstica” (Díaz Novás et al., 1993).

Kassirer y Kopelman consideran 3 formas de razonamiento diagnóstico para la elaboración de las diferentes hipótesis diagnósticas (Díaz Novás et al., 1993)

1.3.3.1. Diagnóstico probabilístico

Este tipo de diagnóstico está basado en la prevalencia de la enfermedad considerada en una población dada, en una edad, sexo o raza, o en la frecuencia de asociación de determinados signos y síntomas con dicha afección. Este tipo de razonamiento se utiliza mucho en Medicina, y sobre todo, en la atención primaria (Díaz Novás et al., 1993).

Un ejemplo de diagnóstico probabilístico es el de un íctero³⁹ en un paciente de 18 años y en uno de una edad de 70, pues en cada caso las probabilidades diagnósticas son diferentes, debido a la distinta frecuencia de las causas de ictericia en las diversas edades (Díaz Novás et al., 1993).

³⁹ El íctero de los griegos, la enfermedad regia de los latinos, la enfermedad irisada, el aurigo: es: *Un color preternatural de todo el cuerpo, preferentemente de la parte más externa de la piel, teñido de amarillo*. Por tanto, el color en el íctero debe presentarse más o menos amarillento, pues plugo a los médicos más antiguos llamar ictericos a los enfermos a quienes teñía un color amarillento por todo el cuerpo, especialmente en la parte más externa de la piel. Si bien es cierto que también se mezclan con el amarillo otros colores como el negro, el verde, el verde claro, es decir, virado a amarillo, plúmbeo, etc. aunque la presencia de esta enfermedad se demuestra por la amarillez; por eso no se da un íctero propiamente negro, sino que cuando el cuerpo se tiñe de color negruzco, hay que referirlo a la caquexia. El íctero es una síntoma en el afecto del cuerpo, y lo hemos explicado ampliamente en la Patología, donde establecimos que la enfermedad que produce este síntoma es la intemperies, no la que consiste en calor, sino la que a la vez en la sustancia viciada de las partes. Como por la segura corrupción de la debida temperie aumenta la bilis en el cuerpo más de lo establecido por la naturaleza, o el hígado no realiza su tarea de arrastrar y expulsar la bilis, es necesario que este humor excesivamente abundante llene el cuerpo entero y lo tiña de color amarillo. La parte afecta de esta enfermedad es el hígado unas veces, otras, sin vicio del hígado, todo el cuerpo; preferentemente acostumbran a estar afectadas la parte más externa de la piel, el estómago y los intestinos, como hemos expuesto en el pasaje citado de la Patología. Hay que decir que esta enfermedad, aunque en los comienzos puede presentarse con el hígado íntegro, con el paso del tiempo esta víscera puede viciarse por la conexión que tiene con la bilis por ley de la naturaleza- (MedicineNet.com, s.f.).

1.3.3.2. Diagnóstico causal

Este diagnóstico deriva su poder diagnóstico de la capacidad de explicar el cuadro clínico del paciente; utiliza relaciones fisiopatológicas⁴⁰ de causa a efecto entre datos, ya sean clínicos, humorales o de otro tipo; tiene un gran poder explicativo y se basa en conocimientos generados por las ciencias básicas de la Medicina (Díaz Novás et al., 1993).

Ejemplo: En el caso de una paciente de 50 años con poliuria⁴¹, polidipsia⁴², polifagia⁴³, pérdida de peso, astenia⁴⁴ y antecedentes de haber parido macro fetos⁴⁵, y que además en el examen físico encontramos una obesidad de tipo central, se puede hacer un ejercicio diagnóstico planteando una diabetes mellitus⁴⁶ y exponiendo que esa enfermedad explica todas las manifestaciones clínicas de la paciente (Díaz Novás et al., 1993).

1.3.3.3. Diagnóstico determinístico

Se aplican reglas establecidas en el proceso del diagnóstico, que es realizado analizando los elementos en conjunto como una regla: “En presencia de tales síntomas y signos, piensen en tal diagnóstico”. Es “una estrategia diagnóstica de reconocimiento inmediato de un patrón”. Así, por ejemplo, “si hay fiebre, soplo y esplenomegalia⁴⁷, el paciente debe tener una endocarditis infecciosa⁴⁸; si íctero⁴⁹, fiebre y dolor en hipocondrio⁵⁰ derecho, se pensará en una litiasis del

⁴⁰ La fisiopatología es el estudio de los procesos patológicos (enfermedades), físicos y químicos que tienen lugar en los organismos vivos durante la realización de sus funciones vitales. Estudia los mecanismos de producción de las enfermedades en relación a los niveles máximos molecular, subcelular, celular, tisular, orgánico y anatómico (Caro, 2017).

⁴¹ Excreción muy abundante de orina (Caro, 2017).

⁴² Necesidad exagerada y urgente de beber, que suele ser patológica y acompaña a enfermedades como la diabetes (Caro, 2017).

⁴³ Sensación imperiosa e incontenible de hambre que se presenta en determinadas enfermedades (Caro, 2017).

⁴⁴ Debilidad o fatiga general que dificulta o impide a una persona realizar tareas que en condiciones normales hace fácilmente (Caro, 2017).

⁴⁵ Bebés grandes (Caro, 2017).

⁴⁶ Es un conjunto de trastornos metabólicos, cuya característica común principal es la presencia de concentraciones elevadas de glucosa en la sangre de manera persistente o crónica, debido ya sea a un defecto en la producción de insulina, a una resistencia a la acción de ella para utilizar la glucosa, a un aumento en la producción de glucosa o a una combinación de estas causas. También se acompaña de anomalías en el metabolismo de los lípidos, proteínas, sales minerales y electrolitos (Caro, 2017).

⁴⁷ Es un bazo más grande de lo normal. El bazo es un órgano ubicado en la parte superior izquierda del abdomen (MedicineNet.com, s.f.).

⁴⁸ La endocarditis infecciosa es la inflamación del revestimiento interno de las válvulas y cavidades cardiacas (endocardio), producida por la infección por un microorganismo, generalmente bacterias, que crecen formando unas estructuras características conocidas como vegetaciones (MedicineNet.com, s.f.).

⁴⁹ La voz de origen griego, íctero (*ikteros*), significa "amarillo" (MedicineNet.com, s.f.).

⁵⁰ En anatomía, el hipocondrio es la región abdominal superior y lateral, a cada lado de la región epigástrica, sobre y debajo de las costillas falsas (MedicineNet.com, s.f.).

colédoco⁵¹; y ante cefaleas⁵², fiebre, alteraciones de la conciencia y rigidez de nuca, no se dudará nunca en plantear una meningoencefalitis⁵³". Lamentablemente este tipo de razonamiento no es útil para muchos de los casos que los médicos atienden, ni sirve para casos complejos o con varias enfermedades (Díaz Novás et al., 1993).

1.3.4. Método hipotético deductivo

A medida que los médicos adquieren más conocimientos y experiencias sobre las enfermedades, y malestares de los pacientes, el proceso del diagnóstico ocurre de manera diferente. Cuando se empieza a recoger la anamnesis, basado en la queja principal, el aspecto general del paciente, su sexo, su edad y su raza, además de alguna que otra información, el médico genera un concepto inicial (Díaz Novás et al., 1993).

Ejemplos de este diagnóstico serían: "mujer de 20 años, con malestar general, náuseas, astenia, anorexia y orinas oscuras"; "hombre de 60 años con dolor en punta de costado, fiebre, tos, expectoración y disnea".

En el primer caso, el médico se planteará una hipótesis inicial de hepatitis viral⁵⁴, mientras en el segundo, se pensarían las posibilidades de una neumonía bacteriana⁵⁵, el inicio neumónico de un cáncer del pulmón o una tuberculosis pulmonar.

Las hipótesis iniciales de los casos, son activadas por la información proveniente del paciente en interacción con la experiencia del médico en la atención de casos similares, y su conocimiento de los cuadros clínicos de las diversas enfermedades, que puedan manifestarse de forma semejante (Díaz Novás et al., 1993).

⁵¹ Es la presencia de por lo menos un cálculo biliar en el conducto colédoco. Dicho cálculo puede estar formado de pigmentos biliares o de sales de calcio y de colesterol (MedicineNet.com, s.f.).

⁵² El término cefalea hace referencia a los dolores y molestias localizadas en cualquier parte de la cabeza, en los diferentes tejidos de la cavidad craneana, en las estructuras que lo unen a la base del cráneo, los músculos y vasos sanguíneos que rodean el cuero cabelludo, cara y cuello (MedicineNet.com, s.f.).

⁵³ La meningoencefalitis es una enfermedad que recuerda simultáneamente ambas meningitis: por una infección o una inflamación de las meninges, y la encefalitis, que es una infección o una inflamación del cerebro (MedicineNet.com, s.f.).

⁵⁴ La hepatitis viral es una inflamación del hígado causada por uno de los cinco virus de la hepatitis (A, B, C, D y E). Los virus se transmiten por distintas vías: los de la hepatitis A y E, por alimentos y agua contaminados; el de la hepatitis B, a través de sangre no segura y otros líquidos orgánicos, y el de la hepatitis C, principalmente a través de sangre infectada. Por su parte, las infecciones por el virus de la hepatitis D solo ocurren en personas infectadas con el virus de la hepatitis B. Todos esos virus provocan hepatitis aguda, caracterizada por fatiga, pérdida de apetito, fiebre e ictericia. La mayoría de las personas se recuperan totalmente, pero un pequeño porcentaje puede morir por hepatitis aguda. Además, las infecciones por los virus de las hepatitis B y C se pueden volver crónicas y causar cirrosis y cáncer de hígado. Se calcula que aproximadamente 1,4 millones de personas mueren cada año como consecuencia de las diversas formas de hepatitis viral (MedicineNet.com, s.f.).

⁵⁵ Es una afección respiratoria en la cual hay una infección del pulmón. Este tipo de neumonía se encuentra en personas que no hayan estado recientemente en el hospital u otro centro de atención médica, como un hogar de ancianos o un centro de rehabilitación. La neumonía que afecta a las personas en centros de atención médica, tales como hospitales, se denomina neumonía intrahospitalaria (MedicineNet.com, s.f.).

Este método hipotético-deductivo, es utilizado por el médico para ganar tiempo y no pasar horas recolectando grandes volúmenes de información de poco valor a través de las hipótesis. Así pues, se pesquisan datos que de estar presentes, le dan más fuerza a su hipótesis, y de estar ausentes, la debilitan (Díaz Novás et al., 1993).

Dentro de este procedimiento, el médico también trata de encontrar elementos que le ayuden a apartar o excluir otras hipótesis alternativas. A pesar de que se pueden dirigir el interrogatorio y el examen físico, se deben hacer lo más completos posibles, para que no se escape ningún dato no sugerido por la impresión inicial, así como para descubrir problemas asintomáticos o complicaciones de la enfermedad. También permite al galeno hallar nuevos datos que variarán el enfoque preliminar del diagnóstico (Díaz Novás et al., 1993).

En cuanto a los pacientes nuevos con diversas enfermedades, con problemas de salud complejos, casos indefinidos, pacientes que llevan mucho tiempo sin realizar visita médica, o casos que no mejoran en un tiempo prudencial, el interrogatorio y el examen físico deben ser completos. Este método influye en la formulación de las primeras hipótesis al inicio de la consulta, casi inmediatamente después que el paciente ha planteado sus primeros síntomas, es contrario al punto de vista ortodoxo de que el médico debe recoger una gran cantidad de datos antes de elaborar sus hipótesis (Díaz Novás et al., 1993).

En este tipo de diagnóstico, la consulta guía al examen físico, y a su vez, los datos guían al médico a hacer un interrogatorio más detallado sobre ciertos órganos y sistemas. Los médicos consideran que el proceso del diagnóstico se efectúa, preferentemente, por el método de solución de problemas clínicos, cuya base es el método hipotético-deductivo, el cual guiará la relación entre médico y paciente dentro de la consulta (Ramadán, 2018).

El método clínico tradicional contiene una serie de pasos ordenados y sucesivos que abordan con la formulación del problema, inmediatamente la búsqueda de información mediante la anamnesis y el examen físico, para continuar con la exposición de la hipótesis diagnóstica explicativa basada en la información obtenida del paciente, la cual es diferenciada después por la realización de exámenes complementarios o por la evolución del caso. Por último, acontece la comprobación de los exámenes para asumir un diagnóstico eficaz (Díaz Novás et al., 1993).

En la actualidad, con el desarrollo arrebatado de la tecnología, se ha producido una situación en que no pocos médicos y pacientes, han perdido la confianza en el interrogatorio, el examen físico y el razonamiento médico, y sobrevaloran el uso de la tecnología en el diagnóstico (Cárdenas, 2017). Cada vez con mayor frecuencia, llegan a consulta pacientes para que los médicos interpreten el resultado de exámenes complementarios, sin que ellos sepan quienes se los indicaron. No es raro, tampoco, encontrarse con el caso de una pequeña irregularidad en un examen complementario, en la cual se le da más valor que al cuadro clínico del paciente (Díaz Novás et al., 1993).

No hay que olvidar que los exámenes complementarios tienen un uso definido, y son solo un dato más en la atención al paciente, y como cualquier otro dato pueden no ser enteramente confiables. (Díaz Novás et al., 1993) Además, a medida de que se realizan más exámenes complementarios en un paciente hay más probabilidades de tener un resultado falso positivo⁵⁶. Hasta un estudio por imagen (que es lo más objetivo que hay) puede perder su significado si se abstrae del contexto clínico del paciente. (Díaz Novás et al., 1993)

1.3.5. Según el método

Para conseguir un diagnóstico definitivo y eficaz, es ineludible alzar suficiente información sobre el estado del paciente. Los datos precisos son variables de acuerdo a cada enfermedad, por eso se requiere aplicar técnicas diferentes para cada caso.

1.3.5.1. Diagnóstico clínico:

Es aquel que se instaura en la consulta médica, con base en el análisis de la historia clínica del paciente, conjuntamente con los síntomas y los signos que presenta en el examen físico. (Mac Bryde, 1949).

Actualmente el diagnóstico clínico ha perdido protagonismo a causa de los avances tecnológicos que permiten acceder a información exacta sobre el estado del paciente. Sin embargo, sigue siendo fundamental para que el médico pueda determinar cuáles son las pruebas complementarias que se deben aplicar (Mac Bryde, 1949).

1.3.5.2. Diagnóstico de laboratorio:

“Es al cual se llega a través de los análisis de los diferentes fluidos y tejidos del cuerpo humano. Este diagnóstico incluye: los exámenes de sangre, orina y materia fecal, al igual que las biopsias de tejidos” (Guzmán Mora, 2002).

Este tipo de diagnóstico se fundamenta: en diferentes técnicas químicas, bacteriológicas y microscópicas. Es importante tener en cuenta que no existen pruebas de laboratorio 100% confiables. Normalmente, el grado de confiabilidad llega al 95%. Esto influiría en que los resultados de los análisis de laboratorio siempre deben contrastarse con otros datos como: los signos y síntomas para confirmar un diagnóstico (Guzmán Mora, 2002).

1.3.5.3. Diagnóstico por imágenes:

El diagnóstico por imágenes es “aquel que permite visualizar el interior del organismo para obtener información sobre una condición determinada” (Novás, sf.).

⁵⁶ Es un error por el cual al realizar una exploración física o una prueba complementaria su resultado indica una enfermedad determinada, cuando en realidad no la hay (Caro, 2017).

Está conformado por diferentes instrumentos y técnicas, que a su vez producen diversos tipos de imágenes. El tipo de análisis está en manos de los síntomas observados por el médico en el análisis clínico y del órgano que se requiere observar (Novás, sf.).

Algunas de estas técnicas son:

- Rayos X
- Tomografías computarizadas
- Imágenes por resonancia magnética
- Ecografías
- Endoscopias⁵⁷ o laparoscopias⁵⁸

Este conjunto de técnicas permiten observar el interior del cuerpo del paciente y por lo tanto facilitan la detección de las enfermedades y, en fases posteriores, hacer un seguimiento de los pacientes y asegurarles la salud.

Sin embargo, hay que tener presente que, como en todas las tecnologías sanitarias, hay beneficios evidentes, pero también es cierto que no se puede abusar. Por este motivo, todas las pruebas solo tienen que ser prescritas cuando sean estrictamente necesarias, o si no se estaría incurriendo en tratamientos innecesarios que son errores de diagnóstico susceptibles de punibilidad que se estudiarán más adelante.

Para finalizar, cuando el médico necesita ver dentro del cuerpo del paciente utiliza las técnicas de diagnóstico por imagen. Se trata de una variedad de aparatos electrónicos y técnicas que pueden crear imágenes de las estructuras y la actividad en el interior del cuerpo del paciente. La técnica más adecuada dependerá de los síntomas y signos de los órganos que el médico necesite explorar; es decir no es la única técnica utilizada por el médico para realizar el diagnóstico.

1.3.5.4. Diagnóstico remoto:

El diagnóstico remoto o tele diagnóstico, es aquel que se obtiene cuando el paciente no se encuentra en presencia del médico. Este tipo de diagnóstico es ajustado a la telemedicina y utiliza diferentes medios tecnológicos para que el médico pueda observar los signos y síntomas de la manera más fiel posible (Novás, sf.).

Estos recursos tecnológicos son varios y pueden ir desde una fotografía o una teleconferencia, cuando el síntoma se puede percibir visualmente, hasta tecnologías de diagnóstico remoto como termómetros, estetoscopios conectados a sistemas computarizados (Novás, sf.).

⁵⁷ Es una forma de mirar dentro del cuerpo mediante una sonda flexible que tiene una pequeña cámara y una luz en su extremo. Este instrumento se denomina endoscopio (MedicineNet.com, s.f.).

⁵⁸ Exploración o examen de la cavidad abdominal mediante la introducción de un laparoscopio a través de una pequeña incisión (MedicineNet.com, s.f.).

Como se mencionó al principio, el diagnóstico remoto ha dado lugar a lo que hoy se conoce como telemedicina, que consiste en la prestación de servicios médicos a distancia. Para su establecimiento se emplean tecnologías de la información y las comunicaciones. La telemedicina puede ser tan escueta como dos profesionales de la salud discutiendo un caso por teléfono, hasta la utilización de avanzada tecnología en comunicaciones e informática para realizar consultas, diagnósticos o cirugías a distancia y en tiempo real. Y como ayuda, puede favorecer a todos los pacientes de un sistema de salud, en especial a las personas mayores y los pacientes crónicos (Vergeles-Blanca, sf. p.60).

Como se expresó en líneas anteriores, si bien la relación entre médico y paciente se ha ido deteriorando debido a la implementación de medios electrónicos, este es el caso perfecto debido a que los médicos electrónicos no cuentan con la precisión del médico, es lamentable que se esté perdiendo la relación personal entre los miembros de esta relación. El diagnóstico remoto es susceptible de error puesto que el médico al no tener al paciente en frente así sea que la consulta se realice a tiempo real no podrá conocer con veracidad los signos y síntomas del paciente, en otras palabras la relación entre médico y paciente siempre debe de ser personal.

1.3.5.5. Diagnóstico por exclusión:

Es al cual se llega después de descartar todas las enfermedades posibles. Esta realidad se presenta en enfermedades o condiciones que no tienen una prueba específica que las confirme. Por lo tanto, para llegar a un diagnóstico definitivo es necesario descartar todas las enfermedades que presenten los mismos síntomas (Mézcuita, 2006).

Una condición que se descubre por medio de un diagnóstico de exclusión es: el síndrome de intestino irritable. No existe un examen específico para detectar este síndrome, por lo tanto para detectarlo se realizan estudios de laboratorio para descartar celiaquía, anemia o infecciones. Este tipo de diagnóstico ocurre por lo general en trastornos psiquiátricos, donde es necesario descartar las posibles condiciones físicas antes de poder establecer una causa psíquica (Mézcuita, 2006).

1.3.5.6 Diagnóstico de provocación:

Es aquel diagnóstico al cual se llega induciendo un episodio de la enfermedad de manera controlada. Se aplica en aquellos casos médicos en los cuales no existe una prueba de laboratorio o de imágenes que permita llegar a detectar la enfermedad con total certeza (Rakel, 2017).

Por ejemplo: La mayoría de las alergias pueden detectarse a través de este tipo de diagnóstico. El procedimiento consiste en someter al paciente a la influencia del alérgeno para observar si se produce una reacción (Rakel, 2017).

1.3.5.7. Diagnóstico diferencial:

Es un tipo de diagnóstico al cual se llega gracias al descubrimiento de una mínima diferencia entre dos o más diagnósticos posibles (Bauer, 1958).

Este tipo de conocimiento requiere de gran técnica por parte del médico. Precisa un gran conocimiento de los síntomas de diferentes enfermedades, los diferentes análisis médicos que debe aplicar y habilidades de deducción (Bauer, 1958).

El diagnóstico diferencial es el diagnóstico que utilizan los médicos en la práctica diaria en los pacientes que llegan a los consultorios y clínicas.

Por ejemplo: los diferentes tipos de epilepsia suelen requerir de un diagnóstico diferencial. Para ello, es necesario que el médico conozca las manifestaciones de los diferentes tipos de epilepsia y que realice los exámenes apropiados para cada una de ellas (Bauer, 1958).

1.3.6. Según la evolución:

El proceso de diagnóstico puede tener un tiempo de evolución variable. Existen enfermedades o condiciones médicas de fácil detección que pueden ser identificadas casi de inmediato, pero también existen otras que pueden tardar incluso años en ser diagnosticadas (Novás, sf.).

1.3.6.1. Diagnóstico inicial:

Es el primer diagnóstico que realiza el médico y por lo general se basa exclusivamente en el análisis clínico. Este primer criterio puede ser errado, pero es fundamental porque es la base para realizar otro tipo de análisis que ayuden a determinar con certeza la enfermedad (Novás, sf.).

Hay que destacar que dentro de este diagnóstico inicial incurren todos los elementos que se estudiaron en un principio como la anamnesis, el examen físico, los síntomas y signos; este interrogatorio inicial entre médico y paciente le ayudará al galeno a apreciar con detenimiento el malestar del paciente y llegar a una primera conclusión que no siempre es la correcta, por lo general este diagnóstico inicial se realiza en los centros de salud primarios entre 15 y 20 minutos por lo tanto al médico no le da el tiempo suficiente para tener todos los elementos de convicción para tener certeza del malestar del paciente por eso es susceptible de error; contrario a lo que ocurre en los centros privados donde el médico tiene más tiempo, pero ese no es el punto, el foco central es que este diagnóstico es susceptible de error y entre esos factores incurren el tiempo de la consulta, la comunicación con el paciente y los elementos que tiene a su alrededor para realizar el diagnóstico.

1.3.6.2. Diagnóstico parcial:

En cuanto a este tipo de diagnóstico se puede decir que, es aquel que cuenta con diferentes evidencias que lo respaldan pero aún no se puede dar por confirmado (Novás, sf.).

Este tipo de diagnóstico en ningún momento puede considerarse como integral, ya que como su nombre lo indica es parcial por lo tanto es parcial, incompleto; se entiende que el médico aún no tiene todos los elementos de convicción para llegar a un verdadero diagnóstico por lo que tendrá que mandar más pruebas de laboratorio, etc.

1.3.6.3. Diagnóstico definitivo:

Es el diagnóstico final, cuando el médico ha llegado a la certeza de una condición o enfermedad. Existen enfermedades que no tienen una prueba definitiva para ser detectadas, por lo tanto nunca llegan al diagnóstico definitivo (Novás, sf.).

Después de haber visto todo este conjunto de diagnósticos, se ha podido llegar a la conclusión gracias a la doctrina y a la opinión de varios médicos que el método más utilizado es el diferencial que se fundamenta en un método inductivo, ya que es a partir de un estudio de la cadena causal que el médico interpreta o lee los síntomas y signos externos para elucidar la vicisitud o problema fisiológico, patológico o anatómico, entre otras posibilidades más, los que confronta de ordinario, con los resultados clínicos obtenidos. Se parte del fenómeno de la causalidad para arribar el diagnóstico en tanto se tiene como postulado orientador de la profesión, el hecho de que cualquier manifestación sintomática obedece a una causa médica específica o a la sumatoria de varias de ellas, es la regla, siendo tarea del galeno procurar hallar dicha causa o causas y, en lo posible, conjurar los efectos indeseados o adversos que produce en la salud e integridad de su paciente.

1.4. Principios básicos para el razonamiento del diagnóstico

Los principios básicos que debe seguir el médico para realizar un buen diagnóstico son los siguientes:

- a. Realizar un resumen objetivo del caso.
- b. Ordenar la información otorgada por el paciente y por la historia clínica: La creciente importancia que la historia clínica ha adquirido en el último tiempo se debe, entre otros factores, a la cada vez más frecuente intervención de múltiples profesionales de la salud en la atención de un paciente, lo cual ha obligado a que el estado de salud de este último, así como la terapia realizada, queden documentadas para evitar terapias incompatibles, efectos adversos y suministros de medicamentos a los que el paciente pueda ser alérgico (Moreno R. M., 2000).

Como bien se ha destacado, el carácter completo y permanente de la historia clínica de un paciente es en la medicina moderna una condición de calidad de los cuidados médicos o de la correcta asistencia facultativa. En este sentido, resulta indudable que la historia clínica es un instrumento destinado a garantizar la adecuada asistencia al paciente.

El arma fundamental, para el logro del diagnóstico perfecto se lo encuentra en la historia clínica (Gherzi, sf., p. 113). Los estudios paraclínicos como por ejemplo: exámenes de laboratorio o estudios de radio imágenes son un complemento de esta tarea; secundarios, por lo tanto, a una minuciosa anamnesis (síntomas) y a un riguroso examen físico (signos) (Laín Entralgo, 1982). Se insiste en esta aclaración por la tendencia actual a invertir la normal práctica semiológica con la utilización inadecuada, a priori, de recursos tecnológicos innecesarios. “El médico no exigirá al paciente exámenes innecesarios, ni lo someterá a tratamientos médicos o quirúrgicos que no se justifiquen” (Moreno R. M., 2000).

- c. Ponderar los síntomas y signos de acuerdo con su sensibilidad, especificidad, valor predictivo, importancia relativa en la fisiopatología de la enfermedad potencial, gravedad, etc.
- d. Concentrar los síntomas y signos encontrados.
- e. Distinguir entre síndromes duros (de mayor gravedad) y síndromes blandos (de menor gravedad).
- f. No hipertrofiar⁵⁹ el diagnóstico con la creación de síndromes adulterados.
- g. Ir del síntoma y signo al síndrome, la nosología⁶⁰ y la etiología⁶¹.
- h. Asumir una visión holística del caso evitando el reduccionismo.

Si bien, estos principios no son obligatorios para los médicos, en efecto deberían seguirlos para no incurrir en errores médicos tales como error de diagnóstico, negligencia médica, imprudencia, impericia.

1.5. El Error Médico

El error médico corresponde a una conducta inadecuada por parte del profesional de la medicina que supone una inobservancia técnica, capaz de producir daño a la vida o agravio a la salud mediante la impericia, imprudencia o negligencia (Bertrand Parra).

Según la Comisión de Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) los errores médicos por lo general nacen de :” factores internos y externos al individuo como: fatiga, descuido, temor, sobrecarga cognitiva, falta de conocimientos, inexperiencia, juicio defectuoso, confianza excesiva, deficiencias de comunicación interpersonal, procesamiento imperfecto de la información, merma en las capacidades, alteraciones de la personalidad y el síndrome de agotamiento profesional o *burn-out* (pérdida de energía, motivación e idealismo que derivan en una actitud apática y negativa)”.

⁵⁹ Crecimiento excesivo y anormal de un órgano o de una parte de él debido a un aumento del tamaño de sus células (Frontera, Silver, Rizzo, 2018, párr.1).

⁶⁰ Parte de la medicina que describe, diferencia y clasifica las enfermedades (enciclopediasalud.com.2018, párr.1).

⁶¹ Parte de la medicina que estudia el origen o las causas de las enfermedades (Real Academia Española, 2018.párr.2 y 3)

Ante la situación planteada, las consecuencias del error médico suelen ser fatales, traumatizan al paciente y suelen ser devastadoras para el médico. De ahí que el médico es considerado como una segunda víctima, pues su integridad y capacidad se cuestionan, su prestigio se lesiona y se afectan sus relaciones familiares.

Siendo las cosas así, resulta claro que se tenga una práctica médica defensiva representada por el uso excesivo de métodos diagnósticos y terapéuticos, referir pacientes sin fundamento, el rechazo de casos difíciles, limitar la información, y considerar al paciente y a su familia como potenciales enemigos (Tena Tamayo C, Sánchez González JM, Rivera Cisneros A, Hernández Gamboa LE, 2003, p.41).

A lo largo de los planteamientos hechos dentro de este punto es de vital importancia señalar que la conducta inadecuada del profesional de la medicina que supone una inobservancia técnica capaz de producir daño a la vida o agravio de la salud puede hacerlo a través de los siguientes elementos:

- Impericia
- Imprudencia
- Negligencia

(Estos elementos se analizarán en el capítulo II cuando se analicen los criterios para establecer la responsabilidad penal del médico).

Debido a la amplia variedad que existe en cuanto a los errores médicos existe dificultad en su clasificación a pesar de ser fácilmente reconocibles; se incluyen las equivocaciones en transfusiones, eventos adversos de medicamentos, cirugía en un sitio equivocado, lesiones quirúrgicas, suicidios prevenibles (en el caso de la psiquiatría y psicología), infecciones intrahospitalarias, quemaduras interinstitucionales, úlceras de presión y confusión de la identidad. Como un intento por categorizar dichos errores, Lucian Leape y colaboradores, en 1993, los clasificaron en diagnósticos, terapéuticos, preventivos y de otro tipo. Esta categorización es útil para agrupar errores sobre los cuales el sistema o el médico pueden intervenir de forma conjunta (Diez, 2010, p. 17).

En el siguiente cuadro se hace un resumen de los errores médicos más comunes en la práctica diaria:

Tabla 1. Tipo de Errores

TIPOS DE ERRORES	
Diagnósticos:	(Error o retardo en el diagnóstico) i. Falla en el uso de las pruebas indicadas ii. Falla para actuar sobre los resultados ofrecidos por el monitoreo o la prueba iii. Uso de pruebas terapéuticas desactualizadas
Terapéuticos:	(Cuidado inapropiado o no indicado) i. Error en el método o la dosis de un fármaco ii. Error en la administración del tratamiento iii. Error en la realización de una cirugía, un procedimiento o una prueba iv. Retraso evitable en el tratamiento o en la respuesta a una prueba anormal
Preventivos:	Falla para proveer un tratamiento profiláctico y seguimiento del tratamiento inadecuado.
Otros:	Falla en el equipo, falla en la comunicación y falla en otros sistemas.

Fuente: (Diez, 2010, p. 17)

Elaborado por: María Gabriela Morillo Chamorro

En definitiva, ninguna especialidad médica está exenta del error. Establecer la responsabilidad médica en casos de error diagnóstico es difícil, pues en muchas ocasiones resultan inevitables y ese es el punto que compete tratar a continuación. No obstante, una vez analizadas sus causas, ya sean estas cognitivas, del sistema de salud o errores sin culpa, es posible instaurar estrategias que tiendan a su reducción. El punto central en el enfoque del error médico y diagnóstico es que una vez cometido por el médico y más aún si se comprueba algún tipo de responsabilidad penal, este debe ser encarado con total seriedad y transparencia al margen de la ley.

1.6. Error de diagnóstico

El siguiente punto a tratar es el error de diagnóstico, que se encuentra considerado por el ordenamiento jurídico ecuatoriano como negligencia médica producto de un daño físico o psíquico, susceptible de exigir la responsabilidad correspondiente.

No obstante, cabe distinguir el propio error de diagnóstico de la falta de adopción de las medidas necesarias, incluidas las quirúrgicas, ante la persistencia de los síntomas que fundaban el diagnóstico dictaminado, que podían desembocarse en otra clase de enfermedades o patologías (Ceriani, 2015).

El tratamiento médico no indicado o erróneamente seleccionado, o el aconsejable, pero realizado en contra de la técnica curativa en uso, o la omisión del tratamiento correcto habitualmente

aceptado, son hechos que implican vulneración del deber objetivo de cuidado y que no pueden en modo alguno sustraerse de la recriminación culpabilística (Ceriani, 2015).

Evidentemente el diagnóstico ha de ser anterior al tratamiento, y para ser completo deberá establecer y valorar el trastorno funcional, la localización y naturaleza de la lesión, la patogenia y la etiología, además de las circunstancias específicas y propias del paciente (Ceriani, 2015).

Un buen diagnóstico trae consigo una gran competencia clínica, otorga idoneidad profesional y jerarquía científica al médico. De diagnósticos correctos y acertados derivarán tratamientos efectivos. Diagnósticos equivocados traerán consigo terapéuticas fallidas y por consiguiente traerán una mala reputación dentro del gremio (Guzmán Mora, 2002). El error diagnóstico puede llegar a ser muestra fehaciente de incompetencia clínica; causa principal de conflictos jurídicos y las consecuentes demandas que debe afrontar el profesional de la salud por una conducta médica culposa (Guzmán Mora, 2002).

Sin embargo, también es bueno señalar, que la labor de diagnóstico hecha por el médico está sujeta a la incertidumbre que origina la fragilidad de la naturaleza humana que no siempre se comporta o reacciona de manera igual ante la enfermedad (Ceriani, 2015). Por esto, la medicina al ser una ciencia inexacta, llena de gran incertidumbre es comprensible que tenga un margen de error probable, ya que es hecha por humanos que no son infalibles; así pues, es aceptable que en toda intervención diagnóstica hay que reconocer que diagnóstico y error son inseparables.

Los errores de diagnóstico ocasionan más eventos adversos que otros dentro del ámbito de la medicina, ya que éstos alcanzan un 15% a 20% y son los más difíciles de evitar. A pesar de estos datos muy preocupantes, la literatura médica es más escasa que en otros errores. Asimismo, es de notar que representan la principal causa de juicios por *mala praxis* y superan ampliamente a las demandas en cirugía y los errores de medicación (Ceriani, 2015).

Concurren varios factores desfavorables en la práctica médica que influyen en las fallas de diagnóstico, en especial al interferir perniciosamente en la relación médico-paciente. La realidad creciente de consultas cada vez más breves motiva un muy escaso diálogo con el paciente o los padres y por lo tanto no se los escucha. (Ceriani, 2015).

El error de diagnóstico se encuentra presente en la mayoría de especialidades médicas, las condiciones comúnmente mal diagnosticadas corresponden a: distintos tipos de cáncer, infecciones, fracturas, infartos de miocardio, embolias, condiciones neurológicas y aneurismas (Vítolo, 2011).

La trascendencia del error de diagnóstico y de su severidad varían dependiendo del nivel de atención donde se produzca el error diagnóstico, es así pues: desde el mínimo hasta el que potencialmente pone en peligro la vida del paciente. En este sentido, se habla de la existencia del error simple por parte del galeno, que es aquel que no acarrea problemas ni riesgo en la salud del paciente, y del error grave, que es aquel que acarrea riesgo en la salud del paciente, por retraso del

tratamiento, con peligro de que deje resultados lesivos, tales como la muerte o lesiones en el cuerpo del paciente.

Cabe considerar por otra parte que, hay autores como Abate, Idalino y Menezes (sf) que sostienen que los errores de diagnóstico no son susceptibles de punibilidad ya que no presuponen la culpa del médico, pues la medicina es incierta y presumible y al mismo tiempo lidia con vidas en riesgo, por lo que estos en muchas ocasiones resultan inevitables. No se puede tampoco dejar de considerar la cuestión relativa a la realización de exámenes complementarios a fin de orientar el diagnóstico, pues si el galeno no manejó todos los recursos a su disposición para mejorar el grado de convicción diagnóstica, podría tratarse de una conducta negligente. No obstante, establecer la responsabilidad médica en casos de error diagnóstico es difícil, porque se adentra en un campo estrictamente técnico, lo que complica en gran medida la apreciación judicial.

1.6.1. Principales errores de diagnóstico susceptibles de punibilidad

Los errores que se mencionarán a continuación son aquellos en los cuales no hay una intención positiva de hacer daño al paciente (dolo) pero el médico debido a su negligencia, impericia, o imprudencia ha incurrido en culpa. La culpa como figura se la estudiará en el capítulo II de este trabajo, pero por motivos introductorios se hará un breve resumen de esta figura dentro de los principales errores de diagnóstico susceptibles de punibilidad.

Se dice que el médico en estos casos incurre en culpa puesto que él no tiene la intención de dañar a su paciente o causarle la muerte, como se explicó anteriormente históricamente la función del médico fue, es y será la de salvar vidas.

El médico tiene culpa pues, este elemento dentro de la responsabilidad de su accionar tiene sus bases dentro de la previsibilidad vinculada con un denominado “vicio de la voluntad” a partir del cual se ha omitido voluntariamente aquello que debía prever lo previsible; en otras palabras, hay una falta de precaución o de diligencia, o el médico se descuidó en un escenario donde creyó que contaba con todos los elementos necesarios para que fuese un diagnóstico eficaz. En todas estas circunstancias el médico debe ser imputado por un delito culposo el que corresponde al de mala práctica profesional enmarcado en el Art. 146 del Código Orgánico Integral Penal.

1.6.1.1. Diagnóstico médico erróneo

Es el tipo más común de error en un hospital. Esto no es sorprendente, ya que un diagnóstico equivocado es la clave para un error médico completo a posteriori. Por ejemplo, una evaluación equivocada puede implicar un retraso en un tratamiento, a veces con consecuencias mortales. (Discovery, 2006)

1.6.1.2 Errores en la medicación

Esto se produce cuando los pacientes reciben inadecuada medicación para su tratamiento producto de un diagnóstico erróneo o directamente no reciben la medicación. Hay casos como, en el 2010 en Estados Unidos, un informe del Instituto de Medicina, estimó en 1 millón y medio de personas las que sufrieron algún daño de salud por medicación mal suministrada, en centros asistenciales de todo el país (Discovery, 2006).

1.6.1.3. Tratamientos innecesarios

Sirven para descartar otras anomalías en la salud del paciente. Un estudio realizado por la Academia Americana de Medicina determinó que casi 120 procedimientos médicos, que incluyen tratamientos y exámenes en algunos casos perjudiciales para el paciente, son manejados en forma desproporcionada y son, además, frecuentemente innecesarios. La Academia Americana de Medicina calificó a muchas de estas prácticas médicas como inútiles y peligrosas. Estos tratamientos innecesarios lo que hacen es retardar el diagnóstico y por lo tanto se incurriría en un diagnóstico tardío que es susceptible de punibilidad (Discovery, 2006).

1.6.1.4. Atención no coordinada

Esto deriva cuando el paciente no es atendido por el médico de cabecera, sino por el médico de guardia, o también como es en el caso de los diagnósticos remotos donde el médico tiene un acercamiento con el paciente vía electrónica esto complicaría tener un diagnóstico integral. Probablemente después por varios especialistas que tendrán varios criterios con respecto al diagnóstico, que rara vez se coordinan entre sí; en este caso cabe la posibilidad, por ejemplo, que el paciente termine intoxicándose al consumir medicamentos que interfieren entre sí o se puede incurrir en un error de diagnóstico con consecuencias mortales, o en un diagnóstico tardío debido a la diversidad de opiniones (Discovery, 2006).

1.6.1.5. Ignorar señales de advertencia

Esto ocurre en aquellos casos en los que el paciente agrava su estado de salud, y por lo general hay un período de minutos a horas donde hay señales de advertencia. Por ejemplo, se producen a menudo cambios en el ritmo cardíaco, presión arterial que baja o sube y otras situaciones. Por desgracia, estas señales de advertencia a veces se ignoran por parte del médico, por lo que, para el momento en que finalmente son percibidas, ya podría haber un daño irreversible en su salud del paciente. (Discovery, 2006).

1.6.1.6. Al hacer el plan de seguimiento

Cuando el médico realiza un plan de seguimiento inadecuado para su paciente, este fracaso se divide uniformemente en situaciones en las que el médico determinó que ese seguimiento no era necesario y aquellas en las que la necesidad de un seguimiento estaba reconocida pero el intervalo de la información fue mal seleccionado (Discovery, 2006).

1.6.1.7. Al hacer el historial al realizar el examen físico

Cuando no se realiza un buen examen físico sin tomar en cuenta la normalidad de los signos vitales del paciente, así como los síntomas que presenta. Cuando es evidente que no hay un orden sistemático en los síntomas del paciente (Discovery, 2006). Como se revisó anteriormente dentro de los elementos principales que conforman el acto médico de diagnóstico médico estaba el examen físico, si en este caso el médico no actúa diligentemente incurrirá en error de diagnóstico susceptible de punibilidad, ya que no es posible que existan médicos que no sepan tomar los signos vitales del paciente o que no actúen conforme a la *lex artis* y no sepan detectar los síntomas del paciente a través de su experticia.

Otra clasificación distinta a la ya presentada es de la que hablan Ana Teresa Alvarado-Guevara, Gretchen Flores-Sandí (2011) cuando se refieren al ámbito causal de los errores de diagnóstico y es que como se expresó antes cuando se analizaron los conceptos de síndrome y síntomas, que existen enfermedades distintas con síndromes similares que hacen probable que el médico se equivoque inicialmente. El error diagnóstico es común cuando hay superposición y similitud de las presentaciones clínicas y radiológicas de dos enfermedades.

En cuanto a esto las autoras exponen que al ser los errores diagnósticos típicamente el resultado de múltiples fallas en el proceso diagnóstico y varios factores contribuyentes, de acuerdo con su origen se pueden clasificar en:

1.6.1.8. Errores cognitivos (Cognitive errors)

Se manifiestan en las fallas diagnósticas debido a una mala recolección de datos o interpretación de estos, fallas en el razonamiento o conocimiento incompleto. Su origen se centra en las limitaciones del proceso humano de la información y los sesgos producidos al utilizar la heurística, lo que garantiza que este tipo de errores persistirán (Alvarado, 2011).

1.6.1.9. Errores del sistema (System errors)

Estos se presentan cuando un diagnóstico es atrasado o no se realiza debido a las fallas latentes en los sistemas de salud (Alvarado, 2011).

1.6.1.10. Errores sin culpa (“No fault” errors)

Ocurren cuando la exposición del cuadro clínico es silenciosa, atípica, o miméticas de algún cuadro más común (Alvarado, 2011).

Es necesario resaltar que según la literatura médica, la mayoría de los errores diagnósticos se deben a errores de juicio o por omisión, asociados a errores cognitivos y de sistema en conjunto que tienen los profesionales de la salud. Los errores diagnósticos relacionados con el sistema conciernen con: la carencia de equipos en buen estado, ausencia de personal calificado, ineficiencia de procesos, falta de trabajo en equipo y comunicación, manejo de recursos, pérdida de información médica crucial, falta de orientación y entrenamiento del personal y problemas de actitud del médico al abordaje del paciente (Alvarado, 2011).

Considerando que otro tema fundamental de este trabajo es la medicina asistencial y voluntaria, a continuación se expondrán sus conceptos básicos y la materialización de estas dos ramas de la medicina en la relación médico y paciente donde se podrá vislumbrar como nace la responsabilidad del médico cuando éste incurre en error de diagnóstico en alguna de estas dos ramas.

1.7 Conceptos de medicina asistencial y voluntaria

1.7.1. Medicina asistencial

Se ha conceptualizado a este tipo de medicina como, “aquellas intervenciones de los facultativos que tienen por finalidad que el paciente recupere la salud que se ha visto deteriorada por la concurrencia de una enfermedad” (García Garnica, 2010).

Al respecto no resulta difícil observar, como apunta García Garnica (2010), que la calificación de medicina asistencial o curativa se predica de aquellos supuestos en los que, desencadenado un proceso patológico, se interviene para reponer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, siendo el objetivo primordial de la asistencia atajar la interferencia de dicho proceso en la salud, tratando de conseguir el mejor resultado posible.

La medicina asistencial en relación a la labor del médico se adentra al primer nivel de atención que es el “ diagnóstico”, lo cual implica actuar frente a una determinada patología y en donde concurre lo que se denominará como “presión asistencial”; que consiste en el tiempo que requiere oír a un paciente de este tipo, el tiempo que implica utilizar la psicoterapia adecuada y el tener a mano la posibilidad de indicar medicamentos que puedan disminuir o eliminar síntomas, provoca, con excesiva frecuencia, que estos pacientes sólo sean atendidos desde el punto de vista farmacológico y se les prive de un tratamiento sistémico, donde son varias las acciones a seguir y donde la psicoterapia individual, familiar, laboral y grupal en general, es su núcleo fundamental. Entonces, se atienden parcialmente las consecuencias y poco, las causas de los problemas (García Garnica ,2010).

1.7.2. Medicina satisfactiva o voluntaria

Autores como Galán Cortés (sf.) la definen como “aquel campo de la medicina que no trata de curar una enfermedad, sino que tiene como finalidad la restauración y mejora de la función y del aspecto físico” (Galán Cortés, p. 73).

Se equiparan con la medicina voluntaria, los sinónimos de: cirugía estética (lifting, peeling, liposucción, mamoplastia⁶², abdomenoplastia⁶³, implante capilar, botox), transformación de la actividad biológica (colocación de dispositivos anticonceptivos intrauterinos, esterilización mediante vasectomía o ligadura de trompas) y odontología (tratamiento odontológico para rehabilitación de la boca, implantes de piezas y prótesis dentales).

En concordancia con lo anterior, cabe enunciar algunos casos que, doctrinariamente han sido catalogados dentro de la medicina voluntaria o satisfactiva, así:

- 1) Realizarse una operación de cirugía estética (lifting⁶⁴, peeling⁶⁵, aumento de busto, lipoaspiración⁶⁶, etc.).
- 2) Tratamiento para alargamiento de piernas;
- 3) Colocación de dispositivos anticonceptivos intrauterinos.
- 4) Esterilización mediante vasectomía o ligadura de trompas.
- 5) Realización de una circuncisión ritual.
- 6) Tratamiento odontológico para rehabilitación de la boca o para conseguir la solución de un problema de prognatismo del maxilar superior⁶⁷.
- 7) Implantes de piezas y prótesis dentales.
- 8) Implante capilar y realización de implantes de colágeno o botox.

⁶² El aumento de senos y la mamoplastia de aumento son términos de cirugía plástica, tanto para el implante de mama como para el injerto de grasa, los cuales son utilizados para aumentar el tamaño, cambiar la forma, y alterar la textura de los pechos (MedicineNet.com, s.f.).

⁶³ Abdominoplastia es un procedimiento quirúrgico complejo de reconstrucción de la pared abdominal, que consta de eliminación del exceso de piel, del exceso de grasa y la tensión de los músculos de la pared abdominal con el objetivo final de remodelar el abdomen, la cintura y la forma del tronco del cuerpo (MedicineNet.com, s.f.).

⁶⁴ La ritidectomía es un procedimiento de cirugía plástica estética que consiste en la eliminación quirúrgica de arrugas de la piel o ritidosis y aunque se puede utilizar para cualquier lugar, el tipo más común es la ritidectomía facial es decir la eliminación de las arrugas de la cara (MedicineNet.com, s.f.).

⁶⁵ Tratamiento cosmético que sirve para regenerar la piel mediante el desprendimiento de células muertas (MedicineNet.com, s.f.).

⁶⁶ La liposucción es una técnica quirúrgica que se utiliza en cirugía estética y que permite un remodelado de la silueta a través de la extracción de grasa o tejido adiposo de diversos sitios del cuerpo usando una cánula o jeringa conectada a una máquina succionadora (liposucción mecánica), o mediante ultrasonido (liposucción ultrasónica) (MedicineNet.com, s.f.).

⁶⁷ El Prognatismo mandibular se caracteriza por una prominencia de la mandíbula o un déficit del maxilar superior, o la combinación de ambos. El prognatismo mandibular se corrige mediante el avance del maxilar o bien retrasando la mandíbula. En algunos pacientes, se realiza una combinación de las dos intervenciones (MedicineNet.com, s.f.).

Otro elemento que resulta interesante destacar dentro de la medicina satisfactiva o voluntaria, hace alusión a la relación con la calificación del sujeto que acude a un determinado especialista con el objeto de someterse a una de las prestaciones anteriormente enumeradas (Galán, 2016) .

Frente este punto, hay cierto acuerdo en denominarlo “cliente” y “no paciente”, principalmente porque éste acude al galeno, no para tratarse una dolencia o enfermedad, sino que de forma absolutamente voluntaria busca con este tipo de intervención médica otro tipo de beneficios estéticos, reproductivos, etc., siendo en este punto donde se presentarían importantes diferencias con la medicina curativa, puesto que la falta de necesidad en la intervención, característica dentro de la cirugía plástica, hace que la actividad realizada dentro de este ámbito sea evaluada según estándares de conductas, pero sobre todo de información, mucho más elevados que respecto de los casos de medicina asistencial.

En cuanto a la naturaleza de la obligación que se le adjudica el médico en la prestación de asistencia sanitaria ha sido calificada tanto de obligación de medios como de obligación de resultado, según se realice la prestación sanitaria correspondiente en el campo de la medicina necesaria (curativa, terapéutica o asistencial) o en el de la medicina voluntaria (satisfactiva o de satisfacción).

Esta distinción en la calificación de la obligación que asume el médico tiene importantes consecuencias en la protección del paciente y en el derecho que este podría ejercitar en caso de no resultar satisfactoria la intervención (Galán, 2016).

1.8. Naturaleza jurídica de la obligación médica

Siempre que se trate de las relaciones entre médico y paciente existirá un vínculo jurídico previo, resulta interesante determinar la naturaleza jurídica de las obligaciones emanadas de este vínculo que surgen principalmente para el galeno, debiendo destacar, en primer término, que dentro de la clásica categorización de las obligaciones de dar, hacer y no hacer, las que adquiriría el galeno son principalmente de hacer, es decir, el médico se obliga a realizar una determinada actividad, conforme al estado actual de la ciencia médica y en razón de las circunstancias que concurran en el caso concreto (Rodríguez López, 2004) . Sin embargo, excepcionalmente el médico contraerá algunas obligaciones de no hacer, como por ejemplo las derivadas de su deber de guardar el secreto (no divulgación), e incluso, en algunos casos, las obligaciones contraídas por ciertos facultativos podrían llegar a ser de dar (Rodríguez López, 2004).

La obligación de hacer que contraería el médico se debe recurrir a la célebre clasificación propuesta por Demogue (sf.) a principios del siglo pasado y desarrollada luego por los hermanos Mazeaud, que distingue entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Dicha distinción cobra especial relevancia cuando se habla de la responsabilidad de los profesionales liberales por

cuanto la doctrina mayoritaria plantea que, por regla general, la obligación que asumirían éstos, y en especial los médicos, es de medios (Mazeaud, 1936).

Con lo dicho anteriormente, la caracterización de una obligación sanitaria como de medio o resultado afectará principalmente a las obligaciones de hacer del médico y supone determinar si el deudor se obliga al logro de un concreto resultado, o al desarrollo de una actividad o conducta diligente. Al respecto, parece importante circunscribir el ámbito de aplicación de la citada la distinción de obligaciones de medio o actividad y de resultado exclusivamente al ámbito contractual (Rodríguez Marín, 2006).

1.8.1. Obligación médica de medios

En las obligaciones sanitarias de medios el médico se compromete su actividad diligente que, razonablemente, tiende al logro del resultado esperado, pero éste no es asegurado ni prometido. Son asimismo designadas como "obligaciones generales de prudencia y diligencia" (Rodríguez López, 2004).

Según la Sala de Casación de la Corte Suprema de Colombia, SC7110-2017, Radicación N.º 05001-31-03-012-2006-00234-01 en el caso de negligencia por prestación de servicios médicos establece que la obligación de medio que se establece entre médico y paciente no es susceptible de responsabilidad médica ya que se supone que el médico actuó con la debida diligencia y cuidado:

Regla general en el régimen de obligaciones entre médico y paciente de acuerdo al artículo 104 de la Ley 1438 de 2011. Exoneración en materia de responsabilidad médica se acredita con prueba de la debida diligencia y cuidado. Estudio en proceso de responsabilidad médica contractual contra médico de confianza, como consecuencia de perforación en el intestino causada a paciente durante la práctica de cirugía de extracción de vesícula (SC7110-2017; 24/05/2017).

En relación con lo anterior, cabe recalcar que la obligación del médico siempre será de medios ya que está obligado a desplegar en pro de su paciente los conocimientos de su ciencia y pericia, y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su paciente o de la no curación de éste.

Así mismo, por regla general el médico no puede comprometerse sino hasta donde las variables incontrolables que resulten le permitan. Obligación de hacer, sí, pero de hacer "solamente lo que esté a su alcance" (Mediuris, 2011, p. 345).

Ésta obligación que tiene el médico de asistir médicamente a alguien, poniendo de su parte todos los conocimientos y todo el cuidado con miras a lograr un resultado que, de no alcanzarse, dependerá, entonces, de otras circunstancias ajenas a la voluntad del profesional de la medicina de ahí que tenga relación todo lo que se ha venido diciendo hasta ahora que dentro del ámbito de la medicina nada es 100% exacto, ya que todo es susceptible de error, de eventos adversos; pero habrá

circunstancias como las que se enumeraron anteriormente donde el médico incurrió en error de diagnóstico lo cual desembocó en negligencia médica y lo cual es susceptible de punibilidad.

1.8.2. Obligación médica de resultados

Consiste en “la obligación típica que asume el médico que presta sus servicios en el ámbito de la medicina satisfactiva o voluntaria”. El médico se obliga, además de prestar su servicio de acuerdo a la *lex artis*, a proporcionar al paciente el resultado que este contrata. El deber de información se acentúa en este tipo de asistencia sanitaria no curativa (Mediuris, 2011, p. 346).

En las obligaciones sanitarias de resultado el médico se compromete al cumplimiento de un determinado objetivo, asegurando al paciente el logro de la consecuencia o resultado tenido en miras al contratar el servicio médico. Las obligaciones de resultado son también denominadas "obligaciones determinadas" (Mazeaud, 1936).

Según la Sala de Casación de la Corte Suprema de Colombia, SC7110-2017, Radicación N.º 05001-31-03-012-2006-00234-01 en el caso de negligencia por prestación de servicios médicos establece que en una obligación de resultado si opera la presunción de culpa, y que habrá exoneración de responsabilidad médica una vez que a través de una prueba se destruya el nexo causal entre la conducta imputada y el daño:

Opera la presunción de culpa. Reiteración de la sentencia de 13 de septiembre de 2002. Exoneración en materia de responsabilidad médica mediante la prueba de un elemento extraño que destruya el nexo causal entre la conducta imputada y el daño. Diferencia frente a las obligaciones de medio. Estudio en proceso de responsabilidad médica contractual contra médico de confianza, como consecuencia de perforación en el intestino causada a paciente durante la práctica de cirugía de extracción de vesícula (SC7110-2017; 24/05/2017).

En la medicina satisfactiva o voluntaria la relación contractual médico-paciente deriva de un contrato de prestación de servicios profesionales, por el que una parte el paciente se obliga a pagar unos honorarios a la otra médico por la realización de un servicio; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso (Rodríguez Marín, 2006).

Como bien apunta Rodríguez Marín (2006):

Si partimos reconociendo que el objeto de la obligación del médico que actúa dentro del ámbito de la medicina satisfactiva por regla general llega a ser de resultado, cabe destacar que en esta especial eventualidad la culpa del facultativo se presumirá, recayendo sobre éste la carga de acreditar el cumplimiento de su respectiva obligación y, que si no lo hizo, fue a causa de la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor. Como puede apreciarse, en estos casos no será preciso probar ninguna culpa puesto que ésta se presumirá para quien estaba obligado a lograr un resultado y no lo consigue, salvo que demuestre la imposibilidad de actuar adecuadamente. En otras palabras, lo que importa aquí es el fin perseguido y no obtenido, con culpa o sin ella (Rodríguez Marín, 2006, p. 298).

Por otra parte están los autores que, contrariando la postura anterior, plantean que en los supuestos de medicina voluntaria no cabe hablar de obligaciones de resultado, puesto que como lo expresa Antonio Cabanillas:

No se garantiza la infalibilidad del resultado y habrá que atender en todo caso al cumplimiento por el cirujano de las normas de la *lex artis*. Por supuesto que si como consecuencia de una intervención estética se produce un perjuicio para la salud por mala preparación, error, impericia, etc., del cirujano, éste responderá en la forma y medida de su imprudencia como con carácter general cualquier otro cirujano o facultativo que practique intervenciones terapéuticas (Cabanillas, 1993).

1.8.3. Materialización de la relación médico-paciente en la medicina asistencial y voluntaria.

Antes de señalar la materialización del vínculo es necesario realizar una distinción entre medicina curativa y asistencial; la distinción propuesta es clara, la primera actúa ante una determinada patología, mientras que la segunda es aquella en la que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica puesto que se actúa sobre un cuerpo sano, sino que más bien para el mejoramiento de su aspecto físico, o para lograr una transformación satisfactoria de su propio cuerpo (García Garnica, 2010).

Al realizar esta diferenciación, se podrá entender el elemento fundamental de la relación entre médico y paciente que es la existencia de una necesidad terapéutica, entendida como la exigencia de realizar determinadas prácticas para mantener la vida o buena salud del paciente, lo que se transforma, este elemento fundamental servirá más adelante para determinar en qué casos se podrá hablar de medicina curativa, y en cuáles de satisfactiva y cuáles son susceptibles de punibilidad.

En cuanto a la materialidad de la relación ente médico y paciente; en los casos de medicina curativa, la necesidad terapéutica bonifica la actuación del médico pudiendo hacerlo irresponsable en supuestos en que sin haber obtenido los resultados esperados su actuación fue diligente conforme a la *lex artis ad hoc* (Vázquez López, 2010). Por su parte, en la medicina voluntaria o satisfactiva la falta de necesidad terapéutica repercute en un mayor nivel de responsabilidad al facultativo (médico), el cual normalmente se verá reflejado en el incremento de los niveles de exigencia tanto en su actuar, como en la entrega de información al paciente.

Acerca de las consecuencias de la materialidad de la relación entre médico y paciente tanto en la medicina asistencial o también conocida como curativa García Garnica (2010) expresa:

Normalmente se ha identificado a la actividad médica con la medicina curativa, puesto que desde sus orígenes la principal función que han ejercido los médicos sobre sus pacientes ha sido la de tratar sus dolencias o enfermedades, es por ello que tanto la jurisprudencia como la doctrina mantienen de forma prácticamente unívoca que, en el caso de la medicina asistencial, la obligación contractual asumida por el médico en el respectivo contrato de asistencia sanitaria, y más en general, por el profesional sanitario, no es la de alcanzar un determinado resultado, sino que una obligación de medios (García Garnica, 2010, p. 36).

Complementando a lo que expresa García Garnica (2010), se ha destacado que la calificación de la obligación del galeno como de medios o actividad en el ámbito de la medicina curativa, encontraría su razón de ser en el hecho de que la medicina por definición no es una ciencia exacta, al contrario, en el buen fin del acto médico normalmente incidirán una serie de factores, incluidos algunos de carácter aleatorio, como vendrían siendo el propio estado y evolución del enfermo, o complicaciones extrañas al acto del profesional de la salud, las cuales van desde infecciones hospitalarias o defectos del sistema sanitario, hasta eventos imprevisibles e inevitables.

1.8.4. El error de diagnóstico en medicina asistencial y voluntaria

Para empezar este punto es necesario recalcar que en todos los ámbitos de la medicina existe el error de diagnóstico, excepto en la medicina estética; y para determinar la responsabilidad penal médica basada en un error de diagnóstico más que el error lo que importa es la causa humana del error, cabe destacar que se aventura una tarea nada fácil para el juez, ya que para determinar si el médico realizó todas las exploraciones y valoraciones necesarias previas a la emisión de su diagnóstico, aquel no sólo deberá evaluar la actuación de éste desde un punto de vista científico, sino que también valorará aquellas circunstancias personales que hayan podido modificar sustancialmente la conducta del médico, ya que no es lo mismo el diagnóstico realizado por un médico rural limitado por condicionamientos técnicos, que el realizado por un médico especialista enmarcado en el cuadro médico de unos servicios hospitalarios bien dotados (Corbella Duch, 2006, p. 175).

Lo más importante con respecto de esta clase de error dentro de estas dos ramas de la medicina es que no todo diagnóstico equivocado provocará inexcusablemente la responsabilidad del profesional de la medicina, ya que el acierto médico a toda eventualidad no es jurídicamente exigible, ni tampoco es siempre sancionable el error científico. Por tanto, sólo incurrirá en responsabilidad aquel médico que, por manifiesta negligencia, por ignorancia inexcusable, o por no emplear oportunamente los medios técnicos que ayudan a evitar los errores de apreciación, hace un diagnóstico errado del padecimiento de su paciente (Galán Cortés, sf., pp. 178-179).

El error de diagnóstico propiamente como tal, consiste en el delito de no identificar de forma correcta la dolencia que aqueja al paciente. Al respecto, pueden distinguirse dos supuestos según se trate de un error excusable o inexcusable por parte del médico.

Sobre el error de diagnóstico inexcusable por parte del profesional médico, no cabe duda que una simple equivocación en la calificación del padecimiento del no generará la pertinente responsabilidad penal en el si no logra acreditarse que dicha equivocación deriva de una actuación negligente de su parte. En este punto resulta muy gráfica la aseveración realizada por el autor brasileño Rizzardo (sf.), quien señala que:

No tiene el médico prohibido errar. Ni siempre su error acarrea su responsabilidad. Pero no puede errar por culpa, esto es, por comodidad, por ligereza, por falta de estudio, por carencia de exámenes, por falta de preparación técnica, entre otros múltiples factores (Rizzardo, sf., p. 327).

En cambio, si se trata de un diagnóstico equivocado debido a un error excusable o justificado, cabe precisar que dicho diagnóstico no implicará responsabilidad del médico. Esto ocurrirá cuando, por ejemplo, se trate de enfermedades que en una fase inicial presenten sintomatologías similares o compatibles que puedan hacer confundir al galeno, aun cuando éste emplee toda la diligencia debida (Corbella Duch, 2006, p. 172 - 173).

Otro error de diagnóstico se encuentra en el diagnóstico apresurado, que vendría a ser aquel practicado a la ligera o con exceso de confianza (ignorancia atrevida) por parte del médico que emite su diagnóstico sin descartar aquellas dolencias del paciente que se presentaban como probables. Existirá en este caso responsabilidad del facultativo cuando éste no solicite los respectivos exámenes para descartar las hipótesis probables, realizando en cambio un diagnóstico a la ligera y sin averiguar la real incidencia de los síntomas presentados por el paciente (Losa Mesa, sf., pp. 292-293).

Siguiendo esta misma línea, el tratadista galo Le Tourneau (sf.), afirma que en el Derecho francés el error de diagnóstico por sí mismo no configura culpa, lo que sí configura una actuación médica culposa es la omisión de la realización de aquellos exámenes médicos relacionados con una dolencia específica conforme a los conocimientos manejados por la ciencia médica en un período determinado (Le Tourneau, sf., pp. 142-143).

En efecto, otro error en el diagnóstico se encuentra en el diagnóstico tardío, que consiste en demorar injustificadamente el correcto dictamen del padecer del paciente, sin que existan causas justificadas para esa tardanza. En este caso resulta claro que el médico, sea por: desidia, temor a errar, exceso de confianza, subestimación de la dolencia del paciente, o por ignorancia, demora injustificadamente el diagnóstico del paciente, llevándolo a perder posibilidades de curación, provocándole daños físicos o incluso la muerte por no adoptar a tiempo el tratamiento adecuado (Casas Planes, sf., p. 114).

Dentro de la perspectiva anterior, cuando la conducta del profesional de la salud es diligente y la tardanza en el diagnóstico es producida por la falta de colaboración del propio paciente, tal retraso no debiese generar, en principio, responsabilidad del médico (Casas Planes, sf., p. 114).

Al respecto la Ley Orgánica de Salud (Registro Oficial Suplemento No. 423 de 22-dic.-2006. Última modificación: 24-ene.-2012) regula lo siguiente:

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

- a) Cumplir con las medidas de prevención y control establecidas por las autoridades de salud;
- b) Proporcionar información oportuna y veraz a las autoridades de salud, cuando se trate de enfermedades declaradas por la autoridad sanitaria nacional como de notificación obligatoria y responsabilizarse por acciones u omisiones que pongan en riesgo la salud individual y colectiva;
- c) Cumplir con el tratamiento y recomendaciones realizadas por el personal de salud para su recuperación o para evitar riesgos a su entorno familiar o comunitario;

- d) Participar de manera individual y colectiva en todas las actividades de salud y vigilar la calidad de los servicios mediante la conformación de veedurías ciudadanas y contribuir al desarrollo de entornos saludables a nivel laboral, familiar y comunitario; y,
- e) Cumplir las disposiciones de esta Ley y sus reglamentos.

Para finalizar este tema, es ineludible esclarecer que la materialización del error de diagnóstico dentro la medicina asistencial y la medicina voluntaria se puede dar en estas dos circunstancias:

- a. En el caso de la medicina asistencial, se materializa el error de diagnóstico en el paciente cuando hay error en el medicamento, error en el seguimiento del paciente, cuando hay diferentes criterios en cuanto al diagnóstico de la enfermedad del paciente. Dentro de la medicina asistencial es donde se pueden palpar los errores de diagnóstico, puesto que al ser aquellas intervenciones de los médicos que tienen por finalidad que el paciente recupere la salud que se ha visto deteriorada por la concurrencia de una enfermedad el médico podrá incurrir en culpa por no prever todos los escenarios para que su paciente recupere su salud o al menos mejorarla.
- b. En el caso de la medicina voluntaria o satisfactiva, pasa algo diferente ya que al ser una obligación de resultados no cabe el error de diagnóstico, ya que lo que se tiene en este campo de la medicina es un error en cuanto al tratamiento, que está relacionado con lo que se le administra al paciente, que vendría a ser el resultado esperado por el mismo, esto no quiere decir que no se utilicen métodos preventivos como en el diagnóstico tales como anamnesis y examen físico para saber qué suministrarle o para aplicarle al paciente y que de este modo no haya problemas en el tratamiento (Ramadán 2018).

Dentro de estos dos espacios el médico tenía una obligación de medios y otra de resultado, en ambos casos se encuentra materializada la culpa del médico debido a su falta de precaución o de diligencia, donde el médico se descuidó en un escenario en el cual creyó que contaba con todos los elementos necesarios para que su actuación fuese eficaz. En todas estas circunstancias el médico debe hacerse responsable de sus actuaciones bajo el tipo penal de mala práctica profesional.

Para finalizar este capítulo, en atención a los posibles errores de diagnóstico que puedan surgir en las esfera de la medicina curativa, el médico bajo ningún supuesto podrá garantizar un resultado cien por ciento efectivo, pero sí el empleo de las técnicas apropiadas según al estado actual de la ciencia médica y las circunstancias concurrentes en cada caso de las personas, del tiempo y del lugar.

CAPÍTULO 2: IMPUTABILIDAD DE LOS ERRORES DE DIAGNÓSTICO SOBREVENIDOS DE LA MEDICINA ASISTENCIAL

Error de diagnóstico como delito culposo

2.1. Definición de delito culposo

Desde su visión más usual el delito se encuentra definido como “aquella contradicción de un acto con una conducta socialmente deseada, cuya infracción se encuentra positivizada y sancionada por el ordenamiento jurídico”. Es así pues, que la antijuridicidad⁶⁸ de la conducta se constituye sobre la base del libre albedrío y la decisión querida este componente lo tienen tanto: los delitos dolosos y los culposos (Espín, 2016).

Para Edgardo Donna (Donna, 2012, p. 29) “este concepto de norma exige el reconocimiento de la libertad de decisión y la posibilidad de dominio causal; es decir, la posibilidad fáctica de poder cumplir con el mandato”. Tanto en los delitos dolosos como culposos el sujeto debe encontrarse en el dominio de la acción causal, es decir debe estar entre lo que está bien y lo que está mal; entre lo que va conforme al Derecho y lo que contraviene al Derecho. En el caso de encontrarse coartada su voluntad, no cabe duda la aplicación de una causal de exclusión de responsabilidad fundamentada en la inexistencia de antijuridicidad del acto.

El delito culposo sería entonces el resultado de no evitar un acto dañoso a un bien jurídico protegido determinado. El fundamento de la sanción en este tipo de delitos, no se encuentra en el querer del resultado final de la acción dañosa como es en el caso de los delitos dolosos⁶⁹, sino en el castigo de la ausencia del cuidado debido del autor, para evitar el resultado lesivo para el bien jurídico protegido. Así, la infracción del autor no está en el resultado final, sino en la acción inobservante del cuidado debido establecido de forma normativa *ex ante* por el ordenamiento jurídico (Espín, 2016).

⁶⁸ Es aquel desvalor que posee un hecho típico contrario a las normas de Derecho en general. Es lo contrario a Derecho, por lo tanto, no basta que la conducta encuadre en el tipo penal, se necesita que esta conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella definida por el ordenamiento, no protegida por las causas de justificación (teoriadeldelitopenal1.es.tl/La-Antijuricidad.htm, 2018, párr.1).

Radica precisamente en contrariar lo establecido en la norma jurídica. Para que sea delictuosa, la conducta ha de ser típica, antijurídica, culpable y punible. La antijuridicidad es otro de los elementos que constituyen el delito (teoriadeldelitopenal1.es.tl/La-Antijuricidad.htm, 2018, párr.2).

⁶⁹ Existe una gran diferencia entre delitos dolosos y culposos. En los primeros, la norma prohibitiva o prescriptiva es diferente para cada delito “no matar”, “no robar”; mientras que en los delitos culposos la norma mandante es única y se constituye como el respeto al deber objetivo de cuidado, dado por la observancia de las normas jurídicas diarias y de convivencia armónica, precisamente eviten el peligro de lesión a los distintos bienes jurídicos protegidos (Espín Rosales, 2016, p. 13).

Con relación a la responsabilidad penal de los profesionales de la salud el Código Orgánico Integral Penal⁷⁰ le otorga el tratamiento de un delito culposo; es decir, así como lo expresa Maynz la culpa ocupa una situación intermedia entre el dolo y el caso fortuito. Mientras en el dolo hay intención, deliberación y, por consiguiente, la responsabilidad debe ser y es plena; en cambio, en el caso fortuito los hechos son extraños al hombre y no pueden serle imputado, en la culpa falta, necesariamente, ese propósito de dañar, pero hay una negligencia, impericia, falta de precaución o de diligencia, descuido o imprudencia que produce perjuicio a otro o que frustra el cumplimiento de una obligación, y debe ser imputada a quien la causa.

Ante la realidad trazada, erradamente se ha creído que el tipo penal culposo es una forma subsidiaria del dolo, que faltando éste se hace presente la culpa como sinónimo de responsabilidad penal. En efecto, se contempló que el cimiento de la culpa lo conformaba el resultado y que consecuentemente ausente el dolo, el resultado lesivo de un determinado bien jurídico a lo menos debía ser sancionado como culposo.

Según la doctrina en la formación de los delitos culposos existe un criterio que establece los tipos culposos por excepción, con enumeración cierta y taxativa de los casos en los que debe apreciarse como típico un actuar culposo, resultando atípicas penalmente las demás conductas que por culpa lesionan un determinado bien jurídico. Este criterio fue adoptado por el COIP, ya que en él existe un cerrado número de casos en los que se responde por un acto típico culposo, como: en el homicidio y en las lesiones, o en delitos contra la salud en los que se pena la producción de un resultado que es consecuencia de la omisión de un deber de cuidado, pero no ha sido querido el resultado.

En este mismo orden y dirección, al tratar de adaptar a la culpa como parte de la acción típica, debe considerarse que de esa manera se reputarán como atípicas aquellas acciones que causan un resultado lesivo o de daño en que el agente ha obrado con la debida prudencia y cautela; así como por ejemplo cuando se trata del médico que opera con la finalidad de sanar y que produce la muerte o causa lesión; es por ello que, si se cumple tal finalidad empleando el deber objetivo de cuidado indiscutiblemente no hay acción típica culposa, sino una acción atípica.

Al analizar la imputabilidad del error de diagnóstico sobrevenidos de la medicina asistencial o curativa, es necesario ver si lo que el médico hizo encaja como una conducta culposa o lo que se denomina también como tipo imprudente; ya que como lo afirma Fernanda Vargas Olalla (2016) lo esencial del tipo de injusto del delito imprudente o culposo, no es la simple causación de un resultado, sino la forma en que se realiza la acción. La observancia del deber de cuidado y la diligencia debida, que constituyen el punto de referencia obligado. En los delitos culposos, a diferencia de los dolosos, la conducta no está dirigida a lesionar bienes jurídicos.

⁷⁰ De ahora en adelante COIP.

En esta clase de delitos, no se criminalizan acciones como tales, sino que las acciones se prohíben, en razón de que el resultado se produce por una particular forma de realizar la acción. De esta manera, un sector de la doctrina señala que en los delitos culposos, a diferencia de los dolosos, la finalidad del autor persigue una meta distinta a la contemplada en la figura típica. Dicha finalidad no cuenta por sí misma, pues la prohibición se funda en que, al seleccionarse los medios, se infringió el cuidado debido y se causó un resultado lesivo. Por tanto, esta sí es indispensable para averiguar cuál era el deber de cuidado que le incumbía al agente. Esto obedece a que los tipos culposos son abiertos, es decir, necesitan de una norma de cuidado que los complete o cierre, lo cual tiene explicación, porque es muy difícil prever las innumerables formas en que la realización de una acción penal, puede violar un deber de cuidado y crear un peligro (Vargas Olalla, 2016, p. 28).

2.2. Tipicidad de los delitos culposos por mala práctica profesional

Antes que nada es necesario hacer un pequeño repaso de lo que es tipicidad y tipo penal para posteriormente estudiar la tipicidad de los delitos culposos. En primer lugar, la tipicidad es “uno de los elementos del delito y consiste en la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley como delito”; en segundo lugar el tipo penal “es la descripción de un acto omisivo o activo como delito establecido en el presupuesto jurídico de una ley penal” (Machiado, J, 2012, párr.1).

El tipo penal de los delitos de acción culposos está integrado, generalmente en el COIP en el artículo 27 y para determinar la infracción del deber objetivo de cuidado, por elementos contenidos en el artículo 146 del COIP.

Artículo 27.- Culpa.- Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código. COIP.(Quito, lunes 10 de Febrero de 2014)

Para que concurra el tipo penal de los delitos de acción culposos es preciso, que el resultado o la cualidad no queridos se haya producido por una infracción al deber objetivo de cuidado, dicha medida objetiva está dada por la necesidad de la protección de bienes jurídicos protegidos y las exigencias de la vida social.

Claus Roxin sobre el tipo culposo, determina que únicamente en el tipo se decide si la conducta ha sido imprudente o no (Roxin, 1997, p. 997-998). Ya que para Roxin el deber objetivo de cuidado es un problema del tipo y no de la culpabilidad, este autor cita como los precursores de esta reforma sistemática de la imprudencia a la teoría de las normas de Engisch, para quien, al basarse en las normas de determinación creadas por el legislador, en los tipos no pueden prohibir la mera causación sino una determinada conducta contraria al cuidado debido. Desde esta perspectiva, Roxin, otorga este traslado a la concepción del injusto personal del finalismo, así como la teoría de la imputación objetiva, puesto que si una conducta no supera el riesgo de lo permitido, no solo estaría disculpada, sino que también provocaría la desaparición del injusto penal (Espín, 2016).

Este criterio ha sido adaptado en el COIP pero de forma errónea, ya que en el artículo 146 de este cuerpo normativo, la existencia del tipo de homicidio culposo por mala práctica profesional se encuentra condicionada a la inobservancia del cuidado debido. De esta manera queda determinada por el legislador la pertinencia de la lesión del deber objetivo de cuidado al tipo del injusto imprudente y no al ámbito de culpabilidad⁷¹.

2.2.1. Elementos de la tipicidad de los delitos

2.2.1.1. Conducta típica

- **Elemento Objetivo:** Abarca el aspecto externo de la conducta del sujeto y para determinarlo hay que fijarse en el **verbo rector** y en las circunstancias complementarias (sujeto, verbo, predicado)
- **Elemento Subjetivo:** Constituye el aspecto interno del sujeto, la voluntad del mismo aquí nos encontramos con dos figuras:

Dolo: intención positiva de hacer daño.

Culpa: inobservancia a la norma de cuidado⁷².

2.3. Elementos de la culpa

2.3.1. Conducta

Para que se configure la culpa es necesario que exista una “conducta voluntaria”, es decir, que la acción u omisión que realiza el sujeto activo debe poder ser referida a la voluntad del ser humano (definicionlegal.blogspot.com, 2016, párr.2).

2.3.2. Nexo causal

Se define como: el nexo o relación que existe entre el hecho que causa el daño y el daño en sí, es una relación de causa efecto, esta relación causal permite establecer hechos susceptibles de ser considerados hechos determinantes del daño (definicionlegal.blogspot.com, 2016, párr.2).

2.3.3. Daño típico

Es la lesión a un interés jurídicamente protegido (definicionlegal.blogspot.com, 2016, párr.2).

⁷¹ La culpa se encuentra concebida en el COIP como la violación del deber objetivo de cuidado. Se encuentra regulada en el artículo 27 del COIP dentro de la sección primera “TIPICIDAD”, del capítulo primero “CONDUCTA PENALMENTE RELEVANTE”.

⁷² La culpa tiene sus bases de la previsibilidad vinculada con un denominado vicio de la voluntad a partir del cual se ha omitido voluntariamente aquello que debía prever lo previsible (Plascencia Villanueva, 2016, p. 122).

La culpa consiste en la omisión de la conducta debida para prever y evitar el daño, ya sea por negligencia, impericia o imprudencia; implica por parte del sujeto un accionar descuidado e imprudente.

2.3.4. Falta de previsión

Es necesario que el hecho no deseado sea la consecuencia de un comportamiento voluntario, contrario a las normas o reglas de conducta que imponen al hombre una actuación prudente y diligente en forma tal de evitar hechos dañosos (definicionlegal.blogspot.com, 2016, párr.2).

2.4. Clases de culpa

Por lo que se refiere a las clases de culpa, hoy en día son pocos los autores que discuten en torno a la existencia de una culpa consciente y una culpa inconsciente; la primera pues, se presenta cuando si bien no se quiere causar lesión o puesta en peligro del bien jurídico, se advierte su posibilidad y sin embargo se actúa, en este punto se reconoce el peligro de la situación pero se confía en no dará lugar esa actuación a un resultado lesivo (culpa consciente), si el sujeto deja de confiar en esto concurre en dolo eventual⁷³; la culpa inconsciente supone que no sólo no se quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera se prevé su posibilidad (culpa inconsciente) (Plascencia Villanueva, 2016).

2.4.1. Culpa consciente

Cuando el autor ha previsto la posible producción del resultado que no quiere que se produzca, y actúa confiando en que el resultado no se producirá. Se viola el deber objetivo de cuidado por la falta de prudencia y cuidado necesarios frente a un resultado lesivo de bienes jurídicos que el agente previó. Se mide esta especie de culpa con el criterio de la previsibilidad objetiva; es decir, que el sujeto previó pero confió en su capacidad (Zambrano, 2014, pp. 199-200).

2.4.2. Culpa inconsciente

Cuando el sujeto por no emplear la diligencia y prudencia necesarias y que está en condiciones de emplear, desatendiendo el deber objetivo de cuidado no prevé la producción de un resultado lesivo de bienes jurídicos. Se trata de la falta de previsión (o de representación) de lo que es normalmente previsible; es decir, el sujeto dejó de prever siendo previsible, esto es, pudo prever pero por descuido no lo hizo (Zambrano, 2014, p. 200).

Segunda clasificación de culpa:

2.4.3. Culpa grave

Es la culpa más grave ya que en ésta el sujeto vulnera las normas de cuidado.

⁷³ El dolo eventual se refiere cuando el sujeto activo no actúa para dañar, sino que el sujeto obra aunque se represente la posibilidad de un resultado dañoso que no descarta; como por ejemplo cuando para ganar una carrera automovilística continua su marcha a pesar de hallar en su camino a una persona que pueda herir con su vehículo, y afronta el riesgo de así hacerlo (Enciclopedia Jurídica, 2017).

2.4.4. Culpa leve o imprudencia simple

Se la equipara con la imprudencia temeraria, es la persona que emprende una conducta peligrosa sin importarle los riesgos que se puedan dar. Esta culpa puede dar lugar a delitos.

2.4.5. Diferencia entre culpa grave y culpa consciente

La culpa grave constituye delito, y la culpa consciente constituye hacer cualquier actividad. En la culpa grave ya se realiza una actividad concreta y el sujeto sabe que esa actividad conlleva riesgos pero no le importa y ahí emerge en la vulneración de las normas de cuidado. En la legislación ecuatoriana la culpa consciente equivale a culpa grave y por lo tanto constituiría delito.

2.4.6. Sujetos de la conducta

- **Sujeto activo:** Es quien realiza el tipo penal, es la persona que adecua su conducta a todos los elementos del tipo penal (médico).
- **Sujeto pasivo:** Es el titular del bien jurídico protegido (paciente).
- **Estado:** Está siempre presente en los delitos de acción pública (Fiscal, Juez de Garantías Penales, Tribunal de Garantías Penales).

2.4.7. Objeto

Está relacionado con el bien jurídico protegido, el bien jurídico protegido es el derecho fundamental que se protege.

- **Objeto material:** Es la persona o cosa sobre la cual recae físicamente la acción delictiva, se lo conoce también como “objeto de la acción”.
- **Objeto jurídico:** Constituye el bien jurídico protegido.

El juzgador debe ver la conducta y los hechos no de manera aislada sino en conjunto y adaptarlos a todos los elementos de la norma.

2.5. El delito culposo como un tipo penal abierto

Autores como Welzel (1969) sostienen que: “En los delitos culposos la acción del tipo no está definida en la ley. Sus tipos son, por ellos, abiertos o con necesidad de complementación, ya que el juez tiene que completarlos para el caso concreto conforme a un criterio rector general” (Welzel, 1969, p. 113). Ya que la tipificación de un delito culposo es “incompleta”, le corresponde al juez establecer los criterios que delimitan la violación del deber objetivo de cuidado⁷⁴ en la situación

⁷⁴ Beatriz Romero Flores, “La imputación objetiva en los delitos imprudentes”, *Anuales de derecho, Universidad de Murcia*, No. 19 (2001): 264, <<http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/56651/54601>>. Romero Flores, al citar a Quintano Ripollés, sostiene que la caracterización más acertada de la

concreta y en el ámbito de la relación y, posteriormente, determinar si esa conducta se ajustó a ese cuidado a fin de señalar la presencia, o no, del injusto⁷⁵.

Toda esta cuestión del delito culposo como tipo abierto se ha cuestionado debido a que atenta contra el principio constitucional de legalidad, pues quien completa la tipología es el juez a través de un ejercicio de valoración casuístico concreto. En concordancia con esto, Hava García (2002) opina que: “si bien es el juez quien debe descubrir en cada caso en qué consiste el cuidado objetivamente debido, no por ello es quien engendra tal regla de cuidado, dado que estas son preexistentes a la labor judicial” (García E. H., 2002, p. 196).

Ante la propia estructura legislativa del delito culposo, que a criterio de Guillermo Espín (2016) es de carácter bivalente, es de carácter cerrado debido a que la misma ley establece como presupuesto del tipo culposo la sola violación del deber objetivo de cuidado con un resultado dañoso, y la determinación del deber objetivo de cuidado se encuentra dada en virtud de parámetros propuestos por el propio ordenamiento jurídico. Este tipo penal es abierto en la medida en que el juez valora el caso concreto y determina qué conducta era exigible con base en amplia disposición de normas que configuran el cuidado debido, más aún si estas no se encuentran escritas y corresponden a reglas de la experiencia o de la costumbre, es indiscutible que existe la tarea del juez de completar la disposición normativa aplicable a un hecho concreto⁷⁶ (Espín Rosales, 2016, p. 18).

2.6. La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional

Antes de revisar la responsabilidad en el ámbito penal por mala práctica profesional, es necesario repasar lo que está enmarcado dentro de la Constitución acerca de la responsabilidad por mala práctica profesional, ya que es en la Carta Magna donde se encuentran enmarcados los preceptos básicos que regulan la conducta humana y toda norma inferior debe remitirse a ella.

Ahora bien, debido a que el origen de la actividad médica es riesgosa debido a su inferencia con la vida humana, ello conlleva varios sistemas de responsabilidad. Dentro de ellos se encuentran la estructura del ordenamiento jurídico, como son: la vía civil, administrativa y penal. La mala práctica profesional tiene su propia base en la Constitución de la República 2008 (Registro Oficial 449 de 20-oct-2008), la cual en su artículo 54 inciso segundo prevé: “Las personas serán responsables

naturaleza de la culpa es la normativa. El juzgador deberá precisar que es lo debido o indebido en el caso concreto.

⁷⁵ Eugenio Zaffaroni, Raúl Alagia y Alejandro Slokor, *Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires: Ediar, 2000), 489. Para Zaffaroni, los tipos culposos son abiertos, es decir, necesitados de la búsqueda de una norma de cuidado que los complete, lo que no se explica por efecto de una mera arbitrariedad legislativa sino porque es imposible prever las innumerables formas en que la realización de una acción puede violar un deber de cuidado y crear un peligro.

⁷⁶ Zambrano Pasquel, *Estudio introductorio al Código Orgánico Integral Penal, t.II*, 176. Así lo reconoce también Alfonso Zambrano Pasquel, quien establece que frente a cada caso concreto le corresponde al juez examinar si se incumple el deber objetivo de cuidado. Dimensiónese allí la capacidad que debe tener el juez para delimitar el tipo culposo complementando la tarea del legislador.

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”.

De lo anterior se desprende que, la responsabilidad penal tiene un postulado básico basado en el principio de lesividad a un bien jurídico protegido, en el caso del médico, constituido por la vida, la integridad corporal y salud física o psíquica del paciente. La responsabilidad penal se encuentra gobernada por el principio de legalidad consagrado en la Constitución de la República 2008 (Registro Oficial 449 de 20-oct-2008), y en la ley penal⁷⁷, el cual garantiza que ninguna conducta es punible si no se encuentra prevista en la ley como delito con anterioridad a su cometimiento.

En el Ecuador hasta el 10 de agosto del 2014, cuando entró en vigencia el COIP, no se consagró un tipo penal autónomo para la sanción de la mala práctica profesional. El Código Penal de 1971 únicamente tipificaba de forma general el homicidio culposo, las lesiones inintencionales y otras figuras penales relacionadas con el servicio médico⁷⁸. En el COIP, sí se encuentran consagrados los delitos relacionados con el tipo imprudente por mala práctica profesional. Principalmente el artículo 146 que prevé el homicidio culposo por mala práctica profesional y el artículo 152 que tipifica las lesiones culposas por la violación del deber objetivo de cuidado (Espín Rosales, 2016, p. 71).

En cuanto a la existencia de responsabilidad penal médica, el tratadista Romeo Casabona establece cuatro requisitos para establecerla: “a) conducta que infringe los deberes de cuidado que impone la actividad; b) producción de la muerte o lesión del paciente; c) la relación de causalidad entre la conducta del médico y el resultado producido; d) existencia de una relación de antijuridicidad entre ambos o imputación del resultado mediante estándares objetivos (imputación objetiva de resultado)” (Romeo Casabona, La responsabilidad penal del Médico por mala práctica profesional, 2011).

⁷⁷ *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76, numeral 3: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”. Así también el COIP, art. 5, numeral 1: “Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: 1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla”.

⁷⁸ Ecuador, *Código Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 147 (22 de febrero de 1971), estado: derogado. Esta ley tipificó el homicidio inintencional como: “art. 459.- Es reo de homicidio inintencional el que ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra otro”. De igual manera, existían otros tipos penales relacionados con el servicio médico sanitarios, véase arts. 156, 456, 457, 468, 469, entre otros.

Según la doctrina⁷⁹ y nuestra legislación⁸⁰ existen dos grandes hemisferios que marcan la responsabilidad penal: el dolo y la culpa. Estas dos figuras jurídicas se fundamentan en el presupuesto de la voluntad humana para la concreción de un acto y en la conciencia de sus efectos.

Es así pues, que el dolo está marcado por la intención positiva de cometer un acto, pero también un resultado; la culpa por el contrario, se basa siempre en la imprudencia, negligencia, impericia, o inobservancia de la ley del agente, cuya acción produce un resultado no querido que es el daño a un bien jurídico protegido. Ambas formas de responsabilidad en conjunto con la imputabilidad y la exigencia de una conducta adecuada a una determinada disposición del ordenamiento jurídico, marcan el concepto de culpabilidad. Por todo esto, se debe de hacer una distinción de manera categórica entre culpa y culpabilidad; el primero es el concepto genérico y el segundo es elemento constitutivo del primero (Espín, 2016).

La culpa puede originarse por la acción o por la inacción del médico (omisión); es por esto que se debe de partir del principio que sin acto galénico no hay la eventual imputación de la responsabilidad del médico; ya que es este acto lo que hace que el profesional de la medicina pueda responder jurídicamente bajo la figura de mala práctica profesional de aquello que sea un verdadero acto médico o incluso de su omisión.

Además de lo mencionado el médico está condicionado a dos factores en el ejercicio de su profesión: el primero corresponde a que si es voluntad ocasionar daño a su paciente; el segundo factor corresponde a que la voluntad del médico es buena y no obstante falla por no adecuar cuidadosamente su obrar de acuerdo con esa intención, habrá en el segundo escenario culpa (Plascencia Villanueva, 2016).

Por la misma naturaleza de la actividad médica, el médico puede producir voluntariamente lesiones en el cuerpo del paciente, trátase en el caso de un cirujano por ejemplo que tienen necesariamente que utilizar procedimientos invasivos de diagnóstico⁸¹ para atender a su paciente. La

⁷⁹ Se deslinda el dolo de la culpa aun como formas de culpabilidad porque esta supone la voluntaria realización de un hecho la no previsibilidad del resultado que se causa y la omisión de la diligencia o del cuidado debido, no hay elemento voluntario de querer la realización del hecho (decimos del tipo) que se exige al dolo (Zambrano Pasquel, 2014).

⁸⁰ El Código Orgánico Integral Penal (Registro Oficial, Suplemento, No. 180 de fecha 10 de febrero de 2014) regula a estas dos figuras por separado en los artículos 26 y 27.

Artículo 26.- Dolo.- Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño. Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena.

Artículo 27.- Culpa.- Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código.

⁸¹ Los procedimientos invasivos de diagnóstico son aquellos que son realizados por un profesional de la medicina en el cual el cuerpo es agredido química y/o mecánicamente o mediante inyecciones intradérmicas y/o subcutáneas, o se introduce un tubo o un dispositivo médico. Todo cuerpo extraño que se introduce en el organismo es un invasor. Para curar determinadas enfermedades es necesario usar materiales que en la mayor parte de las veces son traumáticos como son: una intubación, sondaje nasal y genital, inyecciones, canalización

voluntad del médico en teoría no es dañar a quién está atendiendo o diagnosticando; al contrario la actividad del galeno corresponde a curar lo cual no constituye delito a menos que obre culposamente o dolosamente (Plascencia Villanueva, 2016).

Concluyendo esta idea, es preciso señalar que ésta consiste en no haber sido diligente, prudente o hábil o no haber tomado todas las precauciones que hubieren evitado el daño. En tales condiciones para atribuir responsabilidad civil y penal al médico en el ejercicio de su profesión, resulta indispensable que en el proceso se establezcan los elementos fundamentales de la culpa, cuales son:

- a) Relación causal entre el acto u omisión culposa y el resultado lesivo; y,
- b) Previsibilidad de tal resultado (García, 2011).

2.6.1. Criterios para determinar la responsabilidad del médico según la doctrina

a. Impericia:

Es la falta de pericia, entiendo por ésta la sabiduría, conocimientos técnicos, experiencia y habilidad en el ejercicio de la medicina. Así, la realización de una intervención quirúrgica sin conocer las reglas técnicas, o no saber asistir un caso de urgencia (Yungano Arturo., 1987).

b. Imprudencia:

La imprudencia puede derivarse del manejo inadecuado de las fuentes de riesgo que en un principio el sujeto activo podía desplegar lícitamente y en este caso la responsabilidad penal deriva por cuanto el sujeto al desplegar su comportamiento sin las medidas de precaución o de control del riesgo que imponía la situación; o, de la ejecución de actuaciones vedadas por el ordenamiento jurídico al sujeto, quien sin embargo las emprende sin orientar el proceso de riesgo a la afectación del bien jurídico.

Cuando se analizan los elementos del contenido de la conducta culposa, se topan tanto en la jurisprudencia, como en la doctrina científica, y en el Código Orgánico Integral Penal con una provisión de elementos diferentes, pero, a su vez todas mencionan la mayoría de las veces la infracción del deber de cuidado. Factores como: la "previsibilidad", "cognoscibilidad" o "advertibilidad" y "evitabilidad" del resultado como presupuestos o requisitos de la conducta imprudente⁷ son preceptos que ha recogido la legislación penal ecuatoriana para castigar la conducta imprudente.

Es la falta de reflexión; es realizar un acto con ligereza, sin las adecuadas precauciones. Ésta es otra forma que puede asumir la culpa y quedará configurada por ejemplo, en el supuesto de realizar

de vías centrales, etc. Unos son más invasivos que otros, si hay que destacar el más incómodo e invasivo sin duda es la intubación naso/faríngeo (MedicineNet.com, s.f.).

una transfusión de sangre sin establecer antes los grupos sanguíneos (García, 2011). La imprudencia se configura cuando el sujeto activo (médico) realiza actos apresuradamente y sin considerar riesgos que causen daños a terceras personas, en este caso, en el paciente enfermo (García, 2011, p. 195).

c. *Negligencia:*

Es sinónimo de descuido y omisión. Desde el punto de vista del derecho y como elemento o forma de la culpa es la falta de diligencia debida o del cuidado necesario en un acto jurídico o en un hecho humano. Puede configurar un defecto de la realización del acto o bien una omisión (Yungano Arturo., 1987, p. 160). El defecto o la omisión en la realización del ejercicio médico constituye otro de los supuestos de responsabilidad: así, falta de protección en aplicación de radioterapia; olvidar instrumentos quirúrgicos en el cuerpo del paciente, provocando lesión o poniendo en peligro su vida u ocasionando la muerte; entre otros (Yungano Arturo, 1987, p. 160).

d. *Inobservancia de los reglamentos y de los deberes del cargo:*

Constituyen otras formas de responsabilidad que podrán ceñirse a la esfera administrativa si no se produce un daño al paciente, o sumarse a ello la instancia judicial si se lo provoca. A título ejemplificativo pueden citarse: la omisión o defecto en la confección de la historia clínica; realizar el “practicante” actos no autorizados o sin el debido control; no fiscalizar las tareas del personal auxiliar que debe cumplir con las indicaciones dadas por el médico, entre otros (Yungano Arturo., 1987).

e. *Violación del deber objetivo de cuidado:*

El actuar de las personas se funda en la libertad de decisión y en un actuar concienzudo y dotado del respeto hacia los derechos humanos de los que los rodean; es por eso que queda al arbitrio de cada individuo optar por las acciones que realiza en el mundo, sin embargo, el modo de ejecutar estas acciones en ningún caso es limitado, pues en cada caso se deberá de observar las normas que rigen el desempeño de cada actividad, más aun si esta actividad o acción se considera peligrosa o por su naturaleza posee un alto riesgo de vulnerar ciertos bienes jurídicos protegidos como es el caso de la medicina. Este deber de observancia ha sido recogido por el Derecho y se lo ha denominado como “deber objetivo de cuidado”.

Como se repasó en la tipicidad, el tipo penal en forma general es una proposición descriptiva de conductas que se encuentran en contradicción con las normas descritas en un ordenamiento jurídico. En los delitos dolosos, la finalidad como elemento de la acción se encuentra direccionada a

la realización de un resultado típico; mientras que en los delitos culposos, tratadistas como Gossel⁸² mencionan que está direccionada a la afectación de un deber objetivo de cuidado respecto del bien jurídico protegido; es decir, en el hecho de que el perjuicio del bien jurídico era objetivamente evitable mediante una ejecución diferente a la acción del sujeto (Gossel, 1995).

La acción del médico no busca la afectación de un bien jurídico protegido al paciente, pero el fundamento de los delitos culposos recae en la vulneración de estos bienes debido al descuido evitable de quien no ha observado una conducta cuidadosa y acorde con las normas de convivencia social, las cuales componen el concepto de deber objetivo de cuidado.

La doctrina ha considerado como un problema mayor el hecho de que las normas de cuidado deban ser consideradas de manera objetiva y abstracta en relación al “individuo cuidadoso”, hallándose por otra parte una concepción subjetiva que se basa en las capacidades especiales del infractor. Es por todo esto, que para conceptualizar de manera adecuada al deber objetivo de cuidado es necesario analizar las teorías objetivas y subjetivas que engloban a esta figura.

En cuanto a la concepción objetiva del deber del cuidado, se encuentra determinado en el ordenamiento jurídico el cual exige un determinado comportamiento en una situación concreta de riesgo para evitar la lesión de un bien jurídico protegido.

La actividad del legislador encuentra una gran dificultad en la figura del “deber objetivo de cuidado” al determinar si la conducta es debida o no; si la conducta del profesional fue cuidadosa o no en el caso en el caso concreto. Frente a esta inquietud dentro de la conducta deseable del sujeto frente a una situación concreta Claus Roxin emplea la fórmula del riesgo permitido y manifiesta que:

Si la actuación se mantiene dentro del marco de lo establecido por la figura-baremo⁸³, no concurre una creación de peligro o al menos no supera el riesgo permitido por tanto no procede la imprudencia. Si en cambio el sujeto ha creado un riesgo mayor al producido la persona ficticia que sirve de comparación, entonces se realiza el tipo imprudente” (Roxin, p. 1009).

Roxin explica la dificultad que implica la determinación de la conducta culposa con la infracción del deber objetivo de cuidado, ya que involucra el uso de criterios rectores de las normas que son conocidos en los respectivos sectores del tráfico, aun cuando éstos no se encuentren codificados o escritos al modo de las normas jurídicas de la *lex artis* como lo es en el caso de la actividad del médico.

⁸² Reuinhart Maurach, Karl Gossel y Heinz Zipf, *Derecho Penal Parte General: Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho* (Buenos Aires, Astrea, 1995), citado por Edgardo Donna, *El delito imprudente*, p.31.

⁸³ Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 1009. Roxin, al tratar la figura del baremo diferenciada, explica esta situación, con el ejemplo del electricista: “Por tanto si un deshollinador o un instalador (electricista), han causado una lesión de bienes jurídicos en el ejercicio de su profesión, se ha de tomar el baremo o parámetro de la conducta de un deshollinador o instalador consciente y cuidadoso”.

Esta concepción objetiva apunta a que el legislador debe basar su criterio desde la perspectiva del *ex ante*, esto es con anterioridad al acontecimiento del daño. Al respecto Hans Heinrich Jescheck⁸⁴ sostiene que “cuando se ha constatado el aspecto objetivo del hecho imprudente, o sea del tipo injusto, puede seguirse preguntando si el mandato general de cuidado y de previsión también hubiese podido ser cumplido por el sujeto según su inteligencia, formación, habilidad y capacitación, su experiencia de vida y su posición social” (Jescheck, 1981)⁸⁵.

Welzel frente al cuidado debido afirma que éste debe ser considerado de carácter “objetivo y normativo”, ya que no tiene importancia cuál sea el cuidado que haya observado o haya podido observar el autor (conducta deseada), sino únicamente cual sea el cuidado necesario en el acto (Welzel, 1964, p. 113).

Para finiquitar este punto es necesario recapitular lo que dice la doctrina y sacar una conclusión acerca de la concepción objetiva del cuidado debido; pues bien ésta se basa en normas y reglas adecuadas socialmente al sector de la sociedad, usando como baremo la figura del ser humano medio, diligente y cuidadoso. Sin embargo, en un espacio de la doctrina se ha discutido qué sucede en los casos específicos en los cuales la capacidad del autor es mayor o menor de lo que corresponde a las exigencias generales. Por ejemplo: cuando un médico general de avanzada edad posee la vista y la motricidad disminuidas para realizar un diagnóstico correcto para asociar síntomas y signos o para realizar un examen físico, lo que no le permiten actuar con las reglas de la *lex artis*. O al contrario, se está frente a un médico general joven, activo que puede rendir mejor que las normas exigidas por el baremo medio.

Dicho esto, ahora que se va a abordar la concepción subjetiva del cuidado debido defendida principalmente por Stratenwerth⁸⁶, quien afirma que el sujeto podía haber actuado con mayor prudencia que el hombre medio, y con ello evitar el resultado, debió hacerlo so pena de actuar antijurídicamente, mientras que aquel que no pudo comportarse con toda la prudencia que pudo desplegar el hombre medio, no actuó ni siquiera jurídicamente (Stratenweth, 2005).

Gunther Jakobs⁸⁷ considera que la motivación individual es la que sostiene a la tipicidad, en este aspecto menciona que “la norma de conducta que sirve de base al tipo, tiene que darse por satisfecha con el poder individual del autor, pues la posibilidad real de motivación no puede superar lo reconocible por el autor” (Jakobs, 1972, p. 65). Para este autor, quien posee conocimientos

⁸⁴ Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Derecho Penal Parte General*, citado por Edgardo Donna, *El delito imprudente*, 118.

⁸⁵ Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal, t. II* (Barcelona, 1981), 779, citado por Roxana Piña, “El tipo subjetivo en el delito imprudente”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam*, 490-491, <<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-578s.pdf>>.

⁸⁶ Gunther Stratenweth, *Derecho Penal –I*, 323-324, citado en Edgardo Donna, *El delito imprudente*, 123.

⁸⁷ Gunther Jakobs, *Studien zum fahrlässigen erflogsdelikt*, (Berlín, 1972), 65, citado por Corcoy Bidasolo, *El delito Imprudente*, 103.

especiales con respecto a las circunstancias de un hecho, está obligado a usarlos únicamente en razón de su posición de garante.

Según este postulado, el autor de la infracción únicamente se encuentra obligado a prestar el cuidado que le fuere posible de acuerdo con sus capacidades individuales. Por lo que en caso de que el sujeto posea capacidades superiores, se encuentra obligado a emplearlas para evitar la lesión del bien jurídico protegido caso contrario se le imputaría tal vulneración. En cambio, una persona limitada por debajo de la capacidad media, a la cual no le es posible actuar con la diligencia exigida, determina la exclusión de la imputación personal o imputabilidad por imposibilidad de actuar de otra manera.

Sin embargo, hay algo que se debe de tener en cuenta y es que se debe de alertar al juzgador que el autor advirtió los riesgos potenciales de su conducta, aun consciente de su incapacidad para evitarlos, en este caso según Roxin existirían imprudencia objetiva y subjetiva por provocación culpable por emprendimiento o asunción. Por ejemplo, el médico ginecólogo que está consciente de que su capacidad visual es precaria, es mínima y a pesar de esto hace un diagnóstico erróneo confundiendo quistes en los ovarios con un embrión de un mes.

Acerca de las capacidades inferiores, Corcoy Bidasolo (2008) establece lo siguiente: “al sujeto con incapacidad inferior a la media no se le prohíbe realizar la conducta sin atender al cuidado que tendría el hombre medio, sino participar en una actividad peligrosa sin tener capacidad para ello” (Bidasolo, El delito imprudente, sf., p. 117). Por ejemplo, una persona cuando no observa bien, tiene la obligación de abstenerse a conducir en la noche, o un médico de realizar una operación a corazón abierto (Espín, 2016).

Acerca de los conocimientos superiores, la discusión de la doctrina se centra en determinar si es que el capacitado tiene la obligación de actuar en conformidad de sus capacidades superiores o únicamente se le puede exigir que actúe conforme al hombre promedio. Un ejemplo de esta discusión es el cirujano con conocimientos extraordinarios que le imposibilitan salvarle la vida a un paciente, pero únicamente aplica los protocolos del médico promedio lo que lleva a su paciente a la muerte.

Schunemann (1975) reconoce este problema de las capacidades, y expone que se deben de crear baremos objetivos que se acoplen a estas facultades por encima de la media, y que precisamente permitan establecer estas exigencias a todos. De esta manera, la media del cuidado debido se determinará de acuerdo con la habilidad de cada sujeto en la situación concreta de cada profesión.

El maestro Eugenio Raúl Zaffaroni, expresa: “la falta de cuidado exterior como un componente normativo, que se asocia al elemento intelectual del deber de cuidado”. De este modo, Zaffaroni indica que el tipo culposo requiere de una conducta que reúna las siguientes características:

- a) Viole un deber de cuidado;
- b) Cause un resultado lesivo de un bien jurídico protegido; y,

c) Que la violación del deber de cuidado, sea determinante del resultado porque siempre los tipos culposos son abiertos, pues la fórmula individualizadora debe ser completada en la actividad juzgadora con una pauta o regla general a la que remite; solo consta el resultado lesivo en la norma.

Zaffaroni ha expresado dentro del Derecho Penal Médico acerca de las intervenciones médicas:

Es la actividad que se practica con un fin terapéutico, surge claramente del orden normativo. Si el fin curativo no se logra, es decir si media un resultado negativo, tampoco habrá tipicidad penal siempre que haya actuado conforme a las reglas del arte médico, aunque no se obtenga un restablecimiento total de la salud, de la integridad física, pero se obtiene su conservación o mejoría, puede considerarse que se trata de un resultado positivo, siempre que éste fuese lo que era dable esperar de las posibilidades brindadas por el conocimiento científico y los medios disponibles en la emergencia (Zaffaroni E. R., Responsabilidad Penal de los Médicos, s.f.).

De la misma manera, Zaffaroni manifiesta que cuando la conducta médica es violatoria a las normas de conducta:

Resulta violado un deber de cuidado y por ende su conducta será culposa de lesiones u homicidio, pero solo en caso de resultado negativo. Las reglas del arte médico se traducen en el adecuado e indicado procedimiento, diagnóstico y en la aplicación de los cuidados que sean del caso, (esto debe acreditarse con peritos), el procedimiento solo será adecuado a las reglas del arte médico cuando se ha tomado el máximo de precauciones o cuando ya no exista otro que permita neutralizar el peligro de muerte u otro daño, siempre que el producido, no sea de otra naturaleza o más grave que el que se quería evitar. (Zaffaroni E. R., Responsabilidad Penal de los Médicos, s.f.).

Para finalizar este punto, en base a todo lo revisado se deduce que la legislación ecuatoriana se basa en cuanto a la responsabilidad penal del imprudente en un doble baremo: por una parte se encuentra el baremo objetivo para determinar la existencia del tipo; y por otro lado se encuentra el baremo subjetivo (no tipo subjetivo) para determinar los requerimientos de culpabilidad del sujeto.

Es por todo lo dicho que para realizar la interpretación del deber objetivo de cuidado del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se van a encontrar diferentes consideraciones, como por ejemplo, se deberán de tomar en cuenta el grado de diligencia, formación profesional y condiciones objetivas de evitabilidad y previsibilidad, esta concepción debe interpretarse de manera objetiva; en cambio si se habla de la formación del profesional, al derecho penal no le interesa si el médico que realiza el diagnóstico de apendicitis aguda no aprendió en su vida académica la dosis de anestesia para un enfermo de apendicitis, sino que la labor del legislador se centrará, que al ser especialista en la materia, tiene un deber mínimo de conocer la dosis de anestesia dispuesta por la *lex artis* para enfermos con apendicitis. Es distinto que en la esfera de la culpabilidad se analicen los conocimientos superiores o inferiores del médico que pudieron influir en su accionar atípico pero tal vez no culpable. De igual modo, los puntos de evitabilidad y previsibilidad como componentes del artículo 146 deben ser analizados desde el punto de vista objetivo del cuidado debido.

2.7. La culpabilidad

Es el juicio de reproche que se realiza a la persona que ha cometido el injusto penal; se verifica el grado de libertad de actuación que como individuo consciente ha desarrollado frente al hecho objeto de esta valoración. Los elementos que integran esta categoría son: imputabilidad que no es sino la verificación de que el sujeto activo no tenga impedimentos de comprensión de carácter biológico o producido por una alteración, enfermedad mental que se haya verificado en el momento de la comisión del injusto; y el juicio de valoración biológica se limita igualmente a verificar si el sujeto activo es un menor de edad.

Otro elemento fundamental de la culpabilidad, es la constatación de la existencia de una conciencia de la antijuridicidad en el momento de la realización de la conducta típica y antijurídica, es decir se verifica que esa persona haya sabido que su comportamiento es un delito y que el mismo produce una afectación a los bienes jurídicos de otra persona y que consciente del carácter delictivo no haya actuado conforme a derecho o conforme a lo ordenado o prescrito por la norma penal.

El Código Orgánico Integral Penal en el Art. 34, establece que: “Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”

De acuerdo con el modelo de Claus Roxin en la categoría delictiva de la "responsabilidad" se trata de saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que ha realizado. El presupuesto más importante de la responsabilidad es, como es sabido, la culpabilidad del sujeto. De ese modo la responsabilidad se presenta en el campo de las determinaciones de la punibilidad como la realización dogmática de la teoría político-criminal de los fines de la pena y por regla general prescripción dirigida al juez para que imponga una sanción. (1997, pp.222-223). Es decir, Roxin denomina responsabilidad al proceso por el cual se determina no solo la culpabilidad del sujeto activo sino que hace un juicio de valoración sobre la necesidad preventiva de la pena.

Se han planteado a lo largo del tiempo algunas teorías acerca de la culpabilidad; entre ellas se encuentran: las teorías objetivas, las subjetivas, las positivistas, y finalistas.

A continuación se realizará una descripción de cada una de ellas:

2.7.1. Teorías objetivas:

Estas teorías establecen la esencia de la culpa en aspectos externos u objetivos, al margen de la *psique* del sujeto activo, destacando la de los medios antijurídicos y la de la acción contraria a la policía y a la disciplina (Plascencia Villanueva, 2016).

- a) **La teoría de los medios antijurídicos:** Dentro de esta teoría la culpa se hace desprender de dos presupuestos: la relación causal eficiente entre la conducta del sujeto activo y el resultado ilícito y la elección de los medios antijurídicos; es decir, basta que el resultado típico se produzca por

un medio contrario al derecho para que sea punible a título culposo (error en el diagnóstico) desapareciendo la posibilidad del caso fortuito (Plascencia Villanueva, 2016).

- b) **La teoría de la acción contraria a la policía y a la disciplina:** Esta teoría es defendida por Manzini (1951), quien considera que la culpa como conducta voluntaria, genérica o específicamente contraria a la policía o a la disciplina, de la cual derivó como causa del efecto, un efecto dañoso o peligroso (daños en la salud del paciente por un error en el diagnóstico médico), previsto en la ley como delito y producido involuntariamente o como consecuencia de la de la errónea opinión inexcusable de cumplir con el deber jurídico. En estos casos la culpa se traduce como negligencia, imprudencia o impericia, en virtud de la inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas (Plascencia Villanueva, 2016).

2.7.2. Teorías subjetivas:

Se basan en cuestiones como la previsibilidad, la provisióbilidad, la violación del deber objetivo de cuidado y el error (Plascencia Villanueva, 2016).

- a) **La previsibilidad:** Esta teoría está basada en la posibilidad del sujeto activo de evitar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (en el caso del paciente de su integridad o vida que están íntimamente vinculados), mediante la previsión del mismo, surgiendo la culpa cuando se produce una lesión o puesta en peligro del bien jurídico sin que intervenga el querer por parte del sujeto activo (el médico) y derivado de la falta de previsión de un evento que era previsible (Plascencia Villanueva, 2016).

Puede parecer la de tipo más antiguo pues se atribuye a Paulus la expresión “culpa es el no haber previsto lo que una persona diligente pudo prever, o no haber advertido que no podía evitar el peligro”. Zambrano, Alfonso (2014), considera que en la expresión Paulus se encuentra el asidero moderno para la culpa con previsión y culpa sin previsión, o culpa con o sin representación, o culpa consciente o inconsciente.

Puede así definirse a la culpa como la falta de previsión de lo que es normalmente previsible (culpa inconsciente), o la producción de un resultado previsto como posible a consecuencia de la omisión del cuidado debido (culpa consciente).

Se pueden diferenciar la previsión de la previsibilidad, porque con la previsión, se alude al hecho real y concreto que el sujeto no se representó mentalmente, con la previsibilidad, se refiere a la capacidad o potencialidad de representación mental.

- b) **La provisióbilidad:** Esta teoría se puede entender como en el hecho de proveer el cuidado posible y adecuado para evitar lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido, surgiendo la culpa cuando se omite prever y proveer lo necesario para evitar un resultado típico, previsible y provisióvable (Plascencia Villanueva, 2016).

- c) **La violación del deber objetivo de cuidado:** Esta teoría se basa en la atribución a la culpa de un origen basado en la violación de un deber objetivo de cuidado exigible a todo ciudadano en los casos en que se realiza actividades peligrosas de las cuales deriva o puede derivar una posible lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos (Feuerbach, 1847).
- d) **El error:** Esta teoría fue expuesta por Merkel, el autor plantea la posibilidad de que en la culpa el sujeto activo (el médico) no quiere la realización de los caracteres constitutivos del delito o de alguno de ellos, y no la quiere por causa de error o de ignorancia. Dicho de otra manera, para que sea factible dar entrada a la culpa por parte del sujeto activo, se requiere que el error o ignorancia por parte de éste sean evitables, en virtud de las circunstancias en que se halla el actor al momento de ejecutar el hecho, pues de otra manera se estaría ante la presencia de un caso fortuito (Plascencia Villanueva, 2016).

2.7.3. Teoría positivista

La teoría positivista considera a la culpa como el resultado de una conducta involuntaria en relación con sus efectos, la punibilidad no tiene fundamento diverso del que tiene el delito doloso, en efecto autores como Enrico Ferri (1884) exponen que:

La razón de aquella forma represiva de defensa social; que en un determinado momento histórico cada sociedad civilizada considera necesaria contra determinadas acciones que intencionalmente o no, conscientemente o de modo inconsciente, aparecen por debajo del mínimo de disciplina social establecido por las leyes, es la de que constituyen expresión sintomática de una personalidad más o menos inadaptada a la vida social y, por ende, peligrosa, para la que no bastan las sanciones del derecho civil, administrativo o disciplinario (Ferri, 1884).

Es más reciente en su conformación y con ella se pretende centrar la esencia de la culpa en el proceso de manifestación de la voluntad. Se admite que hay voluntad tanto en los comportamientos dolosos como en los culposos, habiendo en los dolosos la decisión de concretar un resultado prohibido o de no producir intencionalmente uno ordenado, en los culposos se emplea la fórmula voluntad más imprudencia, en estos no hay la intención de producir resultado ilícito o antijurídico (Zambrano, 2014).

Por lo expuesto, se aprecia que con la referencia a la voluntad se torna difícil diferenciar al dolo de la culpa, porque es complejo admitir una buena voluntad que genere resultados lesivos. Francesco Carrara, refiriéndose a la omisión voluntaria señala:

Porque si bien en los hechos culposos existe un vicio de inteligencia, que no previó las consecuencias dañosas de un hecho, sin embargo, en su origen este vicio del intelecto se remonta hasta la voluntad del agente, porque, por un vicio de la voluntad, no empleó la reflexión con la cual podía iluminarse y conocer esas consecuencias siniestras. (Carrara,sf)

Modernamente hay la posibilidad de admitir la voluntad en los tipos culposos y en los dolosos, en éstos cuando se mata cometiendo homicidio simple se viola voluntariamente la norma jurídica que dice “no matar”; y si se produce culposamente la muerte de otro se infringe voluntariamente la norma jurídica que impone “actuar con cuidado” (Zambrano, 2014, p. 182-183).

2.7.4. Teoría Finalista

Como resultado de trasladar la finalidad al centro del injusto penal, el finalismo de Hans Welzel (1931) sustrajo tanto el dolo como la infracción del deber objetivo del cuidado, como base de la imprudencia, de su tradicional sede en la culpabilidad. Todo el hecho, concebido como unidad definida por lo subjetivo y no solo su parte objetiva, se constituye en contenido del injusto. La culpabilidad deja de continuar cubriendo la parte subjetiva del hecho. De ese modo se consigue abandonar por completo el contenido psicológico de la culpabilidad y convertir la concepción normativa del causalismo en una concepción puramente normativa (García, párr.5. 2010)

Precisamente, el contenido de la culpabilidad queda en el finalismo constituido por los siguientes elementos:

- a) La imputabilidad:** sin la cual se entiende que el sujeto carece de libertad para comportarse de otro modo a como lo hace. Este presupuesto es previo a la culpabilidad, constituye condición central de la reprochabilidad (García, 2010).
- b) La posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad del hecho:** el dolo pasa al injusto sólo como dolo natural por lo que no contiene el conocimiento de la prohibición. La falta de dicha posibilidad no excluye, pues, el dolo (natural), sino que excluye la culpabilidad (error de prohibición invencible) (García, 2010).
- c) La ausencia de causas de exculpación, como el estado de necesidad exculpante:** Si bien se reconoce que estas causas no excluyen por completo la posibilidad de actuar de otro modo ni, por tanto, la culpabilidad, se entiende que la disminuyen de forma suficiente (perdonar su culpabilidad) al sujeto y eximirle del reproche de su culpabilidad (García, 2010).

2.8. Análisis de los criterios de determinación del deber objetivo de cuidado establecidos en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal

El Art. 146 que contempla al homicidio culposo por mala práctica profesional, se enfoca en la infracción del deber objetivo de cuidado, imputando la pena privativa de libertad de uno a tres años; agravando la pena de tres a cinco años, cuando la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

A continuación se realizará el análisis de cada uno de los criterios de determinación del deber objetivo de cuidado establecidos en la legislación penal ecuatoriana:

1.- La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.

Este numeral sigue la teoría de la responsabilidad por el resultado objetivo (responsabilidad penal objetiva). Antes se pensaba que el pilar de la culpa lo conformaba el resultado y que consecuentemente ausente el dolo, el resultado lesivo de un determinado bien jurídico a lo menos debía ser sancionado como culposo. Esto no es cierto, y lo que dice el COIP es que no basta la mera producción o causación de un resultado objetivo como es la muerte.

Es decir, que la muerte de un paciente no significa que necesariamente el médico haya infringido al deber objetivo del cuidado. Se analizará el desarrollo de los hechos que ultimaron en el fallecimiento del paciente y no solo el resultado. Pues las causas de la muerte pueden provenir de situaciones ajenas a la conducta del galeno, mientras haya utilizado los medios, técnicas y conocimientos necesarios en el caso en concreto, no podrá imputársele responsabilidad alguna.

2.- La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.

Este numeral hace referencia al incumplimiento específico por parte del médico de las normas generales de su profesión; es decir, el no apego a los estándares básicos de la labor. Este numeral es una de las condiciones que debe concurrir con todas las demás para que se configure la infracción del deber objetivo de cuidado, pero no la única.

La tratadista Corcoy Bidasolo (2008) concibe bajo la denominación de reglas de cuidado, a las técnicas de una determinada materia, clasificadas en escritas y no escritas. Dentro de la primera clasificación se originan y están compuestas por las normas legales, reglamentarias⁸⁸ y técnicas; en la segunda clasificación se encuentran las “extrajurídicas” que están regidas por la experiencia y la costumbre social (Corcoy, 2008, p. 76).

⁸⁸ De igual manera esta tratadista dice que los reglamentos, son el resultado de la constatación de peligro que entrañan determinadas formas de conducta, para cuya realización, en consecuencia, se exige una actuación conforme con el cuidado.

En la obra de Edgardo Donna⁸⁹, se pueden distinguir las reglas de cuidado escritas por expertos, las cuales pueden ser escritas y no escritas. Según la opinión de los tratadistas Gossel y Maurach, las reglas extrajurídicas que se mencionaron anteriormente funcionan como puntos de referencia para juzgar una conducta dañosa del bien jurídico protegido como socialmente adecuada o inadecuada (Donna, 2012, p. 235).

Una vez revisada la clasificación de las reglas de cuidado hecha por la doctrina, se puede deducir que las reglas de cuidado se constituyen como elementos de mera referencia; es decir, sirven de orientadores en la construcción del deber objetivo de cuidado, cuya infracción no necesariamente constituye imprudencia penalmente relevante, ni en el caso contrario, el respeto a estas normas significa la necesaria adecuación de la conducta del sujeto al cuidado debido.

Con lo planteado, se puede decir que no se pueden establecer criterios generales que determinen la infracción del deber objetivo de cuidado sin consideraciones de las circunstancias de la situación concreta como lo es en el caso de la medicina. Es por esta razón que el tercer inciso del artículo 146 del COIP sería inequívoco, ya que establece el requisito de concurrencia de todos los criterios enumerados, para la configuración de la infracción del deber objetivo de cuidado, y no únicamente aquel referido a la inobservancia de leyes, reglamentos y normas técnicas.

Esto es propio de la actividad médica, por ejemplo cuando el médico en el diagnóstico diferencial determinó que el paciente tenía apendicitis, pero cuando abre al paciente se da cuenta que su apéndice estaba bien, conforme a los protocolos de la *lex artis* decide extraer el apéndice a pesar de todo porque el médico sabe que una vez que abrió al paciente para sacar su apéndice debe sustraerla para prevenir cualquier tipo de enfermedad posterior. En este caso se cumple el deber objetivo de cuidado pese a que su diagnóstico fue erróneo.

El conjunto de las reglas técnicas que rigen el desempeño del médico, se rige por la *lex artis* estas reglas ya fueron analizadas respectivamente en el capítulo primero de este trabajo.

Romeo Casabona (2011) establece que la *lex artis* se concibe como un criterio orientativo para llenar el deber objetivo de cuidado, principalmente en aquellos casos que le resultan similar al médico, sostiene: “Ello implica que el médico o el profesional sanitario que en su actuación se ha sometido a la *lex artis*, a lo que su ciencia o arte indiquen como adecuado en cada momento y circunstancia, no habrán infringido por lo general en sus deberes de cuidado” (Romeo Casabona, p. 269). Finaliza explicando que el fallo técnico del profesional de la salud no implica la vulneración a la *lex artis*, y que ésta no es inmutable ni única; sino que es conciliable con la libertad del método y su apertura de nuevas técnicas o procedimientos.

⁸⁹ Edgardo Donna citando a Maurach Gossel, indica que los efectos indiciarios de las reglas de cuidado descansan sobre la idea de que, si se siguen estas reglas de seguridad, se protege el bien jurídico protegido y es una forma de previsión de futuros peligros que están basados en la experiencia y en la razón, por eso la exigencia de que tengan cierto carácter científico. Se concluye: “pero sólo es un indicio y así deben ser tomados”.

La *lex artis* es válida únicamente para situaciones o caso típicos como por ejemplo los que son descritos en la literatura médica, pero no para aquellos casos que son excepcionales o atípicos dentro de la medicina. Entre normas técnicas y jurídicas no puede establecerse una unidad en cuanto al contenido, ya que cada una de ellas tiene fines propios y por consiguiente, la infracción de alguna de aquellas no significa necesariamente la infracción de éstas (Romeo Casabona, p. 70).

La *lex artis* como una conducta estándar para situaciones pre configuradas sin que supongan la violación al deber objetivo de cuidado, pero con frecuencia se pueden dar indicios de violación, incluso en situaciones atípicas al deber objetivo de cuidado y es en estas ocasiones en donde se puede requerir un alejamiento de la *lex artis* generalmente aceptado para cada caso en concreto (Romeo Casabona, sf., p. 226).

El tratadista argentino Edgardo Donna concluye en dos ideas fundamentales: que en los casos normales no infringe el deber objetivo de cuidado el médico se atenga a la *lex artis*, aunque no logre el objetivo de sanar al enfermo; y que la violación a estas reglas es una presunción seria de la violación del deber de cuidado. Adicionalmente, menciona que estas reglas tienen un carácter indicativo, ya que ninguna profesión tiene pautas de comportamiento profesional invariables (Donna, 2012, p. 253).

Con todo lo planteado por la doctrina, se entendería que no son necesarios profundos análisis y definiciones entre normas jurídicas y *lex artis*, como los dispone el numeral segundo del artículo 146 del COIP, pues como se repasó no corresponden a categorías sustancialmente distintas. Tratadistas como Corcoy, consideran que las reglas técnicas pueden provenir desde las leyes, reglamentos y ordenanzas, e incluso usos y costumbres de la vida social, al igual que las normas de la *lex artis*, las cuales pueden ser escritas como no escritas (Bidasolo, sf., p. 76).

Finalmente, lo cierto es que existe un acuerdo generalizado por parte de la doctrina en sostener que la violación de estas normas no debe entenderse ni significa violación del deber objetivo de cuidado; sino que únicamente es un indicio del mismo y que debe de complementarse con el cumplimiento de los criterios taxativos establecidos en la norma penal.

3.- El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.

En este numeral debe considerarse que, si un paciente fallece por falta de insumos o medicamentos, infraestructura inadecuada, causas propias de la enfermedad o por características propias de la persona, no es responsabilidad del médico tratante. Es decir, que el resultado lesivo sea consecuencia de la infracción del deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias extrañas o supervinientes; como podrían ser: un accidente de tránsito mientras el paciente intervenido es movilizado en una ambulancia, o el actuar precipitado o imprudente del paciente que no tiene el cuidado debido en el post operatorio, casos en los que no tiene por qué responder el médico.

Ésta es una de las circunstancias que más se toma en cuenta al momento de evaluar la responsabilidad penal, pues aquí se observará si el profesional infringió el deber objetivo de cuidado, aplicó sus conocimientos y experiencias (*lex artis*) como lo hubiese hecho cualquier médico en igual aptitud profesional, pues para poder determinar su responsabilidad debe analizar su actuar en el que caso objeto de juzgamiento.

Como es evidente, el condicionamiento presentado en este numeral es concebido bajo la teoría de la imputación objetiva al igual que el numeral primero que ya fue desarrollado, cuya estructuración es distinta a la del deber objetivo de cuidado, aun cuando la ley penal ecuatoriana concibe a la segunda como un criterio de determinación del primero. La doctrina considera precisamente lo contrario; es decir, que la violación del deber objetivo de cuidado se disuelve dentro de los postulados de la imputación objetiva.

La ley penal ecuatoriana vigente prevé como tipo objetivo del delito culposo a la violación del deber objetivo de cuidado, también lo concibe como un elemento de determinación de éste, es decir la imputación meramente causal del resultado. Postula de manera categórica que la producción de resultado no implica la violación necesaria del deber objetivo de cuidado y de igual forma, la exclusión de elementos externos independientes o conexos a la a la violación del deber objetivo de cuidado como se observa en este numeral (Espín, 2016).

Con lo expuesto, se deduce que se tendría que realizar una imputación objetiva del resultado de la acción del médico, en la cual se considere el aporte de la doctrina al incremento deliberado del riesgo y, por otro lado, la superación de lo que se considera el riesgo permitido (Espín, 2016).

Según Guillermo Espín Rosales (2016) el modelo de imputación objetiva no es aplicable como alternativa a la violación del deber objetivo de cuidado, pues desde el punto de vista del legislador ecuatoriano son complementarias imputación objetiva y violación al deber objetivo de cuidado. Esto se da, a que la ley toma como eje principal del injusto imprudente la transgresión del cuidado debido, y por esto se incorporan los criterios de imputación objetiva al considerar el texto del Art. 146 como insuficiente la producción del resultado, lo que precisamente trata de explicar la teoría de la imputación objetiva.

Claus Roxin a quien se le considera el máximo representante una perspectiva de la imputación objetiva vinculada con el “principio de riesgo”, resume la teoría de la imputación objetiva de la siguiente manera: “Un resultado causado por el sujeto que actúa, solo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple con el tipo objetivo 1) cuando el comportamiento el autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de la acción 2) cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto y 3) cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo” (Cancio Meliá, p. 52).

Roxin invierte el concepto de acción, ya que la acción no determina la tipicidad otorgada por el legislador, sino al contrario, la existencia o no de la acción depende de los elementos dotados por

el legislador con base en consideraciones valorativas sociales, para considerar una conducta como típica, así como la presencia de la finalidad o no en la misma.

Según la teoría de la imputación objetiva, para vincular a un sujeto de un acto delictivo, exige, además de la causalidad, la realización de un riesgo no permitido, restringiendo razonablemente los delitos imprudentes, limitando el tipo objetivo a los casos de creación y realización de los riesgos insoportables para la seguridad de las personas. Esto significaría que la delimitación debe sujetarse si el resultado ocasionado ha sido alcanzado por un peligro creado por el autor del acto y no abarcado por el riesgo de lo permitido.

Roxin explica que “debe aclararse como tiene que obtenerse la relación entre el sujeto del delito y el resultado para que el resultado pueda imputarse a un sujeto del delito determinado como su acción”, este autor agrega además que “hay que comprobar que el resultado es obra del actor”.

Claus Roxin concluye que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro causado por el autor y no cubierto por el riesgo permitido dentro del alcance del tipo (Roxin, 1997). Para el siguiente proceso hay que considerar que a razón de Roxin existe un tipo unitario tanto para los delitos dolosos como para los imprudentes, basado en la pertenencia de la previsibilidad a la culpabilidad, al igual que el dolo, haciendo del modelo de imputación objetiva perfectamente aplicable al injusto imprudente.

Criterios propuestos por Roxin para determinar el juicio de la imputación objetiva en el ámbito de la creación de riesgos: creación de un riesgo no permitido

a. Exclusión de la imputación en caso de la disminución de riesgos

De acuerdo con este criterio, una acción coincidente con el tipo no es objetivamente imputable, si es que el resultado causado por ella, evita la producción de un resultado mayormente lesivo al bien jurídicamente protegido. Por ejemplo: el médico que diagnosticó cáncer en la tiroides y tiene que extirpar la tiroides del paciente para que se cure y que el cáncer no se esparza por todo el cuerpo.

En este sentido Roxin afirma que han de ser excluidas de ser imputables aquellas conductas que no empeoran, sino mejoran el estado del bien jurídico protegido (Roxin, 1997, p. 365).

b. La supresión de la imputación si falta la creación de peligro

Dentro de este criterio expuesto por Roxin, se debe de rechazar la imputación de tipo objetiva cuando el autor ciertamente no ha disminuido el riesgo de la lesión de un bien jurídicamente protegido, pero tampoco lo ha elevado de un modo jurídicamente considerable. Para esto, Roxin se basa en el riesgo normal y aceptable de las actividades socialmente asimiladas. Sin embargo, más adelante considera que para la definición de la conducta penalmente relevante se deben de considerar el grado de previsibilidad y de conocimientos especiales del autor (Espín, 2016). Por ejemplo, si para realizar el diagnóstico el médico debe de valerse de un examen físico que requiere exploración interna de los órganos del paciente para ver que tiene y para esto utiliza anestesia, para esto se emplea

cierta cantidad de anestesia que provoca un riesgo aceptable y permitido en un paciente sano, pero el paciente en esto sufre una anomalía cardíaca, que no fue detectada de forma previa y se produce la muerte del paciente. El médico en este caso no ha creado un peligro relevante que supere el riesgo natural de la intervención, no obstante, si el médico que realizó el diagnóstico sabía que el paciente sufría de problemas cardíacos y le inyecta la misma cantidad de anestesia, provocando su muerte, crea un peligro relevante para el bien jurídico protegido y por lo tanto su conducta sería imputable.

c. Exclusión de imputación en casos de riesgo permitido

Este criterio implica la creación de un riesgo jurídicamente relevante, cuya imputación se excluye si se trata de un riesgo permitido, en este punto Roxin identifica la falta de la claridad en la definición de riesgo permitido, pese a esto lo define como “una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso médico concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo (Roxin, p. 371).

La realización de un riesgo no permitido

a. La exclusión de la imputación si falta la realización del peligro en el resultado

Dentro de este criterio, se excluye la imputación cuando el autor ha creado un peligro contra un bien jurídico protegido, pero ese peligro no se concreta en resultado, pues éste peligro no se deriva no se deriva del autor sino de “de la conexión causal del mismo”. Es por esto, que recapitulando los criterios de determinación del cuidado debido del artículo 146 del COIP, los numerales 1 y 3 consagran la insuficiencia de la producción del resultado, para la existencia de violación del deber objetivo de cuidado; así también, lo que determina que el resultado debe provenir directamente de la violación del cuidado debido y no de factores independientes o conexos. Hay que destacar dentro de este punto la unificación de los criterios de Roxin sobre el riesgo al establecimiento de la infracción del cuidado debido.

Si la violación al deber objetivo de cuidado provocó un resultado de lesión, posteriormente transformado en muerte por un accidente en la camilla, el médico no puede responder por muerte. Ciertamente porque el peligro creado para el bien jurídico vida no se concretó en el resultado, sino solo en el inicio causal, fatalmente concretado por causas ajenas al accionar del autor, lo que imposibilita de plano su imputación por el resultado final. Si en la mala práctica profesional tipificada en el art. 146 del COIP, se prevé como elemento del tipo la violación del deber objetivo de cuidado y este a su vez exige que el resultado sea objetivamente imputable, y además que no provenga de causas extrañas a su violación, precisamente se hablará de que el peligro creado con la conducta en el bien jurídico se establezca con un juicio de valoración en el resultado. De tal modo que permita establecer con seguridad un nexo causal entre el efecto dañoso y la conducta violatoria de las normas

de cuidado, descartando causas supervinientes derivadas de la casualidad o del accionar de un tercero (Espín, 2016).

Roxin frente a esta situación sostiene que “el examen de realización del peligro es previo, de tal manera que el curso de los hechos realmente producido debe medirse en un segundo juicio de peligro que hay que efectuar tras concluir la acción del autor” (Roxin, 1997). Roxin considera que no existirá tal exclusión de la imputación cuando el peligro causado en el bien jurídico ha aumentado también el peligro del curso causal subsiguiente, de modo jurídicamente relevante. Lo que pasa, por ejemplo, cuando una persona quiere matar a otra a cuchillazos, pero su víctima no muere por las heridas, sino por una infección producto de estas; en este caso, en el resultado se concretó el peligro causado con la acción de los cuchillazos y por tanto es imputable el homicidio.

En el caso del profesional de la salud que actuó con imprudencia, cuando su acción violatoria del cuidado debido provoca una lesión y no la muerte, pero la infección producida por aquella lesión finalmente sí produjo la muerte, será imputable lo último al autor. Al existir un nexo causal e ininterrumpido de factores externos entre peligro generado con la acción, y el peligro causado con el resultado, la conducta por homicidio culposo será perfectamente imputable al médico imprudente, negligente.

b. Exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido

Claus Roxin, de nuevo confirma que el riesgo no permitido se materializa no solo en la acción sino también en el resultado. De esta forma, cuando la violación del cuidado debido, mediante el cual se crea un riesgo no permitido, sea irrelevante en la producción del resultado, este no será imputable objetivamente. Expresado de otra manera, cuando la observancia de las reglas del cuidado debido en nada hubiese podido alterar el resultado dañoso, este no es imputable (Espín, 2016).

Por ejemplo, cuando el profesional de la salud desacata la *lex artis* y administra una cantidad de morfina contraindicada para pacientes con problemas cardiacos, pero que posteriormente en la investigación se hubiese demostrado que el paciente hubiese muerto independientemente de la cantidad de morfina suministrada pues era alérgico a uno de los componente químicos de la droga, el médico no será imputable por el homicidio culposo. Esto, a pesar, de que inobservó la *lex artis*, ya que la creación de aquel riesgo no permitido no insidió en lo absoluto en el resultado mortal (Espín, 2016).

Al respecto, Roxin dice que: “la infracción del deber que rebasa el riesgo permitido ciertamente es causal para el resultado, pero el riesgo de producción del resultado no se ha aumentado por la superación o exceso” (Roxin, 1997, p. 376).

c. La exclusión de la imputación en casos de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado

Dentro de este criterio, los resultados producidos por la conducta aun cuando supera del sujeto, que aun cuando supera el riesgo de lo permitido no se encuentra amparada por el fin de protección

de la norma de cuidado, no serán imputables al autor. Este principio indica “que imputable solo lo es el resultado que es producto del riesgo que quiso provenir de la norma violada, no otro abarcado por la norma” (Mapelli, 2011, p. 72). De esto se desprende que la necesidad de determinar cuál es el fin de la norma de protección de cuidado infringida, para lo cual deberá recurrirse necesariamente al método teleológico de interpretación normativa.

Al respecto de las normas de cuidado Gimbernat Ordeig expresa que “las normas que imponen deberes de diligencia, los imponen no para impedir un resultado en general sino para un bien determinado” (Gimbernat Ordeig, 2007, p. 149-150). Para el injusto imprudente y el tema médico que compete en este trabajo, este autor cita el ejemplo del uso de la novocaína como anestésico, que provoca un “incidente de narcosis”, dada la extraña condición un paciente, en el cual, con su empleo no se había reducido la glándula *timo linfática*. Más tarde, citando a Roxin y a la doctrina dominante, determina que un “incidente de narcosis” hubiera sido producido no solo con la novocaína, sino con cualquier otro anestésico que le hubiesen aplicado, porque la razón de la prohibición del uso de la novocaína en ciertos casos obedece a la circunstancia de que es mucho más fuerte que otros narcóticos de la misma especie. Con este ejemplo concluye que: “serán, pues, los resultados a consecuencia de estas características específicas de la cocaína, los que se quieran evitar al establecer la prohibición de utilizarla; que una muerte a consecuencia de un ‘incidente de narcosis’ no tiene nada que ver con estas propiedades peligrosas de la cocaína”. (Gimbernat Ordeig, 2007, p. 152).

Gimbernat Ordeig (2007) manifiesta que en los delitos culposos la solución parte de que los deberes de diligencia, cuya infracción hace que una acción se imprudente, buscan evitar e impedir determinados resultados. Ya que si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que se querían evitar con el establecimiento del deber de la norma *ex ante*, el autor estará exento de responsabilidad.

Para la aplicación de este criterio en la práctica médica se deberá recurrir a la ardua tarea de establecer la finalidad de protección de las normas de cuidado derivadas de la *lex artis* que en muchas ocasiones no se encuentran escritas, lo cual dificulta la aplicación del método teleológico para la determinación del alcance y sentido de protección del cuidado debido, que permitan la imputación objetiva de un resultado de forma adecuada (Espín, 2016).

d. Conducta alternativa conforme a derecho y a la teoría del incremento del riesgo

De acuerdo con este principio se examina la imputabilidad de conductas que han sobrepasado el riesgo permitido, pero que sin embargo se demuestra que, aun observando el cuidado debido, se hubiese producido, con índice probable o posible el mismo resultado (Espín, 2016).

Roxin asevera que se excluye la imputación, si la conducta alternativa hubiera conducido con seguridad al mismo resultado. Por el contrario, no la excluye cuando se califique al menos en lo posible la evitación del resultado dañoso con la observancia del cuidado exigido, siempre en

dependencia de que con la conducta se haya superado el riesgo permitido y, por tanto, incrementado de modo jurídicamente relevante el riesgo de lesión al bien jurídicamente protegido (Roxin, p. 379).

Este criterio puede violar el principio *indubio pro reo*⁹⁰, en este sentido Roxin se mantiene en la posición de afirmar que el *indubio pro reo* no tiene cabida en la aplicación del principio de conducta alternativa conforme a derecho, pues el autor ha rebasado el riesgo permitido y, con esto, continua aumentando el riesgo de la lesión. Este se convierte en prohibido incluso cuando no se tenga seguridad total de que con la conducta alternativa el resultado hubiese sido evitado (Espín, 2016).

Para explicar lo anterior, se expone el siguiente ejemplo: “si en una operación arriesgada, pero médicamente indicada, el cirujano provoca la muerte de su paciente por burdos errores técnicos. Según la opinión contraria tendría que quedar impune porque aunque hubiera llevado a cabo una operación conforme a la ley, tampoco se podía dejar a un lado la posibilidad de un desenlace fatal”. Ante lo cual se concluye que esta solución implicaría la renuncia a toda exigencia de cuidado especialmente en los casos que requiere un “cuidado grande” (Roxin, p. 381).

Con lo expuesto anteriormente, sobre la infracción al cuidado debido y por tanto superación del riesgo permitido en la realización del resultado, la legislación ecuatoriana no determina la imputación sino precisamente, y de acuerdo con numeral 3, que este provenga directamente de la infracción de la norma de cuidado y no de causas supervinientes o conexas. Por esto, si el resultado se presenta cuando exista actuación conforme a la *lex artis*, no será imputable el autor, pero si, por el contrario, la conducta violatoria de las normas de cuidado, a porta a la realización del resultado pero no lo define en su totalidad, tampoco sería punible, porque el daño proviene de factores adicionales o complementarios y no solo del acto del autor (Espín Rosales, 2016, p. 47).

Ahora bien, si la conducta contraria a la norma no produce directamente el resultado, pero sí aporta de tal manera que, suprimiéndola, existía la posibilidad de evitarlo, será punible. Por ejemplo: si un profesional de la salud que controla una hemorragia realiza un corte indebido empeorándola, será un problema probatoria demostrar que, suprimiendo esa acción lesiva del cuidado debido, el resultado de muerte por la pérdida de sangre hubiese sido evitable; si esto se demuestra la conducta será punible (Espín Rosales, 2016, p. 47).

e. La puesta en peligro de un tercero, aceptada por este

Frente a esta circunstancia Roxin expone que, se encuentran aquellas personas que, si bien no se sitúan en situación de peligro dolosamente, sí consienten en ponerse en esta situación por parte de

⁹⁰ En la nota 106, Roxin cita el pronunciamiento del Tribunal Supremo Federal Alemán: “Solo se puede aceptar que una conducta infractora de las reglas del tráfico es causal respecto de un resultado dañoso si es seguro que con una conducta correcta en el tráfico no se habría producido el resultado” (Roxin, Derecho Penal Parte General, p. 380).

un tercero, incluso con conciencia del riesgo. Por ejemplo: en el supuesto de que advertidos los peligros, un paciente insiste en una cirugía de *bypass gástrico*, el médico acepta y este muere. Roxin admite que en este caso, según la opinión de la doctrina se resuelve bajo la figura del consentimiento informado del paciente posteriormente lesionado (Roxin, p. 394). Se establece que en este tipo de casos, si bien existe consentimiento en la puesta en peligro por parte del paciente, no lo existe respecto del resultado, pues aquel que se expone espera un final acertado.

En los delitos culposos, acogiendo la postura del Tribunal Supremo Federal Alemán, se niega la violación del deber objetivo de cuidado “cuando alguien ha aceptado un cierto peligro con claro conocimiento del mismo sobre los riesgos y el autor ha cumplido suficientemente el deber general de cuidado” (Roxin, p. 394). Sin embargo, se ha advertido sobre la importancia de las situaciones concretas del caso, como “el eventual asentimiento de personas totalmente responsables en el peligro claramente reconocido; motivo y finalidad de la empresa, la medida de la falta de cuidado y a magnitud del peligro”. Todo lo anterior, se complementa en la vulneración del deber de cuidado si la empresa arriesgada ha violentado una expresa prohibición jurídica, lo que daría lugar a la imputación del resultado (Roxin, p. 395).

Para Roxin estos postulados son insuficientes, y piensa que para que procedan los casos de imputación de la puesta de peligro consentida por parte de un tercero se requieren dos supuestos: 1) que el daño sea consecuencia del riesgo corrido y no de otros fallos adicionales y que el sujeto puesto en peligro ha de tener la misma responsabilidad por la actuación común que quien le pone en peligro; y 2) la conciencia de riesgo en igual magnitud de aquel que le pone en riesgo (Roxin, p. 395). En el ejemplo citado anteriormente, si aquel paciente que se somete a la cirugía de *bypass gástrico* conocía los riesgos, como no encontrarse en el peso indicado por la *lex artis* para someterse a dicha intervención, pues el paciente era médico y aun así, permitió que se realice la cirugía que provocó su muerte; en este caso, no se podría imputar responsabilidad al médico que lo operó, pues el autor sometido al riesgo habría “asumido el riesgo”.

Esto no ocurre cuando el que pone en riesgo persuade para que así sea u oculta información indispensable para la toma de la decisión de consentir en el riesgo. Como por ejemplo cuando el profesional de la salud minimiza los riesgos de una intervención de manera imprudente, violando el deber de información y por tanto el deber objetivo de cuidado.

Acerca de este punto Gimbernat Ordeig (2007), cree que la participación imprudente en una auto-puesta en peligro es impune, a no ser que el consentimiento en esa auto-puesta en peligro sea ineficaz o que el partícipe, además de partícipe, sea también garante, Para finalizar, en su opinión, la hetero-puesta en peligro consentida es siempre punible⁹¹.

⁹¹ Gimbernat Ordeig, “Imputación Objetiva, participación en una auto-puesta en peligro y hetero-puesta en peligro consentida”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No.2, (2004): 75-100. En este trabajo también descarta el criterio que excluye la imputación objetiva sobre la base del criterio de “competencia por

Para Guillermo Espín Rosales (2016), en casos de hetero-puesta en peligro consentida, es necesario distinguir entre peligro y el resultado. El sujeto auto sometido al riesgo generado por el autor de la acción peligrosa no deja su carácter de pasividad frente a la ejecución causal del hecho dañoso, pues finalmente quien lo ejecuta es la persona que coopera en la puesta en peligro, quien con dominio integro de los factores de riesgo procede en la ejecución del hecho, Si bien ambos poseen la expectativa de que el resultado no se presente, ambos tendrán dominio y conocimiento del potencial resultado de la acción peligrosa.

En cuanto a la imprudencia, si bien la acción de un tercero que ejecuta dicha acción no busca la producción de un resultado, si viola un deber objetivo de cuidado, el cual consiste en la abstención de generar conductas peligrosas, con el limitante siempre de que no se hallen inmersas causas de antijuridicidad de la acción como un estado de necesidad. En el caso del delito culposo por mala práctica profesional médica, la existencia del consentimiento informado del paciente en casos de intervenciones riesgosas no revela al profesional de la observancia del deber objetivo de cuidado consagrado por la *lex artis* (Espín, 2016).

El propio artículo 146 establece como agravante de la conducta el hecho de ejecutar acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas, lo cual es independiente del conocimiento de los riesgos del procedimiento por parte del paciente. En el ejemplo citado con anterioridad de *bypass* gástrico, no imposibilita al médico que realiza la operación que se abstenga de la ejecución de actos contraindicados o peligrosos, so pena de responder en caso de muerte por homicidio culposo por mala práctica profesional, pues él es quien de modo exclusivo tuvo dominio objetivo del hecho, del peligro, y por tanto de la lesión del bien jurídicamente protegido, aunque el consentimiento del paciente (víctima) sea para el peligro o incluso para la lesión de sí mismo.

Es por todo lo analizado según el modelo de Roxin que el Tribunal, previa a la valoración de los hechos y la prueba practicada en juicio y a la prueba practicada, y al momento de la verificación de determinación de la violación del deber objetivo de cuidado establecidos sobre todo en los numerales 1 y 3 del artículo 146 se deberá analizar los criterios expuestos sobre la creación y realización del riesgo permitido y no permitido.

4.- Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

En último lugar, en este numeral se asienta el criterio ya mostrado de que para determinar la violación del deber objetivo de cuidado tiene que examinarse cada caso en particular tomando en cuenta la diligencia (que es sinónimo de actuar con el cuidado debido), el grado de formación

organización” y por el “principio de autorresponsabilidad”. Tampoco matiza con la equivalencia de algunas hetero-puestas en peligro con la participación en auto-puestas en peligro como en la tesis de Roxin.

profesional (pues al que más sabe más se le exige), las condiciones objetivas del caso pues ante una emergencia o un estado de necesidad como cuando se trata de un paciente con politraumatismos severos u otro caso similar, la situación amerita actuar ya y de inmediato.

Este numeral se encuentra estructurado bajo la concepción subjetiva del deber objetivo de cuidado, ya que aquí se observan las capacidades propias del autor; se dejó claro que existen posturas que reconocen la existencia de un tipo subjetivo y otras que conciben a las circunstancias individuales al autor, como las que son pertenecientes a los criterios de culpabilidad. Estos criterios ya fueron analizados al momento de repasar el deber subjetivo de cuidado, y la conclusión a la que se llegó dentro de este estudio fue la de aceptar que los criterios subjetivos serán analizados por el juzgador en el juicio de reproche, mas no en la tipicidad.

Los factores como: la diligencia, el grado de formación del profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y la evitabilidad del hecho, forman parte del injusto de la acción, ya que en caso de falta alguno de ellos, y de cualquier elemento derivado del numeral 4 del artículo 146, no existiría acción por faltar la violación del cuidado debido y, por lo mismo, habría inexistencia del tipo penal por falta de conducta penalmente relevante.

A continuación se analizarán cada uno de los factores:

Las condiciones objetivas

La posición mayoritaria de la doctrina considera que la imprudencia requiere de criterios objetivos para fundamentar a punibilidad, ya que si estos son subjetivos, la imprudencia inconsciente, donde el autor no ha representado en lo mínimo el riesgo, se encontraría excluida como conducta penalmente relevante, más todavía cuando el “riesgo creado y la gravedad del descuido pueden ser, en muchos casos, mayor en la culpa inconsciente que en la consciente” (Corcoy, 2008, p. 224).

Hay que recordar que en el artículo 146 del COIP, numeral 4, establece como criterio de determinación el deber objetivo de cuidado el grado de formación profesional, previsibilidad, evitabilidad y condiciones objetivas. Cuando la norma utiliza el término “condiciones objetivas”, se considera que cierra la brecha de la discusión, por lo que para la definición del deber objetivo de cuidado como elemento constitutivo de la imprudencia se debe de hablar de formación profesional, previsibilidad y evitabilidad objetivas (Espín Rosales, 2016, p. 53).

La formación profesional y la previsibilidad

En primer lugar, al hablar de previsibilidad se debe de tomar en cuenta que ésta proviene de dos vertientes: una objetiva, que es la cognoscibilidad del hecho, y otra subjetiva, que consagra los conocimientos concreto del autor que se encuentra en la situación de peligro. Por consiguiente, no

está en posibilidades del juzgador, establecer como juicio adelantado, que la imprudencia inconsciente provoca la desaparición del tipo por falta de conocimiento de los factores de riesgo; aún más cuando el análisis debe surgir en cuanto al grado de exigencia normativo del conocimiento de ese hecho por parte del autor *ex ante*. Es por este motivo, que es necesario analizar cada caso de mala práctica profesional, el rol específico del autor, el grado de formación del profesional de la salud y también la posición de garante en la que se encontraba el médico con respecto a la víctima del hecho (Espín, 2016).

Por ejemplo, si un médico cardiólogo administra una dosis errada de adrenalina a quien posee problemas severos de taquicardia es irrelevante para el derecho si este médico por ser un pésimo cardiólogo no conocía no niveles adecuados (por no asistir a clases de cardiología en la universidad a tiempo) del ritmo cardíaco para la administración de dicha sustancia en el cuerpo de su paciente, pues la exigibilidad de su conocimiento está determinada de manera objetiva (*ex ante*) debido a que la normativa siempre debe de estar acorde con el profesional que tiene un cardiólogo (Espín, 2016). La inconsistencia de los factores de riesgo, por estas razones, no tiene importancia en el juicio de tipicidad, ya que lo que interesa es la posición de garante que es exteriorizada por el médico y la exigencia del deber de información y conocimiento, aunque alegue en su defensa desconocimiento de los elementos objetivos de la conducta penalmente relevante⁹².

Los criterios expuestos son soportados desde la misma norma que implanta que para la determinación del deber objetivo de cuidado se atenderá a “la previsibilidad” del hecho, entendida como la posibilidad y viabilidad del conocimiento efectivo de los factores de riesgo de daño del bien jurídico protegido. Lo que incluye a la culpa inconsciente donde será suficiente únicamente la previsibilidad (objetiva) del hecho, y la cual se mide por la posibilidad individual de conocimiento. En estos casos, no es necesaria la existencia del tipo subjetivo como elemento constitutivo de la imprudencia, ya que se la reemplaza por la exigencia de conocer aquello que se ignora (no debiendo ignorarlo) y que se determinó *ex ante* (Reinhart Maurach, 1995, p. 277).

La evitabilidad

Al igual que la previsibilidad, la evitabilidad de un hecho debe medirse de manera objetiva y *ex ante* por el juzgador (Espín Rosales, 2016, p. 55). Un solo acto puede ser sancionado en la medida que es evitable; es decir, cuando exista la posibilidad de que el acto pueda ser dirigido de manera

⁹² J. Hrushka —citado por Edgardo Donna, *El delito imprudente*, 283— sostiene en este sentido que para que un hecho sea calificado como imprudente es necesario el desconocimiento imputable de la efectiva situación de peligro. Consecuentemente, para que el desconocimiento sea imputable junto con la cognoscibilidad, como ignorancia vencible del peligro que entraña la situación, ha de existir un deber de evitar ese desconocimiento. Este deber se llama deber subjetivo de cuidado y su infracción determina la realización del tipo subjetivo imprudente.

distinta a lo objetivamente acontecido. Este accionar final del sujeto distinto es solo posible cuando se toman las medidas de precaución necesarias, a fin de no ocasionar daños al bien jurídico protegido; en definitiva se estaría observando el deber objetivo de cuidado.

Si el acto es calificado como “previsible” y *ex ante* se dice que es evitable. Si el acto es previsible pero no fue previsto y causó un daño, tampoco será evitable en el actuar causal, pero sí reprochable al sujeto, ya que si bien nadie puede evitar algo que no prevé, existe el deber de haberlo previsto. Por lo contrario, es otra situación si el acto no es evitable *ex ante*; es decir, objetivamente es imposible de preverlo, por ejemplo, si en la operación de corazón abierto se descubre una mal formación en el ventrículo derecho que ocasiono la muerte del paciente. Ese resultado era imposible de ser advertido por el médico que hizo la operación y por cualquier otro más dotado de prudencia y minuciosidad, por lo tanto no se configuran los elementos necesarios para la determinación del deber objetivo de cuidado por exclusión de relevancia penal del riesgo (Espín, 2016).

Para que se produzca la evitabilidad como causa de exclusión de la relevancia penal de la conducta del médico, Corcoy Bidasolo sostiene que es necesario determinar y probar que con una conducta alternativa y conforme a derecho el resultado de la acción se hubiese evitado. Pues de nada serviría acreditar el daño, si a quien se acusa logra probar que otra conducta (incluso conforme a derecho) en nada hubiese influido o cambiado la producción del resultado dañoso; es decir, que esto no era evitable ni *ex ante* ni *ex post*, con lo cual definitivamente desaparece el injusto de la acción y por lo tanto hay inexistencia del tipo (Corcoy, 2008, pp. 244-245).

Lo importante de este criterio, será la determinación del *ex post* del incremento del riesgo no permitido por parte del profesional de la salud, el cual era evitable a través de la observancia de los protocolos de la *lex artis* y demás normas incluidas en el deber objetivo de cuidado.

Significa entonces que aquí se trata de intervenir para evitar un resultado mayor que es fácilmente previsible; pues cada caso merece atención distinta y adecuada, para ello el galeno debe tener la pericia necesaria para atenderlo y además debe tomar todas las precauciones necesarias para evitar los riesgos que puedan sobrevenir y que los mismos puedan ser evitados.

Para finalizar este punto, estos son los supuestos que deben concurrir para que un médico sea procesado por mala práctica profesional. Deben concurrir estos cuatro elementos para que se le acuse de mala práctica profesional, **no se los debe de considerar de manera aislada** (las negrillas son mías), sin embargo es necesario tener presente que antes de la vigencia del COIP, existía la responsabilidad profesional del médico por delitos culposos, sea en el caso de lesiones o de muerte como consecuencia de una imprudente intervención médica (Zambrano, 2014, p. 166)

2.9. Los delitos cometidos en ejercicio de la actividad médica

2.9.1. El homicidio culposo por mala práctica profesional

El 10 de agosto del 2014, se tipifica por primera vez en el Ecuador el homicidio culposo por mala práctica profesional, que se encuentra enmarcado bajo los esquemas de la infracción del deber objetivo de cuidado, además de sus criterios de determinación⁹³.

Así se encuentra establecido en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal:

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

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

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

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

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho. (COIP Quito, lunes 10 de febrero de 2014)

Núcleo del tipo

Verbo rector y conducta

El homicidio culposo es un delito contra la vida, que se encuentra previsto en el COIP en el Libro Primero, Título IV “infracciones en particular”, Capítulo Segundo “Infracciones contra los derechos de libertad”, Sección Primera “delitos contra la inviolabilidad de la vida”. Dentro de este mismo capítulo, se encuentra la figura genérica del delito que es el homicidio simple, por lo que el homicidio culposo no es más que una figura atenuada, diferenciada por el tipo subjetivo de la infracción en el cual se halla una conducta culposa y no dolosa, en consecuencia, en verbo rector será ocasionar la muerte o simplemente matar (Espín Rosales, 2016, p. 72).

La acción de matar o de ocasionar simplemente la muerte trae consigo una interrogante, si puede ejecutarse simplemente por acción o también por acción por omisión. La acción en el tipo imprudente de homicidio por mala práctica profesional se encuentra constituida por la violación del deber objetivo de cuidado. Frente a esto, es necesario observar lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del COIP, los cuales exponen que:

⁹³ *COIP*, art. 145. Sin perjuicio que en el art. 145, también prevé al igual que la ley anterior, el homicidio culposo. Dicha norma establece: “La persona que por culpa mate a otra, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”.

Artículo 22.- Conductas penalmente relevantes.- Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables. No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales.
Artículo 23.- Modalidades de la conducta.- La conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión. No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.

El tipo culposo por mala práctica profesional, al encontrarse tipificado como la inobservancia del deber objetivo de cuidado, implica en su propia naturaleza jurídica la omisión, el desacato, la inobservancia de un mandato de actuar conforme a lo establecido por las reglas del tráfico⁹⁴, reglas técnicas, protocolos médicos o a las reglas de la *lex artis*, por sobre el nexo meramente causal, permiten imputar objetivamente un resultado dañoso para el bien jurídicamente protegido. Para ello, se deberá observar los criterios del riesgo permitido (Espín, 2016).

Hay que recordar que el tipo penal imprudente y sobretodo el de mala práctica profesional es de carácter complejo en el curso causal de la conducta, y es por ello, que debe separarse la conducta de la infracción al deber objetivo de cuidado propiamente, y el tipo de conducta que generó dicha observancia, la cual puede ser omisiva pero también comisiva. De esta forma, la infracción del deber objetivo de cuidado siempre será omisivo, mientras que la conducta que provoca dicha omisión puede ser tanto de acción como de omisión.

El bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido en este tipo de delitos, es la vida humana producto de conductas que resultan violatorias al deber objetivo de cuidado. El delito de homicidio en sus distintas modalidades previstas en la ley penal sanciona la acción de matar a una persona.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano muy aparte de las concepciones científicas, filosóficas o sociológicas, que puedan existir con respecto al inicio de la vida, la existencia legal de una persona marca el inicio de la existencia civil de las personas, entendiéndose este término jurídico como la capacidad de adquirir derechos y obligaciones. Con lo expuesto, se deduce que la legislación ecuatoriana aun cuando reconoce la existencia y protege la vida previa al nacimiento, solo otorga la calidad de persona desde el momento en que se ha llevado a cabo el proceso de parto y, por lo tanto tiene la separación definitiva del feto de la fisonomía de su madre, para pasar a constituirse como un ser humano funcionalmente independiente y autónomo.

El Código Civil establece que:

Art. 60.- El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que, perece antes de

⁹⁴ Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano* (Quito: Ediciones Legales, 2011), 140-141. Define a la omisión como un acto voluntario de no hacer algo, se exterioriza con un resultado lesionador de un bien jurídico, que no debía haberse producido si se actuaba. En estos delitos se incumple una norma mandatoria que imponía una obligación de hacer.

estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás. Se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo. Ecuatoriano (Codificación No. 10, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 46 del 24 de junio de 2005)

De acuerdo con lo expresado en el principio, el bien jurídico protegido en el homicidio en general y en el culposo por mala práctica profesional del médico es la vida de quien ha nacido vivo y se ha separado totalmente de su madre; esto es lo que permite diferenciar el ámbito de protección de este tipo penal.

Sujetos del delito

Sujeto activo

El artículo 146 del COIP indica que “La persona que, al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra”. El tipo penal de este artículo establece un sujeto activo calificado⁹⁵ por la condición de ejercicio o práctica de su profesión; además, es abierto en cuanto al tipo de profesión. Hay que recordar que esto se relaciona con el campo de la medicina y con cualquier otro ámbito laboral; y por lo tanto, el profesional deberá mostrar un título otorgado por una institución educativa, legalmente reconocida en el Ecuador e inscrito en el órgano correspondiente⁹⁶, que le faculte ejercer su profesión.

Si no cumple con el requisito anterior de sujeto activo calificado por la profesión y se ocasiona la muerte de una persona en forma imprudente, será calificado como homicidio culposo genérico, tipificado y sancionado según el artículo 145 del COIP. Hay que recordar que el mero ejercicio ilegal de la profesión también se encuentra tipificado en la legislación ecuatoriana como un delito de peligro, en el artículo 330 del COIP⁹⁷, para quienes ejerzan una profesión sin contar con el título necesario para hacerlo.

Con lo expuesto, se entiende que tanto el médico como el resto del personal sanitario se constituirían como sujetos activos del delito de homicidio culposo por mala práctica profesional en tanto cumplan con las exigencias legales, que les permitan ejercer la actividad profesional de

⁹⁵ Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Entiéndase como sujeto activo calificado, la persona que ejecuta la conducta típica, pero que no puede ser una persona indeterminada o común, sino que se requiere que tenga una característica especial, como lo explica Ernesto Albán Gómez. En este sentido desde la otra perspectiva del concepto, existen bienes jurídicos cuya lesión está al alcance, en unos casos de cualquier persona, pero en otros únicamente de ciertas personas que presentan una condición especial para acceder al daño de ese bien jurídico, caso en el cual obtiene la denominación de sujeto activo calificado.

⁹⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de Educación Superior*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 298, (12 de octubre de 2010). “art. 129.- Notificación a la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación. Todas las instituciones de educación superior del país notificarán a la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación la nómina de los graduados y las especificaciones de los títulos que expida”.

⁹⁷ *COIP*, “art. 330.-Ejercicio ilegal de la profesión. La persona que ejerza la profesión sin título, en aquellas actividades en las que la Ley exija título profesional, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años. Las o los profesionales que favorezcan la actuación de otra persona en el ejercicio ilegal de la profesión, serán sancionadas o sancionados con pena privativa de libertad de tres meses a un año e inhabilitación del ejercicio de la profesión por seis meses”.

asistencia sanitaria que presentaron durante el cometimiento de la conducta penalmente relevante⁹⁸; por esto, el fiscal que investigue este tipo de delitos deberá tener siempre presente en la primera instancia los documentos habilitantes por parte de las instancias pertinentes para el ejercicio de la profesión.

En el caso de que una persona que no ostenta el título de profesional de salud infiera en una lesión o muerte del paciente en el ejercicio ilegal de la profesión; la Fiscalía en primera instancia, y los jueces, en segunda, deben resolver en qué tipo penal acusar y sancionar respectivamente: si calificar la conducta como homicidio doloso, homicidio culposo simple u homicidio culposo por mala práctica profesional.

Se puede aseverar que el actuar en falsa calidad de profesional de la salud y provocar la muerte del paciente, deberá ser asimilado como homicidio simple independientemente del dolo o culpa presentes, conforme a lo establecido en artículo 20 del COIP, al ejercicio ilegal de la profesión. Sin embargo, es recomendable que sea la ley la que acople un paratipo penal de homicidio, a quien ocasione la muerte en ejercicio ilegal de la profesión, con una presunción *ipso iure* de dolo.

Sujeto pasivo

Como se explicó previamente en los elementos de la tipicidad el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido, que ha sido menoscabado por la conducta perpetrada por el sujeto activo. Es la persona sobre la cual recaen los efectos directos de la acción delictiva, generalmente constituida por una persona natural, pero también puede ser el Estado, la comunidad o las personas jurídicas (Espín Rosales, 2016, p. 80).

En el caso del delito del homicidio culposo por mala práctica profesional, el sujeto pasivo se encuentra constituido por una persona natural⁹⁹. Es por esto, que por la naturaleza de este tipo penal es necesario determinar si la norma presenta alguna exigencia con respecto a la calidad que debe ostentar el sujeto pasivo del homicidio culposo por mala práctica profesional. Hay que tener presente que, la esencia del curso delictivo parte netamente de un acto médico, el cual se presume, busca restablecer la salud del paciente (Espín, 2016).

En primer lugar se debe de explicar el sentido y alcance de la palabra paciente, ya que no es únicamente aquella persona que posee un padecimiento en la salud; sino en una concepción más amplia, aquel que recibe atención médica. Entonces se entendería que paciente es toda persona

⁹⁸ Ecuador, *Reglamento para el cumplimiento del año de salud rural de servicio social en la red pública integral de salud*, en *Registro Oficial* No. 365 (30 de octubre de 2014). Actualmente el médico graduado en una institución de educación superior, previa a la habilitación por parte de la Autoridad Sanitaria Nacional, para ejercer la profesión de la salud en el territorio ecuatoriano, debe cumplir un año de salud rural de servicio social, así los disponen los Arts. 2 y 3 del mencionado Reglamento.

⁹⁹ Conforme las condiciones de vida independiente ya analizadas en el punto de bien jurídico protegido (Espín, 2016).

natural que recibe atención médica, así no padezca una enfermedad; como por ejemplo la persona que de manera voluntaria va a someterse a una cirugía estética (Espín Rosales, 2016, p. 81).

En Ecuador no están exentos de responsabilidad penal los procedimientos estéticos, por lo tanto la persona natural sometida a ellos, debe de considerarse en el proceso penal como un paciente más sometido a un acto médico y potencial sujeto pasivo de homicidio culposo por mala práctica profesional, el cual es gobernado por los mismos principios de responsabilidad penal que rigen un procedimiento curativo, como son el deber objetivo de cuidado y la imputación objetiva de resultado.

2.9.2. Lesión culposa por mala práctica profesional

En el Código Penal de 1971 también se encontraban tipificadas las lesiones de carácter inintencional¹⁰⁰. En el caso del Código Orgánico Integral Penal, al igual que el homicidio culposo y el homicidio por mala práctica profesional, las lesiones culposas se encuentran previstas sobre la base del tipo de violación del deber objetivo de cuidado. Las lesiones se encuentran enmarcadas en el art. 152 del COIP:

Art. 152.- Lesiones.- La persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas:

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

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

La lesión causada por infringir un deber objetivo de cuidado, en cualquiera de los casos anteriores, será sancionada con pena privativa de libertad de un cuarto de la pena mínima prevista en cada caso. Para la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado se considerará lo previsto en el artículo 146.

No serán punibles las lesiones derivadas de acciones terapéuticas ejecutadas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad que precautele la salud del paciente. (COIP Quito, lunes 10 de febrero de 2014)

¹⁰⁰ *Código Penal*, art. 472. “Es reo de heridas o lesiones inintencionales el que las ha causado por falta de previsión o de precaución, y será reprimido con prisión de ocho días a tres meses y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norte América, si el acto no estuviere más severamente castigado como delito especial. Su previsión como se observa, resulta un tanto novedosa, debido a que la infracción culposa, es definida en el mismo cuerpo legal, como aquella cometida por negligencia, imprudencia o impericia, no obstante, el elemento objetivo de la lesión inintencional, se encuentra establecido por falta de previsión o precaución”.

Antes de analizar los elementos de la tipicidad a profundidad de las lesiones producidas por la mala práctica profesional es necesario revisar la teoría del daño.

El Daño

El segundo elemento que se tratará dentro de este capítulo que tiene relación con la responsabilidad médica es el daño, sobre éste tema cabe destacar su especial configuración en materia de responsabilidad médica, destacándose al respecto que a raíz de la actividad médica se generan perjuicios tanto de índole patrimonial (gastos hospitalarios, pérdida de ingresos a raíz de la incapacidad) como de naturaleza extrapatrimonial (sufrimiento, angustia, lesiones corporales), analizándose aquellos contornos de cada especie de perjuicio que usualmente son consecuencia de una actuación médica deficiente y entendiendo a la pérdida de oportunidad como una especie de perjuicio distinto del daño final cuya entidad debe ser considerada.

El daño o la lesión del bien jurídico protegido es “todo deterioro o menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento sufre una persona, ya sea en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio” (Larenz, 1952, p. 193).

La responsabilidad jurídica nacida de la actividad del médico, supone, pues la existencia de un daño; de esta forma los perjuicios que rodean a la perturbación social ocasionada por el accionar del médico pueden ser de diversa naturaleza: en algunas ocasiones alcanzan a la sociedad; otras a una persona determinada y en ocasiones a ambas. Por ello la cuestión de la responsabilidad jurídica radica en la distinción de responsabilidad civil y responsabilidad penal.

Lo que interesa para fines de este trabajo es la responsabilidad penal, mediante la cual la sociedad se defiende contra los hechos que le causan daño, o que amenazan el orden que se encuentra establecida; para impedir que esos actos se cometan o se repitan la sociedad castiga a sus autores. Y poco importa que el acto prohibido por la ley cause o no perjuicio a un particular; ya que es la sociedad quien castiga con la abstracción del daño individual.

En todo caso, los daños provenientes de una conducta delictiva, se trata de una afectación de un bien jurídico protegido tutelado por la ley penal, en cuanto esta afectación trascienda la esfera personal del titular específico del bien. En este punto, lo que interesa del daño, es el daño en cuanto genera la obligación de reparar al paciente que fue víctima de un error de diagnóstico en medicina asistencial o curativa.

El daño y la responsabilidad de indemnizar médico a paciente

Una vez analizada la figura del daño en materia penal es necesario aclarar la siguiente premisa ¿Qué tipo de perjuicio en concreto el paciente recibe a raíz de una defectuosa actuación médica? Y

una vez analizada esta premisa se podrá establecerse la valoración de estos perjuicios a efectos de la correspondiente indemnización para el paciente por la mala práctica profesional.

En primer lugar hay que tener claro que el daño en el paciente emerge de una acción u omisión del profesional de la salud o de sus auxiliares en la persona del paciente, necesariamente se producirán para éste o sus familiares unos perjuicios de índole extrapatrimonial, los cuales podrán ser encuadrados dentro de las categorías de daños corporales y/o morales. Sin embargo, una cosa es el bien jurídico o interés legítimo que resulta directamente perjudicado a raíz del hecho dañoso de un tercero y otra completamente distinta son las consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales que pueden derivar de la lesión de ese bien o interés.

Autores como Galán Cortés (sf.) destacan que, debido a que la extensión de la obligación de indemnizar ha de responder al principio de la reparación “integral”, también llamado *restitutio in integrum*, la reparación de los perjuicios sufridos por el paciente a raíz del actuar del médico afectará a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, incluyéndose no sólo a los posibles intereses económicos o directamente evaluables, sino que comprendiendo de especial manera a aquellos perjuicios de índole extrapatrimonial.

Daños extrapatrimoniales

Son los perjuicios que lesionan intereses que afectan a la persona, su salud, su integridad corporal, sus atributos de la personalidad, sus sentimientos y lo que ésta posee, pero que no pueden ser medidos pecuniariamente.

Al respecto resulta importante mencionar que dentro de esta especie de perjuicios se plantea una interesante sub-clasificación la cual tiene en consideración si el interés lesionado recae en la esfera de la persona y sus respectivos atributos ya sea corporales o espirituales, afectando en consecuencia intereses que no son objeto de transacciones comerciales y cuya estimación pecuniaria no puede sujetarse a valores de mercado (Parra Sepúlveda, 2014). Es así como dentro de los denominados daños extrapatrimoniales se distinguen, por una parte, los daños corporales, entendidos éstos como atentados o lesiones a la salud, tanto física como psíquica, de las personas, y por otra, los daños morales, que vendrían a ser aquellos en que el interés afectado recae en la esfera puramente espiritual, identificándose con las lesiones o atentados a los sentimientos y afectos más íntimos de la persona o a los derechos de la personalidad (libertad, honor, intimidad, propia imagen, etc.).

Daños corporales

En principio los daños corporales, se han venido perfilando como un daño extrapatrimonial y personal que recae en la esfera del propio cuerpo o en la integridad física y psíquica de la persona, configurándose así como un daño esencialmente reparable puesto que, como se ha señalado, el no considerar al daño corporal en sí mismo como un coste que ha de ser resarcido, supone tomar la

decisión de que lo soporte, en definitiva, el que lo sufre, porque de lo que no hay duda es que cuando hablamos de daño corporal el perjuicio adquiere una existencia real (Parra Sepúlveda, 2014).

Es en el ámbito del derecho a la salud donde los daños corporales adquieren especial relevancia, debido a que los efectos de la actividad médica necesariamente se han de producir en el cuerpo del paciente, afectando para bien o para mal su integridad física y psíquica, quien entrega su humanidad al buen criterio del galeno para que éste aplicando sus conocimientos en el arte médica, pueda lograr sanarlo de su enfermedad o, en caso de medicina satisfactiva, lograr, por ejemplo, un beneficio estético o reproductor (Parra Sepúlveda, 2014).

Significa entonces que en la configuración de los perjuicios corporales, se puede sostener que cuando se dice que un paciente, a raíz de una actuación médica contraria a la *lex artis ad hoc* ha sufrido un daño corporal, en concreto se está refiriendo, por una parte, a las llamadas lesiones anatómicas, que son aquellas que afectan cualquier tejido, órgano, aparato o sistema de la economía corporal, con independencia de su función, dentro de las que se incluyen: quemaduras, hematomas, heridas en general, fracturas, esguinces, roturas, extirpaciones, acortamiento de miembros, por mencionar algunas. Y por otra, a las denominadas lesiones funcionales, las que normalmente son una consecuencia de la lesión anatómica pero con una repercusión específica sobre la función de algún tejido, órgano o sistema (Parra Sepúlveda, 2014).

En relación con este último punto referente a las lesiones como consecuencia de la mala práctica profesional¹⁰¹, éstas constituyen el perjuicio inmediato que sufre la víctima, es el denominado deterioro de su integridad psicofísica, cuya magnitud e importancia se conocen como el grado de incapacidad funcional. Esta incapacidad se clasifica en dos categorías principales, las cuales apuntan a su duración y a la consolidación de las heridas. En consecuencia, se ha planeado que la incapacidad funcional se dividida en: a) Incapacidad temporal (la cual su vez puede ser parcial o total); e b) Incapacidad permanente (la que también podrá ser parcial o total).

Las características de este tipo de daño, no sólo se centran en los perjuicios extrapatrimoniales, ya que también ha de originar algunos daños de naturaleza económica, los cuales pueden ir desde, por ejemplo, gastos farmacéuticos, médicos y hospitalarios, hasta la pérdida de salarios y de otras ganancias profesionales causadas por la incapacidad de trabajo, parcial o total, temporal o permanente, que el perjuicio ha de provocar a la víctima.

De acuerdo a los planteamientos que se han venido señalando con relación a los daños producidos por el error médico de diagnóstico dentro de la medicina asistencial hay que destacar los siguientes:

¹⁰¹ Verificada la existencia de una mala praxis médica, la imputación penal por el delito de homicidio o de lesiones imprudentes exige la constatación entre resultado típico y el comportamiento del profesional, de un nexo de imputación (Cesano, p. 123).

- i. **Iatrogénicos:** La lesión generada a un paciente a consecuencia de una atención legítima a la solicitud, a título de riesgo calculado en términos de la *lex artis médica*, siendo un mal necesario para proteger su salud (Bertrand Parra).
- ii. **Iatropatogenia:** La lesión generada a un paciente consecuencia de impericia, temeridad, negligencia o dolo del personal de la salud (Bertrand Parra).

Causas de Iatropatogenia (Bertrand Parra):

- **Iatropatogenia por acción:** las acciones imprudentes, precipitadas e irracionales pueden conducir a daño grave del enfermo.
- **Iatropatogenia por omisión:** Cuando el médico no explora sistemáticamente o si no realiza el diagnóstico y la terapéutica necesaria.
- **Iatropatogenia quirúrgica:** Es resultado negativo secundario a un procedimiento quirúrgico, generado por descuido, desconocimiento o falta de destreza.
- **Iatropatogenia farmacológica:** Con respecto a los medicamentos, se ha planteado que, no existe ningún medicamento absolutamente seguro y cada día hay más medicamentos, lo que favorece la confusión de quien prescribe y más aún si hay necesidad de combinar varios de ellos en el mismo paciente.
- **Iatropatogenia diagnóstica:** Consecuencia de una pobre semiología y de una exploración física superficial y que puede establecer un diagnóstico erróneo y por consiguiente un tratamiento equivocado que generará consecuencias al paciente.
- **Iatropatogenia cascada:** Es el conjunto de eventos ligados unos a otros que llevan implícita una acción iatropatogénica.

De todas estas iatropatogenias la que interesa es la diagnóstica ya que son las lesiones ocasionadas de una pobre semiología, exploración física que provocó un tratamiento erróneo y por consiguiente daños corporales en la salud del paciente.

Los daños corporales causan por lo general un perjuicio estético, estos daños dejan a menudo graves deformaciones y aunque estas no sean objetivamente tan importantes hacen que quien las padece sienta que tiene un defecto que es notorio ante los demás. Todas estas modificaciones en el cuerpo del paciente son susceptibles de indemnización (Gherzi, sf., p. 127).

Por otro lado, cabe destacar que esta clase de perjuicio se producirá con mayor frecuencia en aquellos casos de medicina satisfactiva y en especial respecto de las cirugías estéticas configurándose para algunos en estos casos una verdadera obligación de resultado para el médico. Sin embargo también se debe dejar constancia que el perjuicio estético también se puede derivar de una actuación médica curativa siendo lo relevante no la finalidad de la intervención sanitaria, sino que la exterioridad del perjuicio (Gherzi, sf., p. 127).

Sobre la existencia de este tipo de daño corporal, hay quienes han señalado, que se constituye por alteraciones en la armonía física o fisonomía, que repercute en la simetría física, atentando contra la belleza o la grata presencia. Las cicatrices o alteraciones morfológicas agudizadas, consecuencia de la pérdida de miembros o elementos fisiológicos, son parte de sus manifestaciones. Esta irregularidad no tiene por qué afectar a partes determinadas del cuerpo, pero ellas tendrán que ser, en todo caso, al menos visibles.

El Código Orgánico Integral Penal en el Artículo 152 contempla lo respectivo a las lesiones:

Artículo 152.- Lesiones.- La persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas:

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

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

La lesión causada por infringir un deber objetivo de cuidado, en cualquiera de los casos anteriores, será sancionada con pena privativa de libertad de un cuarto de la pena mínima prevista en cada caso. Para la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado se considerará lo previsto en el artículo 146.

No serán punibles las lesiones derivadas de acciones terapéuticas ejecutadas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad que precautele la salud del paciente. . (COIP Quito, lunes 10 de febrero de 2014)

El último inciso de este artículo estaría relacionado con las lesiones iatrogénicas ya que son aquellas que son generadas a un paciente a consecuencia de una atención legítima a la solicitud, a título de riesgo calculado en términos de la *lex artis médica*, siendo un mal necesario para proteger su salud. Por lo tanto la iatrogenia no sería punible según éste último inciso.

Valoración del daño en la responsabilidad penal médica de los actos médicos de diagnóstico sobrevenidos de la medicina asistencial

La doctrina¹⁰² y la jurisprudencia extranjera señalan los siguientes requisitos para imputar la responsabilidad penal al profesional de la salud:

¹⁰² Condiciones del daño reparable: la certidumbre y la actualidad del daño. Acerca de la actualidad del daño no implica sólo aquel que se muestra en su plenitud, sino también el daño que se detecta en germen. Además el daño deberá ser propio (Zannoni, 1992, p. 44).

a) La lesión debe de reunir los siguientes requisitos (García, 2011):

- 1.- Que sea efectiva; o sea, es necesario que el perjuicio producido sea real y actual; además, es necesario que el daño sea relevante, pues no bastan las simples molestias;
- 2.- Antijurídica; esto es, el particular afectado no debe estar obligado jurídicamente a soportar la lesión, de tal modo que no tiene el deber jurídico de soportar un daño cuando éste deriva de una deficiente atención a su salud;
- 3.- Evaluable económicamente; esto es, el daño debe ser susceptible de ser compensado con un beneficio económico o en dinero;
- 4.- Debe encontrarse individualizado; esto es, con relación a una persona o grupo de personas.

b) Imputación del acto dañoso a la administración pública y privada que prestó la atención a la salud (García, 2011); esto se refiere a la ausencia de debida atención, que produce un daño, que puede ser consecuencia de una conducta culposa negligente del médico o auxiliar de enfermería que lo ha causado.

c) Relación de causalidad; (García, 2011) es preciso un nexo causal directo, inmediato y exclusivo entre el hecho que se le imputa al médico o auxiliar de enfermería y el daño cuyo resarcimiento se pretende, de tal modo que la concurrencia de una conducta culposa o inadecuada del usuario puede romper esta relación.

Núcleo del tipo

Verbo rector y conducta

La lesión culposa es un delito contra la integridad personal, que halla su previsión en el Libro Primero, Título IV “infracciones en particular”, Capítulo Segundo “Infracciones contra los derechos de libertad”, Sección Segunda “delitos contra la integridad personal”. Por lo tanto, si el bien jurídico protegido en el delito de las lesiones es la integridad personal, el verbo rector es lesionar la integridad personal (Espín Rosales, 2016, p. 88).

El delito de lesión culposa, es forjado dentro de la legislación ecuatoriana como un daño a la integridad personal por la inobservancia al deber objetivo de cuidado para lo cual se deberán atender los cuatro criterios establecidos en el artículo 146 del COIP, esto no es igual en cuanto al resultado provocado por el injusto de la acción, ya que es necesario remitirse a cada numeral y modalidad dispuestos para las lesiones por el artículo 152. Esto se debe a que en el inciso tercero del mencionado artículo se establece que “ La lesión causada por quebrantar un deber objetivo de cuidado, en cualquiera de los casos anteriores, será sancionada con pena privativa de libertad de un cuarto de la pena mínima prevista en cada caso”. En derivación de esto, es necesario identificar los verbos rectores establecidos en dichas conductas (Espín, 2016).

Los numerales 1,2 y 3 del artículo 152 del COIP establecen la producción de un “daño, incapacidad o enfermedad”, por lo que los verbos rectores se encuentran constituidos por: dañar, incapacitar o enfermar al paciente en el caso específico de la práctica médica. En lo que respecta al numeral 4 del mencionado artículo, el legislador incluye varias conductas, pues prescribe: “4. Si produce a la víctima una grave enfermedad o una disminución de sus facultades físicas o mentales o una incapacidad o enfermedad (...)”. Es necesaria la distinción en la redacción del numeral 4, respecto de los numerales anteriores, pues “disminuir” las capacidades precisamente comporta un daño (Espín Rosales, 2016, p. 89).

Para finalizar este análisis, en el numeral 5 del artículo 152 del COIP, existe una diferencia sustancial con respecto de los otros numerales, ya que la conducta ya no se determina por el tiempo de incapacidad, daño o enfermedad, sino por su gravedad. Así la norma establece que “Si produce a la víctima enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano o alguna grave enfermedad transmisible e incurable (...)”. A pesar de esto, se considera que en la conducta deberán primar los mismos verbos rectores que en los numerales anteriores que rigen dicho resultado, es decir **dañar, incapacitar o provocar enfermedad en el paciente (las negrillas son mías)** (Espín Rosales, 2016, p. 89).

Como se repasó previamente en el daño corporal como: “Alteración anatómica, funcional o psíquica causada por agentes externos o conjunto de secuelas. Su estudio y valoración tiene gran interés en la práctica médico-legal al objeto de determinar su extensión y alcance para permitir al juez la fijación de indemnizaciones del modo más objetivo posible” (Clínica de la Universidad de Navarra, 2018). A este concepto hay que agregarle el de incapacidad la Clínica de la Universidad de Navarra lo define como: “Carencia de aptitud para realizar determinados actos o actividades, producida por los déficit de algún trastorno físico o psíquico, congénito o adquirido” y a enfermedad como: “Alteración patológica de uno o varios órganos, que da lugar a un conjunto de síntomas característicos” (Clínica de la Universidad de Navarra, 2018).

Pese a que existe una similitud en cuanto a los verbos rectores en los distintos tipos de lesiones, autores como Mora Izquierdo (1979) hace una diferenciación en cuanto al tipo de lesiones basándose en su resultado. De esta manera, se divide a las lesiones en simples y en complejas (p.27).

Serán *lesiones simples* aquellas que producen un daño, incapacidad o enfermedad de carácter temporal. Mora Izquierdo (1979) menciona que “el tiempo que expresado en días que gastan los tejidos lesionados para volver a su estado de integridad previo, o mejor para lograr su reparación biológica primaria” (p.27).

A diferencia de las anteriores, las lesiones complejas, son aquellas que además de causar incapacidad o enfermedad dejan secuelas, Ricardo Mora Izquierdo (1979) expresa que esto se refiere

a “alteraciones en la forma o en la función de un órgano o miembro que persisten tras el vencimiento de la incapacidad médico-legal”¹⁰³.

De lo expresado por Ricardo Mora Izquierdo (1979) se deduciría que las lesiones descritas anteriormente en los numerales 1 al 4 del artículo 152 del COIP serían lesiones simples, mientras que la lesión descrita en el numeral 5 estaría catalogada como lesión compleja.

Según Guillermo Espín (2016) es necesario observar los verbos rectores de las lesiones, ya que estos son excluyentes y no necesariamente concurrentes, por lo tanto, será punible el daño, la incapacidad o la enfermedad provocada en el paciente por el médico, consecuencia de la inobservancia del deber objetivo de cuidado. Pero en el caso de las lesiones complejas como es el caso del numeral 5 del art. 152 del COIP se puede tener varios efectos resultantes de la acción delictiva, es por todo esto que se deberá castigar la lesión más grave con base en el principio de conexidad, según lo dispuesto en el artículo 406 del COIP¹⁰⁴.

En cuanto a la relación con el tipo de acción que da lugar al tipo, al igual que en el caso del homicidio culposo por mala práctica profesional, ésta puede ser ejecutada a través de comisión u de omisión (Espín, 2016).

Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido por este tipo penal es también la integridad personal, que se encuentra acoplado siempre en armonía con el derecho constitucional a la salud.¹⁰⁵

Como se revisó anteriormente la lesión es el menoscabo en la salud o la integridad corporal. Autores como Romeo Casabona sostienen que es “el resultado de menoscabo de la integridad personal entendida esta en el sentido apuntado para esta expresión, integridad corporal y salud física y mental (Casabona C. M., 2004, p. 209). Por todo esto, debe hacerse una aproximación de lo que se debería entender como integridad personal, se observa que esta no alcanza únicamente los daños físico, sino también lo psíquicos. La Constitución de la República 2008 es bastante clara al respecto al señalar en su artículo 66: “art.66. _Se reconoce y garantizará a las personas (...)3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual (...)”¹⁰⁶.

Con lo expuesto, si se entiende que la integridad personal es el bien jurídico protegido por el delito de lesiones, se concluye que dicha protección con rango constitucional abarca únicamente una

¹⁰³ Ricardo Mora Izquierdo, “Actualización del dictamen médico forense por lesiones personales”, *Revista del Instituto de Medicina Legal de Colombia*, Año 4, vol. IV, No. 2 (1979): 27 y s.

¹⁰⁴ COIP, art. 406.- “Conexidad. - Cuando se cometen infracciones conexas de la misma o distinta gravedad, en un mismo lugar o en diversos lugares, habrá un solo proceso penal ante la jurisdicción donde se consumó la infracción más grave”.

¹⁰⁵ Gómez Pavajeau y José Joaquín Urbano Martínez, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, 1023. “La integridad personal, en el marco de su protección penal, no es un valor independiente de la salud, sino un aspecto de una idea de salud más amplia que no se circunscribe a la mera ausencia de enfermedad”.

¹⁰⁶ Constitución de la República del Ecuador, art. 66, numeral 3, a).

dimensión física y psíquica de la persona. En el ámbito sexual, existen tipos penales específicos y, en relación con la integridad moral, la tradición jurídica ha judicializado su daño a través de la responsabilidad civil por daño moral¹⁰⁷ (Espín Rosales, 2016, p. 91).

En cuanto a las perturbaciones psíquicas que puede sufrir el paciente, autores como Gómez y Urbano la definen como “cualquier alteración que signifique desmejoría en la salud mental que tenía el individuo antes de la lesión. Es permanente si una vez causada no desaparece jamás o transitoria, si luego de causada desaparece por el solo transcurso del tiempo gracias a la intervención médica” (Martínez, sf., p. 1030). Por ejemplo, en el caso de que un médico psiquiatra, que en atención del deber objetivo de cuidado, prescriba fármacos que empeoren el padecer esquizofrénico del paciente.

Sujetos del delito

Con lo que respecta al elemento subjetivo del tipo, se considera la identidad de los mismos que para el homicidio culposo por mala práctica profesional; es decir, como sujeto activo al médico que realiza el diagnóstico, que prescribe el tratamiento y quien realiza la intervención médica y como sujeto pasivo el paciente que recibe el diagnóstico, el tratamiento o es objeto de un procedimiento curativo o de medicina voluntaria por parte del galeno.

En cuanto al sujeto pasivo es necesario resaltar, que al igual que en el delito de homicidio, que la forma típica se refiere a: “la persona que lesione a otra”. Por lo tanto, es indiscutible que el sujeto pasivo se encuentra constituido por una persona que siguiendo los mismo criterios que se expusieron al analizar el bien jurídico protegido del homicidio ostenta un principio vital independiente del de su madre (Espín Rosales, 2016, p. 92).

En el Ecuador, no se encuentran tipificadas las lesiones al feto; y es por esta razón que el *nasciturus* no puede ser considerado sujeto pasivo del delito de lesiones¹⁰⁸. Pese a esto, en la práctica médica, si el médico, de manera imprudente, provoca una lesión al feto, al tener éste vida dependiente, en la mayoría de casos se estará lesionando a la madre, por lo que dicha conducta deberá ser judicializada por el delito de lesiones culposas a la madre.

¹⁰⁷ Sin embargo, cabe resaltar que, en el COIP, existen tipos penales como la violencia psicológica contra la mujer o la familia, que de cierta manera protegen la integridad mental y moral de grupos vulnerables. Véase: *COIP*, art. 157, inciso 1: “Violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar. - La persona que, como manifestación de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cause perjuicio en la salud mental por actos de perturbación, amenaza, manipulación, chantaje, humillación, aislamiento, vigilancia, hostigamiento o control de creencias, decisiones o acciones”.

¹⁰⁸ Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal, Parte Especial, t. I* (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003), 243. Donna ratifica que el sujeto pasivo en el delito de lesiones es una persona nacida, sostiene: “La víctima, como vimos antes, debe ser una persona nacida y obviamente debe tratarse de un sujeto con vida”.

2.10. La punibilidad de los delitos cometidos por mala práctica profesional

La punibilidad es uno de los elementos que constituyen el delito, este elemento se refiere a aquella conducta sobre la cual existe la posibilidad de aplicar una sanción o una pena; el elemento de la punibilidad define exactamente la posibilidad de que una pena sea aplicada y de ahí su importancia.

Por regla general se sabe que se está frente a un delito cuando se constata la existencia una conducta típica, antijurídica, culpable y punible.

La punibilidad de los delitos culposos es una materia controvertida, para algunos autores lo decisivo en la culpa es un defecto de la inteligencia; es decir, una falta de reflexión. Con ello se pone acento en la previsibilidad o elemento intelectual de la culpa. La pena estaría dirigida al intelecto del sujeto activo y de todos los demás. Significando un recordatorio de lo que está bien (Plascencia Villanueva, 2016).

Por lo tanto, la esencia de la culpa no puede, recaer en la equivocación cometida por el sujeto al actuar (el error). Justamente se ha reprochado, además, a esta posición el que con ella se desconoce la característica básica de la culpabilidad (Plascencia Villanueva, 2016).

Otro grupo de autores ve en la culpa un defecto de la voluntad; es decir, si bien hay un vicio de la inteligencia, éste se remonta “en su origen a la voluntad del agente”. La dificultad de estas teorías reside en que hay una serie de casos en los que se halla un acto positivo de la voluntad y, no obstante, la conducta es culposa (Plascencia Villanueva, 2016).

Para otro grupo de teorías intermedias la esencia de la culpa se encuentra en otras características: la desconsideración, la ilícita infraestimación del bien jurídico, la falta de interés, la ligereza en evitar la lesión del derecho (Plascencia Villanueva, 2016).

Con lo expresado, siendo la esencia de la culpabilidad la posibilidad de actuar de acuerdo con las exigencias del derecho, la culpa es una forma de culpabilidad; puesto que, con independencia de lo que se sabía y quería realmente, puso haber obrado el sujeto de otra manera a como lo hizo (Plascencia Villanueva, 2016).

Es por todo lo dicho anteriormente, que para fundamentar la punibilidad de los delitos culposos no deben castigarse sino cuando así se aconseje la gravedad del resultado o su frecuencia estadística dentro de la sociedad (Sproviero, 1994).

Puesto que la acción del médico no busca la afectación del bien jurídico protegido, se ha cuestionado el fundamento de la punición del delito culposo. En relación con este punto el tratadista Stratenweth expone que “la desconsideración de los intereses jurídicamente protegidos no comienza recién con la decisión consciente contra ellos, -característica del dolo-, antes bien comienza ya cuando el autor aprecia tan escasamente esos intereses que ni siquiera hace el esfuerzo de pensar en

los peligros por su temeridad. De ahí que el delito culposo le corresponda, en el Derecho Penal, una posición absolutamente legítima” (Stratenweth, 2005, p. 500).

La punición de los delitos culposos por mala práctica profesional, hallaría su fundamento por lo tanto en la vulneración de bienes jurídicos protegidos debido al descuido evitable del sujeto activo que no ha observado una conducta cuidadosa y acorde con las normas de convivencia social, las cuales integran el concepto de “deber objetivo de cuidado”. Según la doctrina, se ha considerado como un problema si las normas de cuidado deben ser consideradas de una manera objetiva y abstracta en relación con una “persona cuidadosa”; o si por el contrario se lo debe de considerar de una manera subjetiva en función de las capacidades de infractor. Por lo tanto, para tratar de conceptualizar de manera adecuada el deber objetivo de cuidado es necesario analizar las teorías objetivas y subjetivas al respecto (Espín Rosales, 2016, p. 19).

El tratadista Romeo Casabona (Casabona, p. 264), cuando habla del deber objetivo de cuidado del médico, menciona que debe de hacerse en torno a la conducta realizada, con aquella que le es exigida por la norma del sector de la vida social y comprobar si existe correspondencia o no entre ambas, es decir, si se infringió o no en el deber objetivo de cuidado.

El homicidio culposo calificado por mala práctica profesional

El tercer inciso del artículo 146 del COIP establece:

“Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas (...)” Sobre la aplicación del agravante descrito, la Corte Nacional de Justicia, través de la Resolución No.01-2014 de fecha 24 de abril del 2014 emite la “Aclaratoria sobre el alcance del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal”¹⁰⁹. *Código Integral Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 246, 15 de mayo de 2014.

Por su importancia y trascendencia para este trabajo, a continuación se transcribe la parte resolutive:

- Art. 1.- El Código Orgánico Integral Penal, que en su artículo 146, establece los tipos penales simple y calificado de homicidio culposo por mala práctica profesional, debe ser comprendido en su integridad.
- Art. 2.- Se entenderá que el homicidio culposo simple por mala práctica profesional, tipificado en el inciso primero del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado, conforme a su inciso final.
- Art. 3.- Se entenderá que el homicidio culposo calificado por mala práctica profesional, tipificado en el inciso tercero del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado; y, además, por la concurrencia de las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

¹⁰⁹ Ecuador, “Resolución No. 01-2014 de 24 de abril de 2014”, Pleno de la Corte Nacional de Justicia, *Aclaratoria sobre el alcance del art. 146 del Código Integral Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 246, 15 de mayo de 2014.

Con lo expuesto, se desprende que los criterios para la determinación del homicidio culposo simple, como la provocación de la muerte por la violación del deber objetivo de cuidado de conforme con los parámetros determinados en el inciso final del artículo 146 del COIP también es una conducta innecesaria, peligrosa e ilegítima. De tal manera que convierta el homicidio culposo simple por mala práctica profesional en homicidio culposo calificado por mala práctica profesional, merecedor de una sanción agravada de 3 a 5 años de pena privativa de libertad, tomando en cuenta que los tres calificativos son concurrentes y no excluyentes de acuerdo al pronunciamiento visto de la Corte Nacional de Justicia.

Acerca de la peligrosidad de la conducta del médico, hay que considerar que no es un elemento extraño a la determinación del deber objetivo de cuidado en el tipo y al deber subjetivo de cuidado en la culpabilidad. Sin que se encuentre justificada su inclusión como un agravante constitutivo de homicidio culposo calificado por mala práctica profesional, por falta de autonomía estructural, en este punto también se deben de observar los componente del deber objetivo de cuidado que también fundamental el homicidio culposo simple (Espín Rosales, 2016, p. 84).

Acerca de la ilegitimidad de la conducta del profesional que provoca la muerte por la violación del deber objetivo de cuidado, basta con recordar la diferencia entre una conducta ilegal e ilegítima y la no necesidad de correspondencia entre ellas; pues, una conducta legal puede ser ilegítima como la lapidación femenina en Medio Oriente. Esto quiere decir que, la legitimidad responde a un concepto *ius naturalista* y hasta axiológico, de la concepción de lo que es justo e injusto en un determinado régimen de convivencia, y que puede superar incluso la esfera de lo legal (Espín, 2016).

Ratificar que una conducta violatoria del deber objetivo de cuidado, antijurídica y culpable con resultado de muerte no sea también ilegítima, podría no solo ser contradictorio en sí mismo, sino también significaría caer en la redundancia. Ya que la ilegitimidad de la conducta es analizada en la antijuridicidad, donde una conducta que configura en lo formal un tipo penal se encuentra justificada desde lo social conforma la previsión legal y, por lo tanto, su sanción no encuentra su fundamento, lo que provocaría la falta de fundamento para que una conducta ilegítima configure un tipo agravado (Espín, 2016).

En cambio, hablar de la no necesidad de una conducta es aún más equívoco, ya que el estado de necesidad como causa de justificación como se analizará en el siguiente punto conforme a los artículos 29 al 32 del COIP¹¹⁰. Lo cual implica el análisis valorativo de si la conducta adecuada al

¹¹⁰ COIP: "Art. 29.- Antijuridicidad.- Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código. Art. 30.- Causas de exclusión de la antijuridicidad.- No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa. Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de un orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal. Art. 31.- Exceso en las causas de exclusión de la antijuridicidad.- La persona que se exceda de los límites de las causas de exclusión será sancionada con una pena reducida en un tercio de la mínima prevista en el respectivo tipo penal. Art. 32.- Estado de necesidad.- Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno,

tipo penal se encuentra justificada por un estado de necesidad, que busca proteger un bien jurídico protegido de mayor relevancia al vulnerado. Por consiguiente, los comportamientos no justificados por un estado de necesidad u otras causas que descartan la antijuridicidad, son penalmente relevantes precisamente por calificarse de innecesarias y no justificadas.

2.11. Eximentes y justificativos de la culpa del médico

Para finalizar este capítulo, dentro de este punto se analizarán los factores por los cuales el médico puede estar exento de responsabilidad penal.

Dentro de este punto se analizará lo que puede ocurrir dentro de la actividad médica cuando se altera la estructura fisonómica corporal y se infiere un daño en ella; por lo que, al menos en el aspecto causal, se configura un acto de lesiones, el cual desde ningún punto de vista legal ni legítimo pudiese ser punible.

Frente a esto el COIP el último inciso del artículo 152 establece que: “No serán punibles las lesiones derivadas de acciones terapéuticas ejecutadas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad que precautele la salud del paciente”. Por ejemplo, como se dijo previamente en el caso de las lesiones iatrogénicas que son generadas a un paciente a consecuencia de una atención legítima a la solicitud, a título de riesgo calculado en términos de la *lex artis médica*, siendo un mal necesario para proteger la salud del paciente. Por lo tanto las lesiones iatrogénicas no serían punibles según éste último inciso.

Doctrinariamente, dentro del Derecho Penal se encuentran las causas de justificación las cuales eliminan el injusto para el autor, de manera que quienes están en el círculo de los acontecimientos, no pueden ser perjudicados posteriormente; son situaciones que han sido admitidas por el propio Derecho Penal, y que eliminan la antijuridicidad de un acto voluntario insumible en un tipo de delito y lo toman jurídicamente lícito. Es decir, las acciones hacen en tipicidad (el acto se subsume al tipo), pero no en antijuridicidad, donde el comportamiento es justo.

La jurisprudencia indica que no se le puede atribuir al médico responsabilidad penal que ha incurrido en errores honestos o equívocos dispensadores de censura, en la calificación de enfermedad y en cuanto al tratamiento recomendado como eficiente y a seguir por el paciente. La prescripción de otro proceso a aplicarse conforme al diagnóstico, cuando fue hecho con aplicación de la *lex artis* y el empleo de cuidados recomendables, exime de sanción y no se adecua con el concepto de mala praxis (Sproviero, 1994, p. 17).

Todo lo dicho anteriormente, debe de estar avalado por circunstancias que permitan inferir que el profesional de la salud no se ha apartado de los cánones de la ciencia, aun cuando la metodología

cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos: 1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro. 2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar. 3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho”.

resultare novedosa o no gozare sino parcialmente de la adhesión científica, pero con la salvedad de tratarse de un conjunto de reglas conformativas del tratamiento, que no se halle desguarnecido del tecnicismo exigible (Sproviero, 1994).

El equívoco en que pudiere incurrirse debe estar asentado sobre sólidas bases científicas que permitan inducir que su aplicación no resultará descabellado contraria a todo principio de técnica y ciencia (Sproviero, 1994).

Una vez entendidas las causas de justificación como ciertas circunstancias, permisos, que emergen de cualquier parte del ordenamiento jurídico, que eximen de responsabilidad al autor que cometió el injusto penal; es necesario indicar lo que se menciona en el artículo 30 del Código Orgánico Integral Penal¹¹¹ “No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa”.

Dentro del error de diagnóstico se elimina como causa de justificación la “legítima defensa”, ya que no se puede aseverar que el médico diagnosticó equivocadamente a su paciente por encontrarse en: agresión actual e ilegítima, necesidad racional de defensa o falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho; ya que la actividad del médico es curativa-asistencial.

A diferencia de lo que menciona el COIP, dentro del error de diagnóstico se han podido vislumbrar dos grandes causas de justificación: el estado de necesidad y el consentimiento que se encuentran íntimamente relacionadas.

A continuación se analizará cada causa de justificación que elimina la antijuridicidad desde el punto de vista de la actividad médica:

1. Estado de Necesidad:

El estado de necesidad parte del concepto de que cuando el agente no dispone de otro medio menos ofensivo para evitar la lesión., estará justificado por la necesidad sin atender a la magnitud de la lesión inferida, en razón de la antijuridicidad de la acción del agresor, exceptuando de esto únicamente las defensas que excedan el límite de la racionalidad, es decir, las que resulten aberrantes (Cornejo Aguiar, Sebastián, 2015).

¹¹¹ Art. 29.- Antijuridicidad. - Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código.

Art. 30.- Causas de exclusión de la antijuridicidad. - No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa.

Art. 32.- Estado de necesidad. - Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos: 1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro. 2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar. 3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.

El artículo 32 del Código Orgánico Integral Penal indica que “existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos”:

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

Zaffaroni (1987) explica que dentro del estado de necesidad no se puede legitimar cualquier lesión, ya que no interviene ninguna acción agresiva antijurídica por parte de quien soporta la lesión a sus bienes jurídicos protegidos. Por lo tanto, la justificación de la acción estaría dada por la ponderación entre los males que se quiere evitar y los causados (Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal Parte General, 1987).

Dentro de esta relación que se efectúa entre el mal que se hace al bien jurídico protegido para evitar una lesión a otro bien jurídico protegido, se deben analizar dos premisas básicas (Cornejo Aguiar, Sebastián, 2015):

- El peligro tiene que ser inminente del bien que se protege (Objetivo). En el caso de la medicina, el peligro en el cual se encuentra la salud paciente deberá ser inminente, para realizar un diagnóstico apresurado y proteger su vida, salud e integridad física.
- Debe coexistir un impulso para aplicar el Estado de Necesidad (Subjetivo). El médico estará impulsado por el hecho de proteger, salvaguardar la vida de su paciente y evitarle sufrimiento (actividad curativa)

De lo cual si se parte de estas premisas se denotaría que los requisitos básicos para aplicar el estado de necesidad dentro de error de diagnóstico serían:

- Que el derecho protegido del paciente esté en real y actual peligro.(Necesidad de evitar lesión o peligro)
- Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar.(Mal realizado por el médico no sea mayor que el evitado, este mal realizado no puede ser provocado por el sujeto del Estado de Necesidad)
- Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.

2. Consentimiento

El consentimiento dentro del ámbito de la medicina como causa de justificación está ligado con el estado de necesidad, interviene en casos en los que el propio ordenamiento jurídico le reconoce al titular una facultad dispositiva sobre el bien jurídico protegido siempre y cuando cumpla con determinados requisitos tales como (Cornejo Aguiar, Sebastián, 2015):

- Facultad reconocida por la ley para disponer válidamente de determinados bienes jurídicos propios.
- Capacidad para disponer y entender el alcance de los actos por quien consciente.
- La voluntad no viciada de quien consciente por error, fuerza o engaño.
- El Consentimiento debe otorgarse con anterioridad a la comisión del acto y debe ser conocida por quien ejecuta el acto.
- El consentimiento se denomina acuerdo si la conducta se dirige contra o prescindiendo de la voluntad del interesado y el libre ejercicio de la misma.

El consentimiento del interesado o titular del bien jurídico posibilita que el médico esté exento de responsabilidad penal, debido que al extenderse al bien jurídico individual sea la vida reconocida como un derecho fundamental, sin la existencia de una negación de la libertad como valor superior y de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad estableciéndose cláusulas generales que reconozcan el consentimiento del interesado como elemento que elimina la ilicitud de la conducta y, en consecuencia, no castigarse la muerte por aborto no punible de conformidad con lo que señala el artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal (Cornejo Aguiar, Sebastián, 2015):

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

1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.
2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

En este ejemplo se puede apreciar claramente el consentimiento como una causa de justificación dentro de la práctica médica, ya que se tiene el consentimiento del interesado o titular del bien jurídico protegido que viabiliza a que el médico esté exento de responsabilidad penal por realizar algo que jurídicamente no está permitido, el médico podrá realizar este tipo de actuaciones siempre y cuando su gestión esté encaminada a la protección y tutela de bienes jurídicos protegidos, ya sea prescindiendo de la voluntad del paciente o en el libre ejercicio de la misma.

¿Qué pasa cuando el médico no tiene el consentimiento informado de su paciente, ni con el de sus familiares o representante?

Cuando el médico actúe sin el consentimiento informado de su paciente, se considerará el cumplimiento de un deber y el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo y el estado de necesidad como los fundamentales eximentes de su responsabilidad, aplicando un criterio valorativo equilibrado y adecuado a las circunstancias concretas de cada caso (Calvo, 2012, p.114).

Para Edgardo Donna, no es la falta de antijuridicidad lo que impide la sanción de la conducta, sino el consentimiento del paciente, ya que el titular del bien jurídico protegido es el único facultado para consentir alguna intervención en su organismo. Dentro de esta perspectiva, el autor opina que,

aun existiendo mejora en la salud, la lesión provocada en el paciente que no autorizó o consintió en ello, pudiéndolo hacer, da lugar a la responsabilidad penal por delito de lesiones, excepto en los casos excepcionales de tratamiento obligatorio, estado de necesidad, incapacidad del paciente o tratamiento apremiante (Donna E. A., 2003, p. 247-248).

Para finalizar este punto, hay que realizar una precisión en cuanto al estado de necesidad, esta justificación legal debe ser entendida de manera restrictiva, ya que en el caso del consentimiento como lo establece Roxin¹¹², cuando existe consentimiento eficaz, se excluye la tipicidad y no la juridicidad, pues considera que no tiene lugar el desvalor del resultado y, con él, el desvalor de la acción y el tipo delictivo, en virtud de la disposición del bien jurídico protegido en su titular. No obstante, en las actuaciones médicas de emergencia se presentará lo que en la doctrina se conoce como *consentimiento presunto*, existirá el estado de necesidad y por lo tanto la presencia de tipicidad pero falta de antijuridicidad (Roxin, p. 1034). Sin embargo, se considera válido el criterio de Roxin en el caso de las lesiones terapéuticas causadas por cirugía estética, donde si bien no se cumplen los presupuestos del estado de necesidad, sí se excluye la tipicidad por existencia del consentimiento del paciente (Espín Rosales, 2016, p. 94).

¹¹² Roxin sobre el estado de necesidad manifiesta: “De esta situación surgió el estado de necesidad justificante supra legal, que se desarrolló partiendo del principio en el que se basan todas las causas de justificación, a saber: que, en caso de colisión ineludible de intereses en pugna, el sujeto actúa conforme a Derecho si da preferencia al interés más valioso frente al menos valioso y con ello en definitiva hace algo socialmente provechoso, [...]. La idea básica del estado de necesidad supra legal se mantuvo en dos formulaciones enfrentadas entre sí. Según la teoría del fin, que fue propugnada especialmente por Von Liszt y su discípulo Ed. Schmidt, regía el principio de “que no son antijurídicas las intromisiones en intereses jurídicamente protegidos que supongan un medio adecuado para conseguir un fin reconocido por el Estado”. Y la teoría de la ponderación de bienes invocaba el principio de “no actúa antijurídicamente quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico de inferior valor, si solo de este modo se puede salvar un bien jurídico de superior valor”.

CAPÍTULO 3: ESTUDIO Y ANÁLISIS DE LOS CASOS DE ERROR DE DIAGNÓSTICO DE MEDICINA CURATIVA SUSCITADOS ENTRE LOS AÑOS 2011 -2016.

Planteamiento del problema

Como se pudo identificar dentro del capítulo primero de este trabajo el error de diagnóstico cabe en todas las especialidades de la medicina, pero en el caso de la medicina voluntaria, es decir dentro de la cirugía plástica no cabe, ya que al ser una obligación de resultados el médico va directo al tratamiento, aquí el médico ya no incurriría en un error de diagnóstico.

Esto no quiere decir que el médico no realice estudios previos del paciente, tales como recolección signos, examen físico, entre otros; pero estos estudios previos a la realización de una cirugía estética no deben confundirse con el diagnóstico, estos estudios forman parte de lo que el cirujano plástico debe seguir como parte de su protocolo (*lex artis ad hoc*) para poder operar a su paciente y llenar la historia clínica de su paciente. Ya que sería absurdo aseverar que el médico en consulta va a diagnosticarle a una mujer con pechos pequeños que tiene pechos pequeños y que necesariamente necesita un aumento. El legislador en este tipo de procedimientos debe analizar el deber objetivo de cuidado dentro del tratamiento, es decir en los medios empleados por el cirujano plástico para realizar la operación, si observó todos los protocolos, si no inobservó la *lex artis ad hoc* para operar a su paciente.

Es por esto, que los casos que se van a analizar a continuación tienen que ver con el error de diagnóstico en la medicina curativa. En los cuales se podrá observar cuando el médico incurre en la violación de un deber objetivo de cuidado y cuando no.

3.1. Caso medicina asistencial: Apendicitis en mujeres de edad fértil apendicetomizadas en el Hospital de Especialidades Eugenio Espejo por diagnóstico presuntivo de apendicitis aguda durante el período comprendido entre enero del 2011 y 2012.

3.1.1 Descripción de los hechos:

Entre los años 2011 y 2012 se realizaron un total 330 apendicectomías en el Hospital de Especialidades Eugenio Espejo la muestra estudiada fue de 163 historias clínicas. Los grupos de edad más frecuente fue la comprendida entre mujeres 15 a 24 años (54.6%), de las 163 piezas estudiadas 131 (80.5%) pacientes presentaron apendicitis de ellas se encontraron 32 apéndices normales (19.6%) de ellas en 19 pacientes (11.7%) correspondieron a hallazgos ginecológicos (Herrera, 2014).

En el estudio que se realizó entre el 2011 y 2012 hecho por la doctora Carolina Estefanía Herrera Lema, se pudo constatar que no existe correlación entre el diagnóstico clínico, de laboratorio y de imágenes frente a la visualización macroscópica y que los hallazgos anatomopatológicos¹¹³ en cuadros de abdomen agudo en mujeres en edad fértil que fueron apendicectomizadas¹¹⁴ por apendicitis aguda en dicho hospital.

3.1.2 Análisis historias clínicas

Antes de abordar el estudio de las historias clínicas dentro de este caso en concreto, hay que recordar la importancia de este documento dentro del derecho. En primer lugar, es un documento obligatorio que todas las entidades que prestan servicios de salud deben registrar sobre la asistencia sanitaria prestada al paciente, con datos de su estado, diagnóstico, evolución y las prescripciones médicas (Espín, 2016).

Es un acta que sienta fe de todo el proceso curativo del paciente donde consta cada detalle de la prescripción médica, cambio en el estado o novedad con respecto al proceso evolutivo o regresivo en su salud (Espín, 2016).

En cuanto al tema que le compete a esta investigación que es el error de diagnóstico, la historia clínica constituye una prueba fundamental del yerro galénico¹¹⁵; pero no por esto debe ser entendida como la única prueba plena del hecho de error de diagnóstico o de mala práctica profesional. Tampoco debe ser confundida con los informes periciales ni por su forma ni por su contenido. Hay que tomar en cuenta que cada especialidad médica tiene su propia forma de historia clínica (Espín, 2016).

Ahora bien, dentro de la información recopilada de las historias clínicas Herrera (2014) pudo verificar que, de las 163 pacientes apendicectomizadas, 120 cumplieron criterios en la escala de

¹¹³ *Real Academia Española* (2018).adj. Med. Perteneciente o relativo a la anatomía patológica. Recuperado el 27 de junio del 2018 <<http://dle.rae.es/?id=2XCp5MB>>

(*Educalingo.com*, 2018, párr. 1) La Anatomía Patológica Humana es la rama de la Medicina que se ocupa del estudio, por medio de técnicas morfológicas, de las causas, desarrollo y consecuencias de las enfermedades. El fin último es el diagnóstico correcto de biopsias, piezas quirúrgicas, citologías y autopsias. En el caso de la Medicina, el ámbito fundamental son las enfermedades humanas. La Anatomía Patológica es una especialidad médica que posee un cuerpo doctrinal de carácter básico que hace que sea, por una parte, una disciplina académica autónoma y, por otra, una unidad funcional en la asistencia médica. Recuperado el 27 de junio de 2018 <<https://educalingo.com/es/dic-es/anatomopatologico>>

¹¹⁴(*Ecured.cu*,2018,párr.1) La apendicectomía es una técnica quirúrgica por medio de la cual se extrae el apéndice cecal. La indicación más frecuente para la apendicectomía es la apendicitis aguda. En la actualidad la cirugía de mínima invasión constituye una herramienta importante en el diagnóstico y tratamiento de los pacientes aquejados por esta afección. Recuperado el 27 de junio del 2018 <<https://www.ecured.cu/Apendicectom%C3%ADa>>

¹¹⁵ Así Lombana Villalba sostiene: “la historia clínica no necesariamente es la prueba reina en todos los procesos de responsabilidad médica. De hecho, en muchos de ellos la historia clínica es apenas un elemento de prueba más que, con conjunto con los otros contribuye en la demostración de la responsabilidad o ausencia de responsabilidad penal del galeno”.

Alvarado¹¹⁶ constituyendo el 73,6%, mientras que 43 pacientes no cumplieron con criterios para positividad de la escala de Alvarado siendo esto el 26,4 % del total de la muestra.

En relación al puntaje en la escala de Alvarado obtenido en las historias clínicas se pudo observar que la gran mayoría obtuvo un puntaje de 7 o mayor constituyendo este el 63% del total con 103 pacientes los cuales fueron candidatos a cirugía. El 32.5% que corresponden a 53 pacientes obtuvieron un puntaje de 5-6, los mismos que debían realizarse US o TAC ¹¹⁷sugestivas para ser candidatos a cirugía y tan solo 7 pacientes es decir el 4,3% obtuvieron puntaje menor a 4 y no eran candidatos, debido a que este puntaje era poco probable el diagnóstico de apendicitis (Herrera, 2014).

Herrera (2014) menciona que las pacientes que obtuvieron un puntaje de 5-6, debían realizarse un examen complementario como ECO o TAC sugestivos para que estas sean candidatas a cirugía, como se observó en este estudio de esas 53 pacientes al 24,5% (40 pacientes) se realizó la ecografía y al 8% (13 pacientes) no lo realizaron.

En relación a la escala de Alvarado con el resultado histopatológico¹¹⁸, lo que se encontró fue que 120 de las pacientes que cumplían con los criterios en el score de Alvarado, 107 (65.6%) presentaron diagnóstico de apendicitis comprobado mediante resultado histopatológico y 13 pacientes (14.7%) no tuvieron diagnóstico de apendicitis comprobado. Dentro de las 43 pacientes que no presentaron criterios de positividad en el score de Alvarado; 24 (14.7%) presentaron apendicitis comprobada y 19 (11.7%) no la presentaron (Herrera, 2014).

Con respecto a la determinación del diagnóstico Herrera (2014) asegura que dentro de su estudio se observó la capacidad de la prueba para diagnosticar la enfermedad, ya que se tuvo que valorar la sensibilidad para el score de Alvarado calculado en su estudio que correspondía al 81,7%; es decir, que de los 100 pacientes que acudían con diagnóstico presuntivo de apendicitis aguda 82 de ellas serían diagnosticadas correctamente con la aplicación del test de Alvarado. En cuanto a la especificidad, se encontró un resultado bajo pues era del 59.3%, el cual no era buen método para identificar adecuadamente a los individuos que no presentaban apendicitis e inducía al error de diagnóstico.

¹¹⁶ (Wikipedia.com. 2018, párr. 1) Es un sistema de puntuación clínica que se utiliza en el diagnóstico de apendicitis. La puntuación tiene 6 parámetros clínicos y 2 mediciones de laboratorio con un total de 10 puntos. Fue introducido en 1986 y aunque fue hecho para las mujeres embarazadas, ha sido ampliamente validado en la población no embarazada. En la actualidad se usa la escala de Alvarado modificada. Recuperado el 28 de junio de 2018 <https://es.wikipedia.org/wiki/Escala_de_Alvarado>

¹¹⁷ La tomografía axial computarizada (TAC) es considerada el “patrón oro” como examen diagnóstico no invasor en la apendicitis aguda. Puede detectar y localizar masas inflamatorias periapendiculares (plastrones), abscesos (algo similar como en la diverticulitis) y, con gran precisión, la apendicitis aguda. La TAC es más precisa en el diagnóstico que la ultrasonografía en los adultos y los adolescentes, es la mejor imagenología diagnóstica de la apendicitis aguda (Terasawa et al, 2004) en caso en que el diagnóstico es dudoso.

¹¹⁸ (Roche.com.mx, 2017,párr.1) El área de Diagnóstico Histopatológico ha sido pionera y actualmente establece la vanguardia en anatomía patológica, automatizando y estandarizando las pruebas hechas en muestras de tejido (biopsias) para fines de diagnóstico e investigación. Recuperado el 2 de julio de 2018 <<<http://www.roche.com.mx/home/Diagnostica/diagnostico-de-tejidos.html>>>

De las 163 pacientes que conformaban el total de la muestra, 123 (75.5%) presentaban sospecha clínica de apendicitis aguda y fueron sometidas a estudio ecosonográfico y 40 pacientes (24.5%) no fueron sometidas (Herrera, 2014).

Herrera (2014) manifiesta que con respecto a la cirugía realizada a las pacientes con presuntivo diagnóstico de apendicitis: “Las 163 (100%) pacientes fueron sometidas a cirugía, en relación al tipo de cirugía realizada se pudo observar que la más frecuentemente realizada fue la incisión de Rockey Davis¹¹⁹ (71,2%), seguida por la incisión mediainfraumbilical¹²⁰ (19.6%), en 8 de las pacientes se realizó incisión de pfannestiel¹²¹ (4.9%) y como menos frecuentes (1.2%) se tiene a las incisiones transversa y suprainfraumbilical”.

Según la investigación de Herrera (2014), los hallazgos quirúrgicos dentro de la fase de apendicitis, lo que más se encontró durante las cirugías según el diagnóstico del cirujano fue apendicitis grado II o supurada¹²² (36.8%), seguida por la apendicitis grado III o necrótica¹²³ (25.8%), apéndice normal (13.5%), apendicitis grado IV o perforada ¹²⁴(12.9%) y finalmente la apendicitis grado I o inicial¹²⁵ (11%).

¹¹⁹ (Incisión quirúrgica.com, 2013.párr.22) El Davis o Rocky-Davis "músculo-división" bien menor incisión cuadrante para apendicectomía. *Recuperado el 2 de julio del 2018* << https://copro.com.ar/Incision_quirurgica.html>>

¹²⁰ Lupercio Romero, Arlo. *Técnicas Quirúrgicas Básicas*. 2013 Es la incisión que sigue la línea alba o blanca abdominal, puede ser supraumbilical (por arriba del ombligo), infraumbilical (por debajo de la cicatriz umbilical). *Recuperado el 2 julio de 2018* << <https://es.slideshare.net/arloa/incisiones>>>

¹²¹ (Incisión quirúrgica.com, 2013.párr.20) La incisión de Pfannenstiel, una incisión transversal debajo del ombligo y por encima de la sínfisis púbica. En la incisión de Pfannenstiel clásica, la piel y el tejido subcutáneo son incididas transversalmente, pero la línea alba se abre verticalmente. Es la incisión de elección para Cesárea y para abdominales histerectomía para enfermedad benigna. *Recuperado el 2 de julio del 2018* << https://copro.com.ar/Incision_quirurgica.html>>

¹²² (Médicoresponde.com,2018,párr.1 y 2) La apendicitis supurada se refiere al rompimiento del apéndice inflamado, que aumenta en gran medida los riesgos de complicaciones que pueden, incluso, llevar a la muerte. La apendicitis supurada ocurre cuando la cirugía no se realiza a tiempo y el apéndice supura, es decir, expulsa pus, cargado de bacterias y fluidos inflamatorios en la cavidad abdominal. Existe también el riesgo de derrame de heces debido a la supuración del apéndice. *Recuperado el 2 de julio de 2018* << <https://medico-responde.com/riesgos-apendicitis-supurada/>>>

¹²³ BonomédicoBlog. *Apendicitis: Qué es, causas, fases y tratamiento*. En esta fase de la apendicitis, el proceso flemoso se intensifica y se genera una distensión del tejido. *Recuperado el 2 de julio de 2018*<< <https://www.bonomedico.es/blog/apendicitis-definicion-causas-fases-tratamiento/>>>

¹²⁴ BonomédicoBlog. *Apendicitis: Qué es, causas, fases y tratamiento*. Se produce cuando las perforaciones pequeñas se acaban convirtiendo en muy grandes. La apendicitis debe tratarse con prontitud porque si no, las perforaciones pequeñas se agrandarán. Cuando la apendicitis no se trata a tiempo, el órgano (apéndice) inflamado puede estallar al cabo de las 24 a 72 horas de comenzar todos los síntomas. Si esto ocurre el dolor se expande por todo el abdomen y la fiebre puede llegar a subir hasta los 40°. *Recuperado el 2 de julio de 2018*<< <https://www.bonomedico.es/blog/apendicitis-definicion-causas-fases-tratamiento/>>>

¹²⁵ (Apendicitis.org)Es en el momento que se obstruye el apéndice y el moco que segrega (como segrega cualquier parte del intestino), no puede fluir de manera libre y empieza a acumularse en su interior. Esto provoca que las bacterias que forman parte de la flora intestinal se multipliquen en exceso y comience el proceso inflamatorio. En este estadio, el apéndice tiene un aspecto exterior normal y solo se puede identificar la inflamación bajo microscopio. *Recuperado el 2 de julio de 2018* << <http://www.apendicitis.org/etapas-apendicitis.html>>>

Jaime Lombana Villalba (2010), señala que la historia clínica como prueba dentro de la responsabilidad penal médica juega un papel demasiado importante, ya que su elaboración constituye uno de los deberes elementales del médico tratante, pero además los datos consignados en ellas constituyen la prueba más directa sobre la forma en como el médico cumplió o no cumplió los parámetros enmarcados por la *lex artis*. La historia clínica permite determinar si el profesional de la salud actuó dentro del riesgo permitido y su conducta por tanto es típica o atípica dependiendo si es que existió o no creación del riesgo permitido (Espín Rosales, 2016, p. 107).

Por otra parte, la historia clínica permite calificar si la conducta del médico derivó de una imprudencia consciente o dolo eventual, de acuerdo con la previsibilidad del riesgo en función de las anotaciones de la historia clínica. Finalmente, este elemento permitirá establecer su la conducta del médico constituyó una disminución o aumento en el riesgo para la salud del paciente (Espín Rosales, 2016, p. 107)¹²⁶.

Para fines de este trabajo, es necesario enfocarse en el análisis de las historias clínicas del 19.6% que representa a las mujeres en edad fértil que acudieron al hospital con síntomas, ya que ese es el elemento fundamental que se tiene dentro de este estudio para determinar si en el diagnóstico diferencial que se les hizo a este porcentaje cabe algún **tipo de responsabilidad** (las negrillas son mías) para el médico que diagnosticó, tomando en cuenta que los médicos no pueden realizar un diagnóstico precoz o apresurado de apendicitis aguda y proceder a operar, teniendo en cuenta que no siempre es fácil hacer un diagnóstico 100% certero debido a la gran variedad de manifestaciones clínicas que puede presentar unas apendicitis, referentemente relacionadas con la ubicación, edad del paciente y grado de evolución del cuadro.

3.1.3. Análisis del diagnóstico presuntivo-inicial

Herrera (2014) en su estudio da los siguientes puntos de vista en cuanto al diagnóstico presuntivo de apendicitis:

1. Cuando se trate de un paciente con apendicitis éste va a presentar un cuadro de abdomen agudo¹²⁷. Su gran importancia radica en que es una causa diaria de consulta en las guardias y muchas de las entidades responsables de este síndrome son potencialmente letales si no se tratan de manera precoz (Herrera, 2014).

¹²⁶ El derecho a tener una historia clínica se encuentra enmarcado dentro del artículo 7 de la Ley Orgánica de Salud. “art. 7: Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación con la salud, los siguientes derechos: f) Tener una historia clínica única redactada en términos precisos, comprensibles y completos; así como la confidencialidad respecto de la información en ella contenida y a que se le entregue su epicrisis”.

¹²⁷ Es un término descriptivo amplio que define una situación clínica de urgencia, caracterizada por el inicio súbito de síntomas abdominales, consistentes por lo común en dolor, náuseas o vómitos, cambios del ritmo intestinal y/o alteraciones de las funciones genitourinarias.

2. El diagnóstico etiológico¹²⁸ es el que se realiza dentro de un cuadro médico de abdomen agudo que como lo explica Herrera (2014) es con frecuencia difícil y el primer y gran desafío es diferenciar aquellos pacientes con abdomen agudo¹²⁹ que requerirán tratamiento médico de aquellos que requerirán una resolución quirúrgica. La causa más común de abdomen agudo quirúrgico que se origina y manifiesta en la fosa iliaca derecha es la apendicitis. Por tal razón, los distintos exámenes a realizarse en un paciente con abdomen agudo de fosa iliaca derecha y de aparente origen inflamatorio estarán dirigidos a confirmar o descartar su origen apendicular, ya que son diversas las enfermedades que se presentan en la fosa iliaca derecha y simulan un cuadro clínico de apendicitis.
3. Los médicos no pueden realizar un diagnóstico precoz de apendicitis aguda ya que no siempre es fácil debido a la gran variedad de manifestaciones clínicas que puede presentar una apendicitis, referentemente relacionada con la ubicación, edad del paciente y grado de evolución del cuadro. Síntomas como: el dolor abdominal y la anorexia se encuentran presentes con una frecuencia del 100%, náuseas y vómitos con un 90 y 75% respectivamente y la migración clásica del dolor en un 50%. Únicamente en un 50% de los casos se encuentra la clásica secuencia caracterizada por dolor vago periumbilical¹³⁰, anorexia, náuseas, vómitos y posterior migración del dolor hacia fosa iliaca derecha, seguido de un bajo grado de fiebre (Herrera, 2014).
4. Con respecto al examen físico como parte fundamental dentro del diagnóstico, hay que tomar en cuenta que existe una gran variedad de signos y síntomas, como el dolor a la palpación en fosa

¹²⁸ *Clínica Universidad de Navarra* (2018). Diagnóstico que señala también la causa de la enfermedad. Recuperado el 28 de junio del 2018 <<https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/diagnostico-etiológico>>

¹²⁹ *Clínica Universidad de Navarra* (2018). Cuadro clínico de dolor abdominal, que se presenta de forma brusca o aguda, con frecuencia causado por un proceso inflamatorio o perforativo de una víscera hueca intrabdominal. En muchos casos, el tratamiento es quirúrgico y urgente, para evitar o tratar la sepsis intrabdominal grave y diagnosticar la causa concreta del abdomen agudo. Casi siempre se acompaña de leucocitosis e hipersensibilidad a la palpación de la zona afectada del abdomen (por irritación del peritoneo visceral y, sobre todo, parietal). Con frecuencia hay fiebre y contractura muscular involuntaria del abdomen, por peritonitis difusa o localizada. Recuperado el 28 de junio de 2018 <<https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/abdomen-agudo>>

a) Causas de abdomen agudo que pueden precisar cirugía en algún momento: Apendicitis aguda; colecistitis aguda; diverticulitis aguda; diverticulitis de Meckel; embarazo ectópico roto; enfermedad de Crohn complicada; hemoperitoneo; infecciones ginecológicas; isquemia mesentérica; megacolon tóxico; obstrucción intestinal; pancreatitis aguda; perforación de intestino delgado o grueso; perforación de úlcera gastroduodenal; rotura de aneurisma de aorta abdominal; rotura de tumores al peritoneo; rotura o torsión de quiste ovárico; traumatismo abdominal abierto o cerrado. Recuperado el 28 de junio de 2018 <<https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/abdomen-agudo>>

¹³⁰ *Clínica de la Universidad de Navarra*. Lo que está situado alrededor del ombligo. Recuperado el 2 de junio del 2018 <<https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/periumbilical>>

ilíaca derecha, disminución de los ruidos hidroaéreos¹³¹, Blumberg¹³², Psoas¹³³, Obturador¹³⁴ y Rovsing¹³⁵, los que no siempre están concomitantemente presente. El peligro de presentar apendicitis es levemente mayor en hombres (8,6 v/s 6,7%), no obstante, el riesgo de ser apendicectomizado es considerablemente mayor en el sexo femenino (23-25 v/s 12%) (Herrera, 2014).

5. Herrera (2014) descubre dentro de su investigación que dentro del diagnóstico de apendicitis, los médicos ponen en la balanza el riesgo de fallar en el diagnóstico, removiendo un apéndice normal en pacientes cuyos signos y síntomas pueden ser atípicos contra el riesgo de perforación del apéndice que podría ocurrir si se opta por una conducta expectante. La perforación apendicular ocurre en aproximadamente el 20 al 30% de los pacientes con apendicitis. En general, los pacientes con perforación han tenido una mayor duración de los síntomas antes de ser sometidos al tratamiento quirúrgico, lo cual, de nuevo, enfatiza el principio del diagnóstico y tratamiento oportuno. Los pacientes que progresan a la perforación constituyen la mayoría de los casos de morbilidad y mortalidad asociadas con apendicitis aguda. Se ha reportado que los abscesos periapendiculares se desarrollan hasta en un 10% de los pacientes con apendicitis (Herrera, 2014).

¹³¹(MedlinePlus.com) Los sonidos abdominales (sonidos intestinales) son provocados por el movimiento de los intestinos a medida que impulsan el alimento. Los intestinos son huecos, así que los sonidos intestinales hacen eco a través del abdomen de manera similar a los sonidos que producen las tuberías del agua. La gran mayoría de los sonidos abdominales son normales. Simplemente significan que el tubo digestivo está funcionando. Un proveedor de atención médica puede evaluar los sonidos abdominales al escuchar el abdomen con un estetoscopio (auscultación). *Recuperado el 2 de julio de 2018 << <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/003137.htm>>>*

¹³²Clínica de la Universidad de Navarra. Dolor a la palpación de la fosa ilíaca derecha, con irritación peritoneal, de modo que se desencadena dolor al comprimir la zona y se incrementa, intensamente, hasta desaparecer, en fracciones de segundo, cuando se descomprime bruscamente al levantar la mano del médico. Es un signo exploratorio característico de la apendicitis aguda. *Recuperado el 2 de julio de 2018 << <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/signo-blumberg>>>*

¹³³ (Fisioonline,2018,párr.1)La tendinitis del psoas es la alteración del tendón distal del psoas, en su inserción en la cadera, por lo que esta patología también toma el nombre de periartritis de cadera. *Recuperado el 2 de julio del 2018 << <https://www.fisioterapia-online.com/videos/tendinitis-o-tendinosis-del-psoas-iliaco-psoitis-que-es>>>*

¹³⁴(Wikipedia.com) Similar al signo del psoas, el apéndice inflamado puede estar en contacto con el músculo obturador, localizado en la pelvis, causando irritación del mismo. El signo del obturador se demuestra haciendo que el paciente flexione la rodilla derecha en ángulo recto sobre el tronco con rotación interna mientras se mantiene en posición acostada boca-arriba, o posición supina. La prueba es positiva si la maniobra le causa dolor al paciente, en especial en el hipogastrio. *Recuperado el 2 de julio de 2018 << https://es.wikipedia.org/wiki/Apendicitis#Signo_del_obturador>>*

¹³⁵ (Wikipedia.com) El signo de Rovsing es un signo que se encuentra durante la exploración física del abdomen y tiene gran importancia en pacientes con dolor abdominal agudo en quien se sospeche de tener apendicitis. Si la presión en un punto del cuadrante inferior izquierdo del abdomen de una persona causa dolor en el cuadrante abdominal inferior derecho, puede haber un órgano o una porción de tejido inflamado en ese lado derecho. El principal sospechoso es el apéndice, aunque también es posible que otras enfermedades den un Rovsing positivo. Sin embargo, si la presión en el cuadrante izquierdo únicamente causa dolor en este lado o incluso en ambos, se podrían dar otras etiologías de enfermedades que pueden incluir afecciones relacionadas con la vesícula biliar o la vejiga, el útero, el colon descendente izquierdo, las trompas de Falopio, ovarios u otras estructuras. *Recuperado el 2 de julio de 2018 << https://es.wikipedia.org/wiki/Signo_de_Rovsing>>*

6. Herrera (2014) concluye exponiendo que existen una gran cantidad de patologías que pueden simular un cuadro de apendicitis aguda, tales como adenitis mesentérica, gastroenteritis, cólico nefrítico, etc. Además, que en el caso de las mujeres, sobre todo en su etapa fértil, se pueden producir otra serie de cuadros clínicos que cursan con dolor en la fosa ilíaca derecha, como endometriosis, salpingitis, rotura de un quiste o folículo ovárico, etc. Por ello la apendicitis aguda es probablemente la única patología quirúrgica en la que todavía se admite una tasa de errores diagnósticos de en torno a un 7-15% en los varones y hasta el 30-45% para los casos de mujeres en edad fértil con dolor en la fosa ilíaca derecha.

3.1.4. Análisis del error de diagnóstico presuntivo- diferencial:

Como ya se ha ido considerando a lo largo de este trabajo en ningún campo de la medicina la acción del médico en el diagnóstico busca la afectación de un bien jurídico protegido.

Dentro del capítulo segundo se revisó que dentro de la legislación ecuatoriana el error de diagnóstico estaría considerado como un delito culposo, pero se pudo deducir a través del estudio del deber objetivo de cuidado que esta premisa no es aceptable para todos los casos; ya que no todo acto galénico de diagnóstico es susceptible de punibilidad, pues habría que fijarse en el caso concreto y sí efectivamente en el diagnóstico médico el profesional de la salud infringió con el deber objetivo de cuidado que se encuentra enmarcado en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal.

Tal como se revisó en el capítulo primero dentro de los principales errores susceptibles de punibilidad estaba el diagnóstico médico erróneo, el cual consistía en una evaluación equivocada, que implicaba retraso en el tratamiento y consecuencias mortales; en el caso de las mujeres apendicectomizadas cuyas apéndices fueron extirpadas y salieron normales no se puede hablar de un error de esta naturaleza ya que como se puede ver en las observaciones hechas por Herrera algunas de estas mujeres fueron sometidas a exámenes de imágenes como ECO y TAC.

Herrera (2014) hace énfasis en que pese a la carencia de parámetros clínicos que otorguen certeza diagnóstica, la clínica aún es la base en la toma de decisiones debido a la inexistencia de elementos de laboratorio o imagenológicos confirmatorios. Sin embargo, algunos métodos imagenológicos se acercan considerablemente, pero que no siempre se encuentran disponibles debido a su falta de disponibilidad en horario nocturno y alto costo asociado. Por todo esto se reporta una tasa de laparotomías en blanco del orden del 20-25%, lo que no está exento de morbimortalidad.

Este error que influyó para realizar el diagnóstico por imágenes y de laboratorio corresponde al “error en el sistema”; los errores en el sistema de salud tienen que ver con la carencia de equipos especializados para poder realizar el diagnóstico integral. Si bien la clínica (la anamnesis, examen físico, síntomas y signos) deben ir de la mano con los exámenes de imagen y de laboratorio ya que esto permitirá al médico tener un diagnóstico integral y no incurrir en errores.

Ahora, si el médico no cuenta de elementos como los exámenes de laboratorio y de imagen, es muy probable que incurra en el error de diagnóstico pero no precisamente por su falta de conocimiento, sino por la falta de elementos que el sistema de salud no contaba en ese momento.

En este caso concreto para analizar el deber objetivo de cuidado primero se debería de realizar una comparación entre la conducta de los médicos que operaron a las mujeres cuyas apéndices extraídas eran normales, y la conducta realizada por un médico ideal que contaba con todos los medios para no incurrir en un error de diagnóstico. Si no coinciden, la conducta del médico que operó con la del médico ideal, se configurará un tipo imprudente y será punible.

En lo que se refiere a los conocimientos especiales y capacidades individuales del médico para prevenir o evitar el daño al bien jurídico protegido que es la vida, así como también la integridad física de la paciente, serán analizadas en la culpabilidad y no en el tipo.

Como se repasó en el capítulo segundo de este trabajo, para que exista una violación al deber objetivo de cuidado se debe de acreditar el cumplimiento taxativo de los cuatro parámetros establecidos en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal.

Numeral 2 COIP: La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.

Está claro que dentro de la legislación ecuatoriana los médicos se encuentran regidos por la *lex artis*, cabe redundar en este punto que ha de entenderse como el conjunto de reglas generales de carácter técnico, máximas de experiencia y conocimientos emitidos que han sido aceptados y aprobados por la comunidad científica o profesional.

Existen alrededor de 707 protocolos quirúrgicos de apendicectomías¹³⁶ esto indica que existen varias maneras de llevar a cabo una apendicectomía, si bien los protocolos le dicen cómo debe de actuar al médico cuando se presente un situación como la del caso, también se debe de recordar lo que se repasó en el capítulo segundo que muchas reglas de la *lex artis* no están escritas.

Si bien Herrera dentro de su análisis demuestra que efectivamente se cumplieron protocolos, técnicas para extraer los apéndices no hay forma de decir que se infringió este numeral.

Numerales 1 (La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado) y 3 (El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas) del COIP

Roxin hablaba del riesgo de lo permitido, si bien en los puntos clave de la investigación Herrera menciona dentro de ellos que muchas veces los médicos tienen que rebasar el riesgo dentro del

¹³⁶ Juan Auquilla Freire, Adriana Cisneros Ortiz, Mónica Orejuela Puente, Carlos Rosero Reyes. *¿Sigue siendo la apendicectomía un procedimiento seguro?, análisis de la morbilidad y mortalidad por apendicitis aguda en el Hospital Carlos Andrade Marín de Quito*. Recuperado el 27 de junio del 2018

diagnóstico diferencial por apendicitis, ya que ellos ponen en la balanza el riesgo de fallar en el diagnóstico (culpa consciente) , removiendo un apéndice normal en pacientes cuyos signos y síntomas son atípicos contra el riesgo de la perforación del apéndice que podría ocurrir si se opta por una conducta expectante. Es preferible sacar un apéndice sano que la conducta expectante lleve a una peritonitis.

Es un acto juicioso por parte del médico, se le advierte al paciente de los riesgos de la operación. Se le informa antes de operarla de los riesgos y consecuencias de este procedimiento como se vio al momento de repasar la *lex artis* en el Capítulo I dentro de los deberes del médico esta informarle al paciente de lo que le va a realizar y es su derecho ser informado. Y todo esto debe de constar en la historia clínica, además no basta con esto el paciente debe de estar de acuerdo a través del consentimiento informado que debe de ser expreso.

Numeral 4 COIP: Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

Los factores de riesgo tales como la mortalidad o la posibilidad de contraer una infección después de una apendicectomía también se encuentran relacionados con la previsibilidad, ya que el médico los conoce, sabe que la apendicectomía es un método seguro, que la mortalidad del paciente está relacionada con la precocidad del diagnóstico y oportunidad del tratamiento practicado por los cirujanos experimentados.

En cuanto a la evitabilidad, frente a los diferentes estudios realizados tanto por clínica, laboratorio e imagen, dentro de la apendicitis existen un gran sin número de patologías que pueden simular un cuadro de apendicitis aguda; es por ello que probablemente así como lo afirma Herrera (2014) quien hizo el estudio de error de diagnóstico en el Hospital Eugenio Espejo, la apendicitis sea la única patología quirúrgica en la que todavía se admite una tasa de errores de diagnóstico, como el que se acaba de ver con el de las 32 apéndices extraídas de mujeres en edad fértil, no por falta de conocimiento sino para evitar un mal mayor tal como es el caso de una peritonitis.

Anualmente se llevan a cabo cientos de miles de apendicectomías, esto se traslada a decenas de miles de apendicectomías negativas “aceptables”. Sería deseable encontrar un método costo-efectivo para disminuir dicha prevalencia de apendicectomías innecesarias, sin aumentar con esto la morbimortalidad del proceso patológico apendicular como tal (Herrera, 2014).

3.1.5. Lesiones

Dentro del estudio de Herrera (2014) no menciona ningún tipo de lesión sufrida *ex post* por parte de las 32 mujeres apendicetomizadas cuyas apéndices extraídas fueron normales, tampoco se menciona dentro de la investigación de la doctora si es que las pacientes presentaron alguna queja en cuando al hospital.

3.1.6. Conclusión

A manera de conclusión como la misma autora lo manifiesta existen cierto porcentaje de apendicectomías negativas “aceptables” por parte de la medicina para evitar posibles daños o enfermedades futuras, al final esto constituiría un costo- beneficio para la paciente.

Toda cirugía puede ser riesgosa por complicaciones como hemorragia, infecciones, dificultad de cicatrización, etc., pero lo importante es que el médico se arriesga en beneficio de su paciente para evitar un mal peor.

Como es evidente dentro de este caso es inimputable el error de diagnóstico al médico, en primer lugar porque no se cumplen los cuatro parámetros del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, en segundo lugar es indudable que hay un error de diagnóstico, que el médico cruzó el riesgo de lo permitido para evitar un mal mayor como es el caso de una peritonitis. Si bien las mujeres apendicetomizadas presentan lesiones físicas como la cicatriz que deja en su cuerpo la extracción de este órgano, no es algo que traiga consigo algún tipo de incapacidad.

3.2. Análisis SENTENCIA N° 76-001-23-31-000-2003-03842-01 DE CONSEJO DE ESTADO - SALA PLENA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - SECCIÓN TERCERA, DE 18 DE MAYO DE 2017 (Colombia)

Ahora bien, para poder establecer cuando hay culpa galénica y cuando no, tomaré como referencia la sentencia colombiana: SENTENCIA N° 76-001-23-31-000-2003-03842-01 DE CONSEJO DE ESTADO - SALA PLENA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA - SECCIÓN TERCERA, DE 18 DE MAYO DE 2017¹³⁷, en la cual a través de una acción de reparación (recurso de apelación) directa en un caso de error en diagnóstico de paciente con apendicitis en atención de urgencias se determina la responsabilidad del médico.

3.2.1. Antecedentes

El 14 de marzo del 2003 la paciente fue trasladada a través del servicio de urgencias del Hospital Militar de la Brigada III con un cólico fuerte, dolor de estómago, donde fue examinada por los médicos de turno quienes concluyeron que debía de ser atendida por el cirujano, quien tardó más de tres horas.

¹³⁷ VlexGlobal. SENTENCIA N° 76-001-23-31-000-2003-03842-01 de Consejo de Estado - Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección Tercera, de 18 de mayo de 2017. Recuperado el 5 de julio del 2018 <https://app.vlex.com/#ww/search/jurisdictions:co/sentencia+falla+servicio+medico+hospital+militar+regional+de+occidente/ww/vid/699163333>

Cuando fue atendida lo que se diagnosticó a la paciente fue un “cólico común y corriente”, se le prescribieron diferentes medicamentos y se ordenó una radiografía de hígado y una endoscopia.

Luego de 4 días, el 18 de marzo del 2003, la paciente en un estado grave fue trasladada al centro médico Imbanaco donde fue remitida al Hospital Militar de la Tercera Brigada para que fuera operada por apendicitis.

La operación se dispuso al día siguiente (19 de marzo del 2003) a las 07h00 am. Pero se realizó a las 09h00 am. Porque la paciente no había entregado la copia del carnet y de la cédula.

Una vez practicada la cirugía, el 21 de marzo del 2003 la paciente fue trasladada a la clínica Rey David de la ciudad de Cali, donde recibió atención en cuidados intensivos y dos operaciones y dos lavados intestinales debido a que no se le diagnosticó oportunamente la enfermedad. Luego de lo cual fue remitida a su residencia y “a la fecha es una persona totalmente inhabilitada”

La falla en el servicio asistencial de urgencias por error en cuanto al diagnóstico y en la demora para determinar el diagnóstico de apendicitis. El factor del tiempo fue determinante para darle tratamiento al paciente.

En cuanto a la relación del diagnóstico de apendicitis aguda, se había expresado en el caso anteriormente estudiado que es una de las entidades patológicas que los médicos se enfrentan con mayor frecuencia, la Sala de lo Contencioso Administrativo de Bogotá concluye que el manejo de esta enfermedad debe requerir cuidados especiales por parte del médico tratante, y que el médico deberá de actuar con absoluta precaución para descartar su diagnóstico, mediante la observación de síntomas y particularidades de cada paciente, en cada una de las etapas de la enfermedad, así como en la práctica y análisis de los exámenes médicos que para su diagnóstico y atención requieran.

3.2.2. Responsabilidad médica por error de diagnóstico

Al igual que en el caso anterior, la Sala Contenciosa Administrativa revisó si el médico actuó con la pericia y cuidado, ya que como se ha expresado en líneas anteriores para que el diagnóstico sea acertado se requiere que el profesional de la salud “sea extremadamente diligente y cuidadoso en el cumplimiento de cada una de las etapas del diagnóstico, esto quiere decir, que emplee todos los recursos a su alcance para recopilar la información que le permita determinar con precisión cual es la enfermedad que sufre el paciente”¹³⁸.

Dentro de este sentido la Sala analizó, si es que el médico actuó con la pericia y cuidado debidos propias de su profesión (*lex artis ad hoc*), al igual que el caso anterior la responsabilidad del médico no queda comprometida, pues es posible a que pese a todos los esfuerzos del personal médico y al empleo de los recursos técnicos a su alcance, no consiga establecerse la causa de la enfermedad o padecimiento, bien porque se trata de un caso científicamente dudoso o poco documentado, porque

¹³⁸ Jurisprudencia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo de Bogotá, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2016. Exp.36.517

los síntomas no son específicos de una determinada patología , por el contrario, son indicativos de varias afecciones¹³⁹.

La Sala toma en cuenta que en este tipo de circunstancias lo decisivo es establecer la responsabilidad a la administración por daños y perjuicios de un error de diagnóstico, y se requiere acreditar que el servicio médico a la paciente no se prestó de manera adecuada por alguno de los siguientes motivos:

- El profesional de la salud no interrogó a la paciente o a su acompañante sobre la evolución de los síntomas que la aquejaban.
- El médico no sometió a la paciente a una valoración física completa y seria.
- El médico no utilizó oportunamente todos los recursos técnicos y científicos a su alcance para determinar con precisión cuál era la enfermedad que tenía la paciente.
- El médico dejó de hacerle el seguimiento correspondiente a la evolución de la enfermedad, o simplemente, incurrió en un error inexcusable para un profesional de su especialidad.
- El galeno interpretó indebidamente los síntomas que presentó la paciente.
- Existe una omisión de práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto.

3.2.3. Daños

La Sala procede a resolver el recurso de apelación propuesto por la víctima para determinar si revoca o confirma la decisión *A quo*. Para ello se centra en analizar si se encuentra configurado o no el daño antijurídico y si es el mismo imputable a la entidad demandada.

En primer lugar, la Sala encuentra que la víctima hizo consistir el daño antijurídico en el deterioro extremo de su salud, consecuencia de lo cual ahora es “una persona totalmente inhabilitada para realizar vida familiar, laboral, conyugal y social, por su grave estado de salud”.

La valoración clínica que se tuvo del Instituto de Medicina Legal concluyó de que se trata de una paciente de 48 años de edad, hipertensa, con antecedente post quirúrgico de laparotomía por apendicitis aguda perforada y complicada que requirió UCI, que en el momento se encuentra homodinamicamente estable, con abdomen péndulo y cicatriz ostensible que altera su estética corporal tiene diagnóstico de hipertensión arterial no controlada y post- operatorio antiguo laparotomía por apendicitis complicada con sepsis abdominal y tiene un tercer diagnóstico de obesidad en grado uno.

Del testimonio del hijo de la víctima se desprende que su madre no realiza las actividades normales, no se puede agachar, debe mantenerse con faja, camina muy lento porque se agita demasiado, no puede bajar las escaleras normalmente, produce gases constantemente y le duele el estómago y que su desempeño era anormal.

¹³⁹ *Ibd.*

La Sala determina que no son soportables las secuelas que pudiera padecer la demandante, ya que aquellas no comprenden una carga u obligación general impuesta por la ley a los ciudadanos, ni encuadran en la actuación discrecional de la Administración que se ejerce en términos razonables y proporcionados, y tampoco puede tratarse de una carga soportable teniendo en cuenta que la lesión no es producto de un riesgo normal “derivado de la relación con un servicio público”.

Sin embargo, la Sala expone que no es suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, sino que es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación que permitir si cabe o no atribuirle responsabilidad fácticamente y jurídicamente a las entidades demandadas, o si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño.

La Sala considera que la falla del error de diagnóstico radica en la prestación del servicio de salud, en cabeza del Hospital Militar Regional de Occidente, que tuvo su origen en que el personal médico omitió utilizar oportunamente los recursos técnicos y científicos a su alcance para determinar con precisión cual era la enfermedad que sufría el paciente, concretamente la omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso en concreto, esto es el TAC abdominal, con lo cual prolongó el padecimiento de la paciente durante cuatro días más, esto es, hasta cuando ella, por sus propios medios, consultó el servicio de la “Clínica Imbanaco” donde si le prestaron el servicio adecuado y establecieron el verdadero diagnóstico.

La Sala revoca la Sentencia proferida el 19 de octubre del 2007 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, y en su lugar condena a la entidad demandada al pago por los daños y perjuicios acreditados.

3.2.4. Conclusiones:

- En este caso se evidencia la negligencia, la impericia del médico, al no realizar los estudios suficientes a la paciente para descartar una apendicitis.
- No se tomaron en serio los exámenes físicos que se le hicieron en un principio, lo cual provoca un padecimiento al paciente.
- A diferencia del caso anterior, se evidencian lesiones por un error de diagnóstico en este caso no se extrajo el apéndice de la paciente para evitar un mal mayor que es una peritonitis, ya que ella ya presentaba los síntomas de apendicitis y el médico cirujano de primera instancia que hizo el primer diagnóstico hizo caso omiso y lo cataloga como un “simple cólico”. La hicieron padecer de dolor y es en el segundo diagnostico donde finalmente la operan pero esto trajo consecuencias lesivas en la salud de la paciente.
- El médico en este caso tiene culpa consciente, porque está haciendo caso omiso a los protocolos, al examen físico, no está actuando conforme a la *lex artis* desde el principio por hacerle padecer dolor a su paciente y no atenderle en el momento adecuado.

A través de estos dos casos analizados de apendicitis, es que se puede aseverar la premisa de que “no todo acto galénico es susceptible de punibilidad”, ya que al tiempo de analizar la esfera de la imputación jurídica en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber objetivo de cuidado. Al respecto de esto, resulta relevante tener presente los aspectos de la teoría de la imputación objetiva ya que se encuentra marcada por “los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de tomar decisiones”¹⁴⁰.

¹⁴⁰ “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

CONCLUSIONES

El error en el acto médico de diagnóstico, es susceptible de un tratamiento penal dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano y en la práctica se ha preferido acudir a esta vía, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos como el colombiano, español, uruguayo, donde se lo tramita en la mayoría de los casos a través de la vía civil.

El error de diagnóstico dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, puede configurarse en un delito culposo y ser el producto de una mala práctica profesional. Por lo tanto se lo tendría que juzgar bajo los parámetros del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal; es decir, se deberá demostrar la infracción al deber objetivo de cuidado y para exista tal se debe acreditar el cumplimiento taxativo de los parámetros establecidos en el artículo mencionado, y que el resultado no solo sea causalmente imputable a quien lo produjo, sino objetivamente atribuible a través de la superación de la barrera del riesgo permitido en la actividad médica.

La violación al deber objetivo de cuidado por parte del médico dentro del diagnóstico debe ser consecuencia del quebrantamiento de normas jurídicas o *lex artis*; el resultado del accionar del médico no debe provenir de causas independientes o conexas a la violación del deber objetivo de cuidado.

Para que exista violación al deber objetivo de cuidado dentro del diagnóstico, el hecho debe ser objetivamente previsible y evitable.

La punición de la violación del deber objetivo de cuidado halla su fundamento en la vulneración de bienes jurídicos, dada por el descuido evitable del médico que no ha observado una conducta cuidadosa y acorde con las normas de convivencia social y que regulan el rol específico en el tráfico en el cual se desenvuelve el autor que comete el delito.

Un acto médico no es relevante para el Derecho Penal, cuando no produce un resultado lesivo a un bien jurídico protegido, esto es, salud, vida e integridad física. Es necesaria la presencia del injusto no solo en la acción, sino también en el resultado, para que se perfeccione el delito imprudente. De ahí que resulte evidente la violación al deber objetivo de cuidado en la actividad médica y que se encuentre tipificado como delito, pues su punibilidad halla fundamento en la protección de estos derechos fundamentales.

En cuanto a las lesiones, se concluye que las lesiones terapéuticas, iatrogénicas, no son punibles. Ya que en este caso si existe conocimiento y consentimiento del paciente. Ya que si no existe el consentimiento las lesiones dejan de ser punibles por falta de antijuridicidad y presencia del estado de necesidad que es una causa de justificación que exime de toda culpa al médico.

La principal prueba para determinar el error de diagnóstico es la historia clínica ya que ahí consta todo lo que se le hizo y suministró al paciente.

En el caso de la medicina voluntaria, no cabe el error de diagnóstico ya que en el caso de la cirugía plástica carece del elemento curativo, es una obligación netamente de resultados, en la que el médico se encarga de mejorar el aspecto del paciente. Sin embargo, hay que recordar que el médico debe de seguir ciertos protocolos para poder operar a su paciente como es tomar signos vitales, realizar un examen físico para llenar la historia clínica, esto no constituye diagnóstico sino forma parte del protocolo.

Después de todo lo dicho, y de haber revisado los dos casos de apendicitis en dos esferas diferentes, se ha corroborado que no todo error de diagnóstico es susceptible de punibilidad, ya que hay que fijarse en el caso concreto, en el grado de formación del médico, si cruzó el riesgo de lo permitido, pero ante todo si respetó todo lo contemplado en la *lex artis* y finalmente si la conducta realizada por el médico es relevante; es decir si vulneró los derechos fundamentales que son: vida, salud e integridad personal del paciente.

RECOMENDACIONES

Se recomienda realizar una revisión sistemática de la jurisprudencia existente, acerca de la punibilidad del diagnóstico, ya que existe insuficiente jurisprudencia ecuatoriana relacionada con la responsabilidad del galeno por error de diagnóstico.

Se recomienda al legislador ecuatoriano, especialmente a los asambleístas incrementar dentro de los cuerpos normativos ya existentes que regulan la actividad del galeno los conceptos de: error de diagnóstico y los casos en los cuáles el médico incurre en error de diagnóstico.

Bibliografía

Publicaciones

- Alvarado, G. (2011). *Errores médicos*. Costa Rica. Obtenido de <https://docplayer.es/5639460-Revision-errores-medicos.html>
- Auquilla, F. J., Cisneros, O. A., Orejuela, P. M., & Rosero, R. C. (2015). ¿Siguen siendo la apendicectomía un procedimiento seguro?, análisis de la morbilidad y mortalidad por apendicitis aguda en el Hospital Carlos Andrade Marín de Quito. (U. C. Ecuador, Ed.) *Revista de la Facultad de Ciencias Médicas*, 40(1). Recuperado el 27 de Junio de 2018, de http://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/CIENCIAS_MEDICAS/article/view/309
- Barros, B. E. (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Bauer, J. (1958). *Diagnóstico diferencial de las enfermedades internas*. Barcelona: Editorial Centífico Médica.
- Bertrand Parra, M. M. (s.f.). *El Error Médico*. Recuperado el 04 de 05 de 2018, de http://www.conamed.gob.mx/comisiones_estatales/coesamed_nayarit/publicaciones/pdf/error_medico.pdf
- Cabanillas, S. A. (1993). *Las obligaciones de actividad y de resultado*. Barcelona: J. M. Bosch.
- Calvo, M. (2012). *El Médico ante la mala praxis*. Recuperado el 12 de Junio de 2018, de <https://es.scribd.com/doc/101202300/El-Medico-Ante-La-Mala-Praxis-PDF>
- Cancio, M. M. (2001). *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Madrid: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Cancio, M. M., Marcelo, F., & Sancinetti, M. (1998). *Teoría de la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cárdenas, A. J. (16 de octubre de 2017). *La relación médico paciente*. Obtenido de http://www.cardenashistoriamedicina.net/etica/es-medico_paciente.htm
- Casas, P. M. (2004). *Daños médicos causados por error de diagnóstico*. Madrid: Lexnova.
- Ceriani, C. J. (2015). *Errores de diagnóstico en la práctica médica*. Obtenido de <http://www.scielo.org.ar/pdf/aap/v113n3/v113n3a01.pdf>
- Cesano, D. (s.f.). Problemas Particulares de la Imputación Objetiva del Resultado en los casos de Imprudencia Médica. *Revista de Derecho Penal " Problemas Fundamentales de la Imputación Objetiva-I"*, 123.
- Cisprés, C. L. (01 de abril de 2013). *El Acto Médico*. Recuperado el 15 de enero de 2018, de <http://www.medicosypacientes.com/articulo/el-acto-medico>
- Clínica de la Universidad de Navarra*. (1 de de junio de 2018). Obtenido de Diccionario Médico: <http://www.cun.es/diccionariomedico>
- Consejo de Estado, sentencia de 10 de febrero de 2000 Exp.11878. Reiterado en reiterada en las sentencias de 27 de abril de 2011, exp.19.846 10 de febrero de 2011, exp.19.040 31 de mayoexp.19.040; 31 de mayo de 2013, exp.31724; 9 de octubre de 2014, exp.32348; y 2 de

mayo de 2016. Exp.36.517 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera de Colombia.).

- Corbella Duch, J. (2006). *Manual de Derecho Sanitario*. Madrid: Atelier Libros S.A.
- Corcoy, B. (2005). *El delito imprudente* (2da ed.). Buenos Aires: B de F.
- Corcoy, B. (2008). *El delito imprudente: Criterios de imputación del resultado*. Barcelona: Julio César Faira.
- Cornejo, A. J. (2015). *Causas de exclusión de la antijuridicidad*. Recuperado el 23 de junio de 2018, de <https://www.derechoecuador.com/causas-de-exclusion-de-la-antijuridicidad>
- Coronado, T. (2003). *Mecanización de la clínica, crónicas ético-médicas*. Baranquilla: Antillas.
- Definición legal. (2016). *La Culpa. "Elementos de la culpa"*. Recuperado el 3 de febrero de 2018, de definicionlegal.blogspot.com: <https://definicionlegal.blogspot.com/2012/03/la-culpa.html>
- Diez, E. (2010). El diagnóstico médico, problema crucial en el siglo XXI. *Medi Sur*, 124,125.
- Discovery. (2006). Los errores de diagnóstico son demasiado habituales y provocan la muerte de numerosos enfermos. *DSalud: Revista mensual de Salud y Medicina*.
- Donna, E. (2012). *El delito imprudente*. Buenos Aires.
- Donna, E. A. (2003). *Derecho Penal, Parte Especial, t. I*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Dox, I., Melloni, J., Eisner, G., & Melloni, J. (2018). *El gran Harper Collins Ilustrado. Diccionario Médico* (Vol. 2). Madrid: Ed. Marban. Obtenido de <http://www.uvsfajardo.sld.cu/el-gran-harper-collins-ilustrado-diccionario-medico>
- Eser, A. (2001). *Medicina y Derecho Penal: Un panorama orientado en el bien protegido*. Perú.
- Espín, R. W. (2016). La responsabilidad penal en la mala práctica médica en el Ecuador. Un enfoque desde la actuación probatoria. Quito.
- Fernández, C. J. (1987). *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*. Madrid.
- Fernández, G., & Jimenez Murillo, L. (2011). *Mediuris Derecho para el profesional sanitario*. Madrid: Marcial Pons.
- Fernández, H. J. (2007). *Sistema de responsabilidad médica*. Granada: Comares.
- Galán, C. J. (2016). *Responsabilidad civil médica*. Madrid: Aranzadi.
- García, C. M. (s.f.). *Sociedad Ecuatoriana de Bioética*. Obtenido de http://www.bioetica.org.ec/articulos/articulo_consentimiento.htm
- García, H. T. (1999). *Manual médico clínico para evitar demandas judiciales. La ley actualidad S.A.*
- García, J. (2011). *La Responsabilidad Médica en Materia Civil, Administrativa y Penal y el Derecho Constitucional de la Salud (Tomo I)*. Quito.
- García, M. F. (25 de 05 de 2010). Obtenido de La Teoría de la Culpabilidad: <http://garciamiranda77.blogspot.com/2010/05/la-teoria-de-la-culpabilidad.html>
- Gherzi, C. A. (sf.). *Problemática Moderna: Relación Médico-Paciente*.

- Gimbernat, O. E. (2007). *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Buenos Aires: B de F.
- Giménez, C. T. (2006). *Lex artis y responsabilidad médico- sanitaria: una perspectiva actualizada*. Madrid: Thomson Reuters.
- Gómez, P., & Urbano, M. J. (2004). *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Gossel, K. (1995). *Derecho Penal Parte General: Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Guzmán Mora, F. (2002). *El acto médico: Implicaciones éticas y legales*. Bogotá. Obtenido de http://www.actamedicacolombiana.com/anexo/articulos/03-1994-05-El_acto_medico.pdf
- Hava García, E. (2002). *La imprudencia inconsciente*. Granada: Comares.
- Heinrich, H., Jescheck, & Weigend., T. (2012). *Derecho Penal Parte General en Edgardo Donna, El delito imprudente*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Hernandez, G. A. (2008). Estudio Forense de la responsabilidad profesional médica. *Revista de Estudios Jurídicos* (8). Recuperado el 17 de septiembre de 2017, de <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/viewFile/13/13>
- Hernández, N. (1999). *De la responsabilidad jurídica del médico*. Ateproca Ediciones.
- Herrera, C. E. (Abril de 2014). Error diagnóstico de apendicitis aguda en mujeres de edad fértil apendicetizadas en el Hospital de Especialidades Eugenio Espejo por diagnóstico presuntivo de apendicitis aguda durante el período comprendido entre enero 2011- enero 2012. Quito.
- Hirschberger, J. (1965). *Geschichte der Philosophie. Basel-Freiburg-Wien, Herder 1965. En Yesid Reyes Alvarado, Imputación objetiva. 2005*. Bogotá: temis.
- Jakobs, G. (1972). *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt En Mirentxu Corcoy Bidasolo, El delito imprudente: Criterios de imputación del*. Berlín: Julio Cesar Faira.
- Jaramillo J., C. I. (2014). La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez.
- Jescheck, H. H. (1981). *Tratado de Derecho Penal. Tomo II*. Barcelona: S.A. Bosch.
- Laín Entralgo, P. (1982). *El diagnóstico de la enfermedad*. La Habana: Salvat.
- Le Tourneau, P. (2012). *Droit de la responsabilité et des contrats*,. Paris: Dalloz.
- LLamas Pombo, E. (sf.). *La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas*. Recuperado el 01 de 04 de 2018, de [asociacionabogadosrcs.org](http://www.asociacionabogadosrcs.org): <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaEugenioLLamasPombo.html>
- Lombana, V. J. (2010.). *Derecho Penal & Responsabilidad Médica*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.
- Losa Mesa, M. (2007). *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino francés, colombiano y comparado*. Buenos Aires: Ubijus.
- Mac Bryde, C. (1949). *Signos y Síntomas. Suinterpretación clínica*. Madrid: Espasa-Calpe .

- Machicado, J. (2012). *Tipicidad y Tipo penal*. Recuperado el 20 de marzo de 2018 , de <https://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/tipo-penal-y-tipicidad.html>
- Maciá, G. R. (2009). *El error de diagnóstico y el error de tratamiento médico en el derecho español*. Recuperado el 05 de julio de 2018, de Porticolegal.com: https://porticolegal.economista.es/pa_articulo.php?ref=333#t3
- Madrid, M. O. (Enero -Marzo de 2005). El acto médico y el derecho sanitario. *Revista CONAMED*, 10(1), 23. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4051252.pdf>
- Mapelli, J. C. (2011). *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Ed. Tek-nos.
- Martínez Calcerrada, L. (1986). *Derecho Médico*. Madrid: Tecnos.
- Martínez, Pavajeau, G., & Urbano, J. J. (2016). *Lecciones de Derecho Penal, Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mazeaud, H. (1936). *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. París. Obtenido de https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1970_num_22_4_15880
- Medicinet. (29 de de octubre del de 2017). Obtenido de <https://www.lifeder.com/tipos-de-diagnostico-medico/>.
- Mézquita, J. (2006). *El arte del diagnóstico*. Obtenido de <https://www.lifeder.com/tipos-de-diagnostico-medico/>
- Mora Izquierdo, R. (1979). Actualización del dictamen médico forense por lesiones personales”. *Revista del Instituto de Medicina Legal de Colombia*, 2(4).
- Moreno, R. (2001). *El arte y la ciencia del diagnóstico médico*. La Habana: Edit. Científico - Técnica.
- Moreno, R. M. (2000). Valor del interrogatorio en el diagnóstico. *Revista Cubana de Medicina*. Obtenido de http://bvs.sld.cu/revistas/med/vol39_3_00/med03300.htm
- MSP - Ecuador. (2014). *MSP explica el art 146 del COIP*. Obtenido de Ministerio de Salud Pública: <http://www.salud.gob.ec/msp-explica-el-art-146-del-coip/>
- Novás, J. (sf.). *El diagnóstico médico; bases y procedimientos*. Obtenido de bvs.sld.cu.
- Orellana, R. C. (s.f.). *Consentimiento informado en la prestación de servicios de salud*. Obtenido de http://juristasdeecuador.blogspot.com/2017/02/consentimiento-informado-en-la_16.html
- Parra Sepúlveda, D. (2014). *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*. Madrid: Getafe.
- Plascencia Villanueva, R. (2016). *Teoría del Delito*. México: Universidad Autónoma de México. Obtenido de <http://escuelasuperior.com.ar/instituto/wp-content/uploads/2015/08/TEORIA-DEL-DELITO-RAUL-PLASCENCIA-VILLANUEVA.pdf>
- Rabinovinch, B. R. (1999). *Responsabilidad del médico*. Buenos Aires: Astrea.
- Rakel, R. (2017). *Diagnosis*. Recuperado el 2 de 04 de 2018, de <https://www.lifeder.com/tipos-de-diagnostico-medico/>

- Reuinhart Maurach, K. G. (1995). *Derecho Penal Parte General: Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Reyes, A. Y. (2005). *Imputación Objetiva*. Bogotá: Temis.
- Rizzardo, A. (2015). *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forence.
- Rodríguez López, P. (2004). *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Madrid: S.A. Bosch.
- Rodríguez Marín, C. (2006). *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*. Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Rodríguez Rivera, L. (1999). *La clínica y su método: reflexiones sobre dos épocas*. Madrid: Diaz de Santos.
- Romeo Casabona, C. M. (2004). *Delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*. Granada: Comares.
- Romeo Casabona, C. M. (2005). *Conducta imprudente e imprudencia en la sociedad de riesgo*. Granada: Editorial Comares.
- Romeo Casabona, C. M. (2011). *La responsabilidad penal del Médico por mala práctica profesional*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Romeo Casabona, C. M. (2018). *El médico y el derecho penal*. Buenos Aires: SERBIULA.
- Romero, F. B. (2001). La imputación objetiva en los delitos imprudentes, . *Anuales de derecho*(19), 264. Obtenido de <http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/56651/54601>
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General : Fundamentos la estructura de la teoría del delito* (Vol. 1). Madrid: Civitas.
- Schunemann, B. (1975.). *Schaffstein-FS, En Claus Roxin, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas.
- Selman-Houssein, A. (2003). *Guía de acción para la excelencia en la atención médica*. La Habana: Ed. Científico-Técnica.
- Sproviero, J. H. (1994). *Mala Praxis: Protección Jurídica del Médico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Stratenweth, G. (2005). *Derecho Penal. Tomo I*. Buenos Aires: Hamurabi.
- Valencia Pinzón, G. (2001). La Lex Artis. *Aspectos de la Responsabilidad*. Recuperado el noviembre de 15 de 2017, de http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2001/7/3/asp_resp_2_v7_r3.pdf
- Vargas Olalla, F. (2016). *Imputación Objetiva en la Responsabilidad Penal de los profesionales de la salud*. Carrera de Derecho. Quito: UCE.
- Vázquez López, E. (2010). La "Lex Artis ad hoc" como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico. A propósito de un caso basado en la elección de la técnica empleada en el parto (parto vaginal vs. cesárea). *SciELO*. Obtenido de <http://scielo.isciii.es/pdf/cmfv16n3/prueba.pdf>
- Vélez, G. (04 de junio de 2018). *LA Imputación Objetiva: Fundamento y consecuencias dogmáticas a partir de las concepciones funcionalistas de Roxin y Jakobs*. Obtenido de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_35.pdf

- Vera Carrasco, O. (2013). Aspectos Éticos y Legales en el Acto Médico. *Revista Médica La Paz*, 1. Obtenido de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-89582013000200010
- Vergeles, B. J. (s.f.). *La telemedicina. Desarrollo, ventajas y dudas*. . Recuperado el 2018 de mayo de 19, de <http://ferran.torres.name/edu/imi/59.pdf>
- Vítolo, F. (2011). *Errores Diagnósticos: Porqué se producen y pautas para evitarlos*. Obtenido de http://www.nobleseguros.com/ARTICULOS_NOBLE/59.pdf
- Welzel, H. (1964). *El nuevo sistema del derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Madrid: Ariel.
- Welzel, H. (1964). *Um die finale Hand-lungslehre*. En Yesid Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*. Bogotá: Temis, 2005. Tübingen . Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46421.pdf>
- Welzel, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht. 1969* En Yesid Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*. Bogotá: Temis, 2005. Berlín,. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46421.pdf>
- Yungano Arturo., L. J. (1987). *Responsabilidad Profesional de los Médicos. Cuestiones civiles, penales, médico-legales, deontológicas*. Buenos Aires.
- Zaffaroni, E. R. (1987). *Tratado de Derecho Penal Parte General (Vol. 2)*. Buenos Aires: EDIAR.
- Zaffaroni, E. R. (s.f.). *Responsabilidad Penal de los Médicos*. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/46-1/responsabilidad-penal-de-los-medicos.pdf>
- Zaffaroni, E., Raúl, A., & Alejandro, S. (2000). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- Zambrano Pasquel, A. (2014). *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal, referido Libro Primero, parte especial o delitos en particular*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Zambrano, A. (2014). *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal. Referido Libro Primero. Parte Especial o Delitos en Particular (Tomo II)*. Quito .

Normativa.

- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2006). *Ley Orgánica de Salud*. Quito: Registro Oficial, Suplemento, No. 423, 22 de diciembre de 2006. Obtenido de https://www.todaunavida.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/04/SALUD-LEY_ORGANICA_DE_SALUD.pdf

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2010). *Ley Organica de Educacion Superior LOES*. Quito: Registro Oficial Suplemento 298 de 12-oct-2010. Obtenido de http://www.yachay.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/12/LEY-ORGANICA-DE-EDUCACION-SUPERIOR-ANEXO-a_1_2.pdf
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2013). *Actas del Pleno de la Asamblea Nacional, correspondientes al Segundo Debate del proyecto de Código Integral Penal, Nros. . 257, 257-A, 257-B, 257-C, 257-D, 257-E, 257-F*. Quito.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial, Suplemento, No. 180, 10 de febrero de 2014. Obtenido de https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/EQU/INT_CEDAW_ARL_EQU_18950_S.pdf
- Congreso Nacional del Ecuador. (2005). *Codificación del Código Civil*. Quito: Registro Oficial, Suplemento, No. 46, 24 de junio de 2005. Obtenido de <http://www.quito.gob.ec/lotaip2013/a/CodigoCivil2005.pdf>
- MSP Ecuador. (2014). *Reglamento para el cumplimiento del año de salud rural de servicio social en la red pública integral de salud*. Quito: Registro Oficial No. 365, 30 de octubre de 2014.
- MSP. Ecuador. (1992). *Código de Ética Médica*. Quito: Registro Oficial No. 5, 17 de agosto de 1992. Obtenido de <http://www.hgdc.gob.ec/images/BaseLegal/Cdigo%20de%20tica%20medica.pdf>
- Republica del Ecuador. (1971). *Código penal*. Quito: Registro Oficial, Suplemento, No. 147, 22 de febrero de 1971.

Jurisprudencia

- Consejo de Estado, sentencia de 10 de febrero de 2000 Exp.11878. Reiterado en reiterada en las sentencias de 27 de abril de 2011, exp.19.846 10 de febrero de 2011, exp.19.040 31 de mayo exp.19.040; 31 de mayo de 2013, exp.31724; 9 de octubre de 2014, exp.32348; y 2 de mayo de 2016. Exp.36.517 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera de Colombia,).
- Corte Nacional de Justicia,, Recurso de Casación 276-2010, Resolución No. 324-2013 “Resolución No. 01-2014 de 24 de abril de 2014”, Pleno de la Corte Nacional de Justicia, Aclaratoria

sobre el alcance del art. 146 del Código Integral Penal, en Registro Oficial, Suplemento, No. 246, (15 de mayo de 2014).

Jurisprudencia. Consejo de Estado, , Exp.36.517 (Sala de lo Contencioso Administrativo de Bogotá, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2016.).

Sala de Casación de la Corte Suprema de Colombia, SC7110-2017, , Radicación N.º 05001-31-03-012-2006-00234-01.

VlexGlobal. SENTENCIA N° 76-001-23-31-000-2003-03842-01 de Consejo de Estado -, N° 76-001-23-31-000-2003-03842-01 (Sala Plena Contenciosa Administrativa - Sección tercera, 18 de Mayo de 2017.). Recuperado el 5 de julio de 2018, de <https://app.vlex.com/#ww/search/jurisdiction:co/sentencia+falla+servicio+medico+hospital+militar+regional+de+occidente/ww/vid/699163333>

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, MARÍA GABRIELA MORILLO CHAMORRO C.I. 0401493069 autora del trabajo de graduación titulado: “Análisis doctrinal-jurisprudencial acerca de las responsabilidades penal de los actos médicos de diagnóstico sobrevenidos de la medicina asistencial y voluntaria, período 2011-2016”, previa a la obtención del título profesional de ABOGADA en la Facultad de Derecho:

- 1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
- 2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 09 de octubre de 2018



María Gabriela Morillo Chamorro
C.I. 0401493069


REPÚBLICA DEL ECUADOR
 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
 IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA No. **040149306-9**

APELLIDOS Y NOMBRES
MORILLO CHAMORRO MARIA GABRIELA

LUGAR DE NACIMIENTO
CARCHI TULCAN TULCAN

FECHA DE NACIMIENTO **1994-02-05**
 NACIONALIDAD **ECUATORIANA**
 SEXO **F**
 ESTADO CIVIL **SOLTERA**





INSTRUCCIÓN **BACHILLERATO** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE**

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE **MORILLO CANO JULIO RODRIGO**

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE **CHAMORRO BORJA FANNY LUCIA**

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
TULCAN 2012-05-22

FECHA DE EXPIRACIÓN
2022-05-22

E433314224



000176415




DIRECTOR GENERAL FIRMADA DEL CEDULADO




CERTIFICADO DE VOTACIÓN
4 DE FEBRERO 2018



007 JUNTA No. **007 - 260** NÚMERO **0401493069** CEDULA

MORILLO CHAMORRO MARIA GABRIELA
 APELLIDOS Y NOMBRES

CARCHI PROVINCIA CIRCUNSCRIPCIÓN:
TULCAN CANTÓN ZONA: **3**
TULCAN PARROQUIA





REFERÉNDUM Y CONSULTA POPULAR 2018

CIUDADANA (O):

ESTE DOCUMENTO ACREDITA QUE USTED
 SUFRAGÓ EN EL REFERÉNDUM Y
 CONSULTA POPULAR 2018

ESTE CERTIFICADO SIRVE PARA TODOS
 LOS TRÁMITES PÚBLICOS Y PRIVADOS



F. PRESIDENTA/E DE LA JRV IMP.IGM.MJ