

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA

“Lo peligroso, ilegítimo e innecesario en la tipificación del delito de la mala práctica profesional en el caso de los médicos según el Código Orgánico Integral Penal”

AUTORA:

Diana Alejandra Vargas Villagrán

Director:

Dr. Cristian Zambrano Ruilova

Quito - febrero 2017



Quito, 21 de diciembre del 2016

Señor Doctor
Iñigo Salvador Crespo
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
Presente.-

De mis consideraciones:

En contestación al oficio No. 008-SJG-16, de 15 de diciembre del presente año; encontrándome dentro del plazo reglamentario correspondiente, me permito emitir el informe requerido en relación a la disertación elaborada por la señorita estudiante **DIANA ALEJANDRA VARGAS VILLAGRÁN**, intitulada: "*Lo peligroso, ilegítimo e innecesario en la tipificación del delito de mala práctica profesional en el caso de los médicos según el Código Orgánico Integral Penal*", en los siguientes términos:

1.- CONTENIDO MATERIAL DE LA INVESTIGACIÓN - ASPECTO CUALITATIVO

La presente disertación, demuestra ser una investigación académica bastante oportuna y que ha sido tratada de manera técnica y práctica, en vista de que expone una de las tantas problemáticas inmersas en el Código Orgánico Integral Penal; en concreto, lo vinculado con la praxis médica y los varios conflictos interpretativos que se producen si se busca aplicar la figura de la *mala práctica profesional*, vigente desde el 10 de agosto del 2014.

En este sentido, la señorita estudiante dentro del primer capítulo de su trabajo académico, hace un tratamiento bastante aceptable de las implicaciones de la mala práctica profesional en el ámbito de la medicina. Inicia con la definición de la responsabilidad profesional y sus varias clases; sigue con los elementos de responsabilidad de los profesionales de la salud; los principios y reglas a seguir en la actividad médica y, termina esta parte, centrándose en el suministro de importantes insumos doctrinarios y de Derecho Comparado de las posturas conectadas con la *lex artis* en general y de la *lex artis ad-hoc*.

Juan González 35-26 y Juan Pablo Sanz
Edificio Vizcaya II Torre Norte Oficina 4-A
Quito-Ecuador
Teléfono: 593 (2) 2242275
www.araujoasociados.net
paulina@araujoasociados.net

Recibido 21/12/2016

El segundo capítulo trata la normativa ecuatoriana respecto a la práctica médica. De forma acertada inicia con los antecedentes normativo penales y los contrasta con las directrices constitucionales y de la Ley Orgánica de Salud, para lo que toma también en cuenta la postura de los galenos ecuatorianos respecto a las regulaciones. Es en este mismo capítulo que empieza la autora a esbozar su mayor preocupación, que gira en torno al artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal en dos instituciones: "La violación del deber objetivo de cuidado" y "Las acciones, innecesarias, peligrosas e ilegítimas" y, como no podía ser de otra manera, deja constancia de la interpretación de la Corte Nacional de Justicia.

Sin embargo, es menester que indique que la señorita estudiante ha omitido la **sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: CASO Albán Cornejo y otros vs. Ecuador , de fecha 22 de noviembre del 2007**. Fallo que es de necesario tratamiento cuando se intenta colegir acerca de la *ratio legis* del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal. Particular que lo traigo a colación, dado que en la parte de sus conclusiones y recomendaciones finales, se determina sin más, que los legisladores no sustentaron de forma adecuada y suficiente su trabajo normativo.

En el capítulo tercero, abunda aún más en las dos instituciones señaladas en el párrafo precedente. Agrega explicaciones acerca de "desviación del ejercicio de la profesión" y, por medio de una metodología que va de lo general a lo particular, concluye con las pautas necesarias a tener en cuenta para saber cuándo un profesional de la salud puede adecuar su conducta a la norma penal. Pone varios ejemplos de homicidios culposos por mala práctica profesional, que se han ventilado en el Ecuador.

Pese a lo dicho, la autora no trata la situación de **temporalidad de la pena de inhabilitación profesional** que el artículo 146 contempla, y que ha sido sometida, dicho sea de paso, a sendos cuestionamientos. Nuestro legislador no estipuló el tiempo concreto de la prohibición de *praxis*, lo que se suyo contraría el propio Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 65.

Es decir, no son solo las "acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas" las que convierten a la tipología en una descripción conductual insuficiente y equívoca, sino que además, el delito no tiene una pena determinada. Acerca de esto, pediré ciertas aclaraciones en el curso de la defensa oral, más aún cuando en las conclusiones y recomendaciones finales, la autora de la disertación insiste en el hecho de que el



problema del redacción de artículo 146, es exclusivo en la parte constitutiva del precepto fáctico.

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

El trabajo analizado, permite comprobar lo siguiente:

- a) Uso adecuado y suficiente de citas textuales para la verificación de premisas centrales.
- b) Uso apropiado de las directrices de Derecho Comparado para la comprobación de hipótesis, así como el manejo puntual y preciso de referencia a la legislación ecuatoriana.
- c) Respeto a los principios de autonomía y univocidad, de los temas principales con los subordinados.
- d) En cada acápite, es posible identificar con claridad las conclusiones y aportes de autoría del investigador, en especial cuando plantea ejemplos concretos.
- e) Los anexos son oportunos, ya que mediante gráficos, resume la hipótesis central.
- f) Se deja constancia de la ausencia de revisión de sentencias internacionales, en especial la de la CIDH: Caso Albán Cornejo y otros vs Ecuador, punto del cual me reservo mi derecho a preguntar en el curso de la defensa oral, así como queda dicho, de la imprecisión de la pena del Art. 146 del COIP.

Hay algunas faltas de ortografía, entre otras se registran: (Resumen p. iv) en donde debe decir el sistema jurídico, coloca "la" sistema; p. 23, el autor es Del Castillo, se coloca "Del Catillo"; p. 41, omite tildar varias palabras.

Hay ciertas citas bibliográficas desprovistas del número de página, por ejemplo en la página 7, la referencia de Peña Núñez; p. 17, referencia de Cabanellas; p. 18, no hay cita a pesar que se enuncia el criterio de Martínez Calcerrada; p. 29, la referencia de Reyes Veliz; p. 44, no coloca las páginas de las referencias de Cornejo y de Zambrano Pasquel; p. 59, referencia de Hernán Pérez Loose; p. 60, vuelve a repetir la referencia de Pérez Loose, sin página; p. 69, la cita de Ortíz; y, p. 95, la de Gutiérrez Lizardi.

Finalmente, en la bibliografía general no constan las varias normas nacionales e internacionales citadas por la autora en toda su disertación.



3.- RELEVANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo se consolida en una investigación doctrinaria, legislativa y de práctica penal que refleja un análisis oportuno y prolijo y que, a su vez, permite estar frente a una alumna con solvencia en el manejo de instituciones, conceptos y herramientas penales.

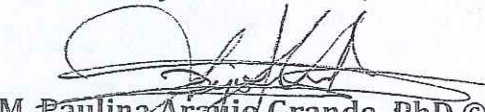
La bibliografía que ha sido revisada, nos demuestra que la señorita Daniela Alejandra Vargas Villagrán asumió un compromiso serio con el avance y desarrollo de las tipologías contenidas en el COIP.

4.- CALIFICACIÓN

Por todo lo contenido en el presente informe, me permito calificar la disertación escrita con la nota de **9/10**.

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

Muy Atentamente,


M. Paulina Araujo Granda, PhD ©
DOCENTE DEL ÁREA PENAL

Juan González 35-26 y Juan Pablo Sanz
Edificio Vizcaya II Torre Norte Oficina 4-A
Quito-Ecuador
Teléfono: 593 (2) 2242275
www.araujoasociados.net
paulina@araujoasociados.net

Molina Gallegos & Asociados
ESTUDIO JURIDICO

Quito DM, 30 de enero del 2017

Señor doctor
Iñigo Salvador
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PUCE
Ciudad.-

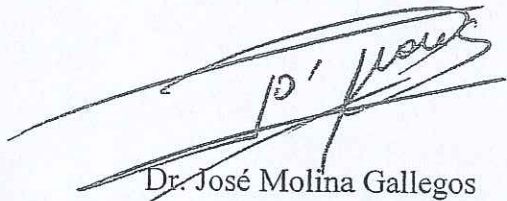
Señor Decano:

He sido designado como profesor informante de la tesina intitulada "LO PELIGROSO, ILEGÍTIMO E INNECESARIO EN LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE LA MALA PRÁCTICA PROFESIONAL EN EL CASO DE LOS MÉDICOS SEGÚN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL" preparada por la señorita Diana Alejandra Vargas Villagrán, alumna de la facultad; al respecto, digo:

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

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

Atentamente,



Dr. José Molina Gallegos

Recibido / 30/1/2017

DEDICATORIA

Dedico este trabajo de investigación principalmente a mi querida madre Katia Villagrán de quién he tenido el apoyo incondicional para la culminación de mis estudios, los valores enseñados como son los de responsabilidad y persistencia, han sido fundamentales para terminar este trabajo investigativo, por lo que le agradezco con todo el corazón.

Dedico también a mi amado esposo quién con su paciencia y amor me brindó su apoyo y colaboración durante el desarrollo de la investigación y por último a mi amada hija ya que ella es el motor que me incentiva diariamente a cumplir mis objetivos, y quién en su corta edad fue mi compañera y testigo en la elaboración y culminación de éste trabajo investigativo.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por darme salud y vida durante la realización del trabajo investigativo, a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y a sus autoridades por acogerme en tan honorable Institución, a los catedráticos de la Facultad de Jurisprudencia quienes durante 5 años de permanencia en ella me transmitieron sus conocimientos sin egoísmo alguno, y de forma particular a mis profesores de la cátedra de Derecho Penal Dra. Paulina Araujo, Dr. Nicolás Salas, Dr. José Molina quienes fueron mi motivación para encaminar el trabajo de investigación y seguramente el ejercicio de mi profesión en la rama del Derecho Penal que admiro y respeto, a mi director de tesis el Dr. Cristian Zambrano quién dirigió y guío con sus valiosos conocimientos la elaboración de la investigación, a mi familia por ser el pilar en quienes encuentro el apoyo para surgir y culminar un peldaño más en mi vida y a todas las personas que directa e indirectamente han colaborado para la realización y culminación de éste trabajo investigativo.

ABSTRACT

The validity of the new Organic Code Criminal Integral (COIP), in the legal system of the country, brought some news about the definition of offenses that until then were not covered by the criminal law, while in the previous legislation there is the criminalization of the offense of unintentional homicide (article 459) which applied to the case of the death of a person as a result of a medical act negligent ,included the characterization of particularized culpable homicide arising out of bad professional practice with the type aggravated by dangerous, unnecessary and illegitimate actions (article 146) in the COIP, before the increasing number of cases of this nature, followed by media coverage that led to a public pressure on the legislature for incorporation into the new criminal law as a crime Specific. This brought about the controversy of this characterization, especially in the case of doctors, because of the nature of their profession, this risks in the health and physical integrity of the patients as a result of the practice of a medical act in them.

In view of the foregoing sought by the present work to analyze the content and legal scope of article 146 of the COIP, so the elements that are considered in this standard especially the aggravated type of dangerous, unnecessary and illegitimate actions to determine the fault based liability of doctors in cases of an eventual bad professional practice.

Key Words:

IMPROPER MEDICAL PRACTICE; BAD PROFESSIONAL PRACTICE; DUTY OBJECTIVE OF CARE; CULPABLE OFFENSE; DANGEROUS; UNNECESSARY; ILLEGITIMATE; LEX ARTIS; MEDICAL ACT.

RESUMEN

La vigencia del Nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP), en la sistema jurídico del país, trajo consigo algunas novedades acerca de la tipificación de delitos que hasta ese entonces no se hallaban tipificados en la ley penal, si bien en la legislación anterior existía la tipificación del delito del homicidio inintencional (artículo 459) que se aplicaba al caso de la muerte de una persona como consecuencia de un acto médico negligente ,se incluyó la tipificación particularizada del homicidio culposo por mala práctica profesional con el tipo agravado por acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas (artículo 146) en el COIP, ante el creciente aumento de casos de esta naturaleza, seguidos por una cobertura mediática que propiciaron una presión pública en la legislatura, para su incorporación en la nueva ley penal como un delito específico. Ello trajo consigo la polémica de esta tipificación, especialmente en el caso de los médicos, pues por la naturaleza propia de su profesión, ésta corre riesgos en la salud e integridad física de los pacientes como consecuencia de la práctica de un acto médico en ellos.

En virtud de lo expuesto se pretende mediante el presente trabajo analizar el contenido y alcance jurídico del artículo 146 del COIP, así como los elementos que se consideran en esta norma especialmente el tipo agravado de las acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas, para determinar la responsabilidad culposa de los médicos en los casos de una eventual mala práctica profesional.

Palabras clave:

MALA PRÁCTICA MÉDICA; MALA PRÁCTICA PROFESIONAL; DEBER OBJETIVO DEL CUIDADO; DELITO CULPOSO; PELIGROSO; INNECESARIO; ILEGÍTIMO; LEX ARTIS; ACTO MÉDICO.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO	iii
ABSTRACT	v
RESUMEN	iv
ÍNDICE.....	vi
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	3
Mala Práctica Profesional y la actividad médica.....	3
1.1. Definición de la responsabilidad profesional y su aplicación a la actividad médica.....	3
1.1.1. Clases de Responsabilidad	7
1.1.2. Responsabilidad profesional	8
1.1.2.1. Responsabilidad Penal Médica.....	9
1.1.2.2. Responsabilidad Civil Médica	12
1.1.2.2.1. La Responsabilidad contractual médica.....	12
1.1.2.2.2. La Responsabilidad extracontractual médica.....	13
1.1.3. Elementos de la responsabilidad	15
1.2. Principios y reglas a seguir en la actividad médica	17
1.2.1. El acto médico.....	17
1.2.2. Principios éticos del acto médico.....	19
1.3. Elementos de la práctica profesional médica.....	22
1.3.1. El deber objetivo del cuidado.....	22
1.3.1.1. La Lex Artis	25

1.3.1.1.1 La Lex Artis ad hoc.....	27
1.3.2. El riesgo permitido	29
1.4. Derecho comparado: La práctica médica en la legislación colombiana y argentina.	31
1.4.1. La mala práctica médica en legislación de Colombia.....	32
1.4.2. La mala práctica médica en la legislación Argentina.....	39
CAPÍTULO II.....	43
La Mala Práctica Médica Profesional en el Código Orgánico Integral Penal	44
2.1. Antecedentes de la normativa sobre la mala práctica profesional en la legislación penal ecuatoriana	44
2.1.1. La Constitución y el COIP en el caso de la práctica médica.....	46
2.1.2. Código Orgánico Integral Penal (2014)	48
2.2. La Ley Orgánica de Salud (LOS) y la mala práctica médica.	54
2.3. La tipificación de la mala práctica profesional como delito en el COIP, y las acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas.	58
2.3.1 La violación del deber de cuidado.....	62
2.3.2. Las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas	67
2.4. La postura del gremio médico frente a la tipificación de la mala práctica profesional en el Art. 146 del COIP.	76
2.5. Interpretación de la Corte Nacional de Justicia sobre el artículo 146 del COIP.....	80
Segundo, el galeno en el ejercicio de su acto médico, debió haber inobservado la lex artis, que son los protocolos, regla, manuales que la ciencia médica establece para cada acción a realizarse.....	81
CAPÍTULO III	83
Lo peligroso, ilegítimo e innecesario y la aplicación del tipo penal del art 146 del COIP (Mala Práctica profesional)	83
3.1. El Deber Objetivo de Cuidado y la “desviación del ejercicio de la profesión”	83

3.2. El Deber Objetivo de Cuidado, su infracción y relación con las acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas, en la mala práctica médica	88
3.3. Cuando se configura el delito de la mala práctica médica y las acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas según el COIP	93
3.3.1. <i>Primer caso: Homicidio culposo simple por mala práctica profesional</i>	95
3.3.2. <i>Segundo caso: Homicidio culposo agravado por mala práctica profesional</i>	99
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	102
Conclusiones.....	102
Recomendaciones	106
REFERENCIAS	109
ANEXOS	114

ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro 1 La responsabilidad profesional	9
Cuadro 2 Elementos sustanciales de la responsabilidad penal	11
Cuadro 3 Lesiones y sanciones estipuladas en el artículo 152 del COIP	51
Cuadro 4 El homicidio culposo por mala práctica profesional según el COIP	54
Cuadro 5 Partes de un Protocolo médico.....	92

ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo 1 Estadística sobre el homicidio por mala práctica médica	114
Anexo 2 Estadística de parto normal y cesárea en el Ecuador	115

INTRODUCCIÓN

Con los avances de la tecnología aplicados a la medicina se han creado expectativas cada vez más altas en el tratamiento médico que los galenos ofrecen a sus pacientes, esperando que siempre los resultados de las intervenciones sean beneficiosos, satisfactorios y exitosos, y que no comprometan ningún riesgo para la vida o integridad física del paciente, aspiración que desde luego no puede ser cumplida a cabalidad por ningún profesional de la salud.

Por otro lado, los médicos en ocasiones se han visto inmersos en casos en los que por la falta de aplicación de bioética, y por la ambición de ganar dinero, someten a sus pacientes a tratamientos y/o intervenciones que no son necesarios, ni apropiados, ni enfocados a la sanación rápida y oportuna del paciente como lo manda la ética y moral profesional. Sino que han visto especialmente en las intervenciones quirúrgicas una fuente de obtener más recursos económicos como honorarios profesionales por el costo que ello conlleva, involucrando así a los pacientes en procedimientos que per se implican un riesgo para la integridad física y que pueden llegar a comprometer incluso la vida.

Pero también existe el hecho de que pese a que el médico en el ejercicio de su profesión aplique su conocimiento bajo ética y procedimientos correctos, científicos y técnicos apegados a las necesidades del paciente, no logran los resultados esperados o salvar la vida del paciente; situaciones que son difíciles de asimilar para el entorno familiar, y peor aún en los casos de muerte, que es lo que recurrentemente genera el cuestionamiento sobre la capacidad del médico y los procedimientos que éste utilizó para atender al paciente, desencadenando así posibles imputaciones de mala práctica profesional por parte de los deudos y del paciente mismo.

En todo caso, el resultado de estas desafortunadas acciones en los casos de intervenciones médicas especialmente, han originado una presión social que influyó para que la Asamblea Nacional incluya en el Código Orgánico Integral Penal, vigente desde agosto del 2014, en el artículo 146, el tipo penal de la mala práctica profesional, en el que se incorpora no solo la tipificación nombrada, sino que se realiza una serie de señalamientos respecto de los elementos que han de concurrir para la configuración de este delito, como la inobservancia del

deber objetivo del cuidado por parte del profesional; y la concurrencia de otros elementos de valoración como la ejecución de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas como agravantes del delito mencionado, mismas que, no han sido del todo explicadas, ni taxativamente expuestas en el código señalado, dejando así la posibilidad de que se puedan realizar interpretaciones que no consideren la verdad del riesgo que implica una acción profesional, especialmente en el caso de los médicos.

Es en este escenario que el presente trabajo busca desentrañar y analizar la responsabilidad médica que tienen en el ámbito jurídico estos profesionales cuando acontece un hecho perjudicial en el paciente o le llega a causar inclusive la muerte. Se busca determinar en este proceso analítico, que es el acto médico y como este conlleva una serie de riesgos que son insalvables por la naturaleza misma de tratar con la salud y la biología del ser humano, sin que este riesgo constituya desde luego, una exoneración de responsabilidad en la ejecución de procedimientos del médico con el paciente, pero si analizando el deber objetivo del cuidado que debe cumplir el galeno cuando trata a un paciente.

El artículo 146 de la ley penal mencionada (COIP), ha causado temor y malestar entre algunos gremios de los profesionales, especialmente en el de los médicos, por las causas que se han nombrado, pues ven un peligro en la aplicación de la ley con respecto de la actividad que realizan por la naturaleza de su profesión, pues esta conlleva necesariamente un riesgo para el paciente, especialmente en el caso de procedimientos invasivos y riesgosos como las intervenciones quirúrgicas.

Ha sido especialmente este gremio de profesionales que han alzado la voz de protesta y preocupación frente a la “criminalización de la actividad médica”, por lo que en este trabajo se busca analizar el nuevo fenómeno y tipología jurídica planteada en la legislación penal nacional y como este puede afectar o beneficiar tanto a los médicos como a los pacientes; así como también se pretende explicar y comprender en qué consisten los elementos incorporadas en el nuevo artículo que tipifica y sanciona a la mala práctica profesional, especialmente en el tipo agravado de las acciones peligrosas, ilegítimas e innecesarias.

CAPÍTULO I

Mala Práctica Profesional y la actividad médica

1.1. Definición de la responsabilidad profesional y su aplicación a la actividad médica.

Los resultados de la intervención de un médico en la corporeidad de un ser humano entrañan el comprometimiento de la integridad física e incluso de la vida de la persona. El acto médico que práctica el facultativo encierra una serie de riesgos así como causa efectos no en todos los casos beneficiosos ni esperados por el paciente, razón por la cual se la atribuye a este la culpa de esos resultados. La responsabilidad desde el punto de vista del paciente y su entorno es casi siempre del profesional de la salud, endilgándole la realización de actos negligentes, de impericia, de rompimiento de la ética y del deber objetivo del cuidado que debe contemplar el médico en su accionar.

En la nueva legislación penal vigente a partir del año 2014 (COIP), se ha incorporado la tipificación del delito del homicidio culposo por mala práctica profesional, en dos tipos penales, uno de los cuales considera a la realización de acciones peligrosas, ilegítimas e innecesarias como agravantes de este delito. Esta situación entraña la atribución de responsabilidad al profesional de la salud, penal en este caso, por tal razón es que se ha de iniciar indicando el concepto de responsabilidad y como esta se estima en base a los resultados perjudiciales que un causante puede generar en otro por distintas razones.

Responsabilidad

La responsabilidad es la capacidad que tienen las personas de asumir los efectos de la realización o no realización de una acción ejecutada por sí misma o de alguna persona que se encuentra bajo su potestad, efectos que resultan en el perjuicio de un tercero.

El diccionario de la Real Academia Española (2014) define al término mencionado como la “[...] obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal. Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.”

La definición hace alusión a un concepto muy importante en Derecho para determinar la responsabilidad de un individuo, que es la capacidad, misma que consiste en, “la aptitud que se tiene, en relaciones jurídicas determinadas, para ser un sujeto activo o sujeto pasivo.” (Ossorio, 2010, pág. 137), lo que evidencia que para atribuir responsabilidad a un individuo este debe poseer entendimiento y conciencia del acto que se encontraba realizando, o que al realizarlo pese a existir estos factores no midió el alcance de su accionar. Desde estas definiciones, la responsabilidad es la capacidad que un individuo posee de asumir jurídicamente la consecuencia de sus actos, pues es la que permite la imputación de una acción sancionada por la ley y su consecuente resarcimiento. Pues la incapacidad de la persona desliga la responsabilidad del actuante, por lo menos penalmente, debido a la carencia de la voluntad en cometer un acto delictivo.

Cabanellas explica a la responsabilidad como la “Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado. [...] Capacidad para aceptar las consecuencias de un acto consciente y voluntario.” (2008, pág. 378). La responsabilidad por lo tanto, es el estado de cumplimiento de una obligación en que puede encontrarse una persona de hacerse cargo de los daños y/o perjuicios derivados de la acción consciente y voluntaria del causante o de un tercero bajo su cargo.

La actuación con los factores mencionados implican una capacidad por parte del individuo que las realiza, pues solo así es atribuible la responsabilidad. Esta se constituye en la idoneidad que posee una persona para ser titular de Derecho, tanto en el ejercicio de derechos como en contraer obligaciones derivadas de su voluntad en realizarlas respectivamente. Esta capacidad jurídica “es la aptitud que poseen los seres humanos para ser sujeto o parte, por sí o por representante legal, en las acciones de Derecho, ya como titular de derechos o facultades, ya como obligado a una prestación o al cumplimiento de un deber.” (Ossorio, 2010, pág. 137)

La capacidad se refiere especialmente al ámbito de asumir las consecuencias del cometimiento de una acción que derivan en un daño a un tercero. La legislación civil incluso establece que todo daño producido debe ser susceptible de reparo por parte de quien lo ocasionó, lógicamente se ha de entender que esta reparación se produjo por la acción de una persona, sea

esta capaz o incapaz, y en este segundo caso, si bien existen excepciones de imputación penal, el resarcimiento es ineludible en cualquier ámbito del Derecho.

La responsabilidad produce un efecto en el que causó un daño, este debe repararlo, resarcirlo, de una manera o de otra y a medida que se logre subsanar el bien jurídico dañado o lesionado. Hay que realizar una diferenciación sustancial en este ámbito de la responsabilidad; cuando la acción perjudicial resulta de un acción no dolosa se está ante un tipo de responsabilidad civil, culposa, cuya finalidad en la determinación del acto y de los efectos es buscar la reposición del daño causado, caen además dentro de este mismo ámbito aquellas acciones de incumplimiento de las obligaciones que se derivan de la responsabilidad contractual o extracontractual, también denominadas como delito civil; en tanto que cuando se está frente a un acto dañoso doloso, es decir un delito, que busca intencionalmente causar daño a un tercero en sus bienes jurídicos protegidos por la ley , tanto la normativa, como la sanción que compete en este caso, es la penal , pues este tipo de actos, evidencian una voluntad de inferir daño, por lo tanto señala una responsabilidad penal, que se halla tipificada en la ley de esa materia de un Estado, sin dejar de tomar en cuenta que ciertas acciones culposas son consideradas también dentro del ámbito penal.

El resultado perjudicial del acto de una persona, implica la inobservancia del deber de cuidado que se debe tener para evitar o prevenir el resultado. Por lo tanto para que pueda atribuirse responsabilidad a un profesional, como el caso de los médicos, “se requiere que él haya violado previamente un deber jurídico que se hallaba a su cargo, o contrariado una obligación contractual que contrajera, sea por acción u omisión imputable a él.” (López Mesa, 2007, pág. 39)

La determinación de la responsabilidad de un médico en este caso estará dada por lo tanto según la culpabilidad que tenga en la acción que ocasionó un perjuicio en un tercero; generalmente en el caso médico, en bienes jurídicos personales que afectan el aspecto biológico y físico del paciente, y la lógica afectación psicológica que ello conlleva.

Es necesario entonces bajo estas premisas establecer una clara diferenciación entre lo que consiste el concepto de culpa y de culpabilidad, pues ellos se hallan relacionados

estrechamente con el de responsabilidad y la capacidad de atribución de la misma, sin embargo no revisten el mismo concepto, no son sinónimos desde el punto de vista jurídico.

Así expuesto, en primer lugar se debe definir la culpa, misma que se entiende como la imputación personal y determinada de la responsabilidad de un hecho perjudicial a una persona o a los bienes jurídicos de esta. Ossorio (2010, pág. 244) al definir a la culpa cita a Jiménez de Asúa quien la define como “el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.” Así entonces, la culpa es la determinación del cometimiento de un hecho que produjo un daño a un tercero, y se la atribuye en virtud de que el responsable la ocasiona a sabiendas de los resultados perjudiciales que esta causaría, o sea porque estos rebasaron también la previsión del daño, lo que configura por supuesto una voluntariedad del actor en la realización de la acción. En términos generales y desde la óptica jurídica, se puede manifestar que una persona actúa con culpa cuando causa un daño sin el propósito de hacerlo, pero que por su imprudencia o negligencia en la ejecución de esa acción produjo el daño en los bienes jurídicos personales o reales de un tercero, lo que lógicamente conlleva, en la atribución de responsabilidad sobre hechor.

En el caso de los profesionales de la salud, puede atribuirse culpa a un galeno cuando este ha cometido una acción negligente, imprudente en el acto médico que ha realizado, y ello se relaciona con el deber objetivo del cuidado, y el riesgo permitido, pues la acción médica se halla, por su naturaleza, muy relacionado y expuesta a estos campos, mismos que serán analizados con posterioridad.

Se puede manifestar que la labor médica trabaja al filo de todos estos aspectos, pues incluso actos médicos que observen todos los protocolos pueden eventualmente resultar perjudiciales para una persona, y en virtud de ello se pretendería atribuir responsabilidad a un médico, pero en todo caso esta ha de ser esencialmente civil y no penal, y desde luego si las circunstancias constitutivas del hecho determinan culpa, a criterio de la autora.

Por otro lado, la culpabilidad, a diferencia de la culpa, “es la posibilidad de imputar a una persona un delito, sea de orden penal o de orden civil. En sentido estricto, representa el hecho

de haber incurrido en culpa determinante de responsabilidad civil o de responsabilidad penal.” (Ossorio, 2010, pág. 246). La culpabilidad entonces consiste en la expectativa de poder atribuir culpa y por lo tanto responsabilidad a una persona por el daño que ha causado a otro, y es ello la diferencia sustancial con respecto a la culpa.

El jurista García Falconí, (2014, pág. 360) respecto de la culpabilidad manifiesta que

El principio de culpabilidad [...] es el considerado como el presupuesto subjetivo de la responsabilidad penal, pues solo puede fundamentarse la pena en la comprobación de que el autor se le pueda reprochar la formación de la voluntad que le condujo a la resolución delictiva, [...]

Otro aspecto que se relaciona con la capacidad de atribución de reproche y responsabilidad, es la imputabilidad, misma que consiste en “la capacidad de realizar actos antijurídicos (...) atribuidos únicamente a la conducta de ciertos individuos que reúnan ciertas cualidades, una edad mínima y determinada capacidad mental.” (Kelsen, 1995, pág. 107). La responsabilidad por lo tanto se halla en función de la capacidad de entendimiento de la acción por parte de quien la realiza, pues el individuo que actúa con conocimiento de causa y reúne los otros elementos de la imputabilidad y es plenamente responsable por la acción realizada.

La responsabilidad sin embargo se bifurca en función de la culpa o del dolo como elemento volitivo del individuo que comete la acción dañosa, determinando así la responsabilidad civil o penal en cada caso respectivo.

1.1.1. Clases de Responsabilidad

La responsabilidad la estiman en varias aristas según la rama del derecho a la que se aplique, así puede existir la responsabilidad, civil, penal, administrativa, etc., sin embargo, la responsabilidad desde el ámbito de la ciencia jurídica es de tres tipos principalmente, como lo manifiesta el autor Peña Núñez (2013).

Responsabilidad disciplinaria.- se deriva del cumplimiento o no de una reglamentación establecida para el funcionamiento correcto y eficiente de una institución, generalmente se aplica esta denominación a la esfera pública, a la perteneciente al aparato estatal y la burocracia. En el caso de la legislación nacional referente a la práctica médica este tipo de

normativa y responsabilidad se halla estipulada en la Ley Orgánica de Salud; y la autoridad competente para resolver este tipo de procesos es el Ministerio de Salud Pública (MSP).

Responsabilidad sancionatoria.- Aquella que por el resultado perjudicial de un acto u omisión de este, aplica una penalidad, un castigo, al causante. La responsabilidad sancionadora es penal, y administrativa. En el caso del Ecuador, las sanciones de los delitos se encuentran estipuladas en el Código Orgánico Integral Penal y administrativamente en la Ley Orgánica de Salud.

Responsabilidad civil o reparadora.- aquella que intenta el resarcimiento del perjuicio causado mediante la aplicación de una indemnización que rezarse ese daño, mismo que a su vez puede ser material o no, como el daño moral. Esta a su vez se la categoriza en contractual y extracontractual, la primera cuando nace de un contrato y la segunda cuando se carece de este y la responsabilidad se determina por la inobservancia de la ley.

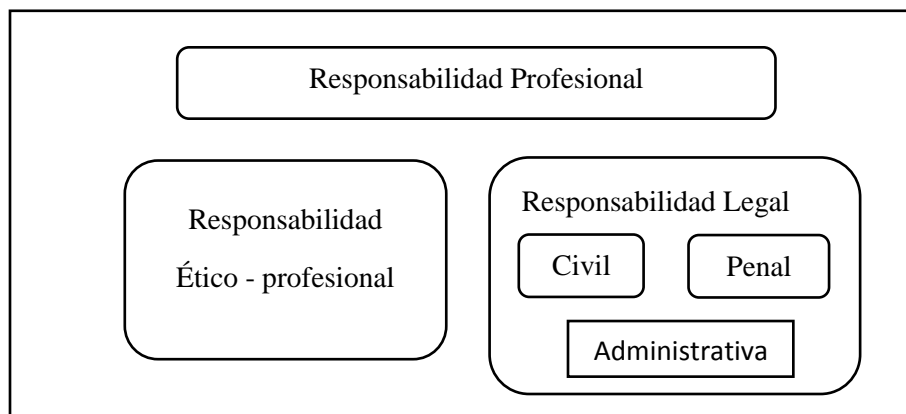
Respecto de esta clasificación en relación con el ejercicio profesional de los médicos, la autora Araujo sostiene que,

En la responsabilidad contractual el autor del daño y su víctima han creado por su voluntad la posibilidad eventual del daño (hay una obligación precisa de efectuar un hecho determinado, cuya falta de ejecución determina dicha responsabilidad); en la responsabilidad extracontractual, esta posibilidad no nace por los contratantes, dado que no existe obligación alguna determinada ni perfectamente delimitada. (2015, pág. 344)

1.1.2. Responsabilidad profesional

Tiene que ver con la realización de hechos que acontecen como práctica de una profesión, sea esto de manera liberal, o mediante una relación laboral en una entidad pública o privada, que relaciona al sujeto, su ejercicio profesional y la entidad o persona que recibe el servicio profesional. Así la responsabilidad jurídica profesional puede ser, civil, administrativa y penal.

Cuadro 1 La responsabilidad profesional



Elaboración: Alejandra Vargas

1.1.2.1. Responsabilidad Penal Médica

La atribución de responsabilidad penal implica el cometimiento de un delito, mismo que es “todo acto humano voluntario que se adecua al presupuesto jurídico de una ley.” (Carrara, 2002). La legislación de un Estado establece mediante normas jurídicas presupuestos que tipifican una conducta humana como prohibida y cuando se las realiza le es aplicable una sanción. Estas normas están destinadas a la protección de bienes jurídicos de las personas, sean estos materiales o inmateriales, como el caso de los derechos.

El tipo penal es la descripción que se realiza en la ley de la conducta reprochable, típica, antijurídica y culpable de una acción humana que acarrea la atribución de responsabilidad. El tipo penal se ajusta a la tipificación del delito, de modo que una conducta para ser punible se ha de adecuar a lo establecido en la ley penal (tipificación). El tipo penal posee dos elementos fundamentales que son; el objetivo, que es la exteriorización y la materialidad de la conducta del individuo, definidas a partir de un verbo rector, como matar, robar, sustraer, etc. Un bien jurídico como la vida, un sujeto activo quien realiza la acción, un sujeto pasivo quien recibe la acción, elementos normativos y valorativos; el elemento subjetivo, que es la voluntad de la realización de la acción del individuo en materializar el acto tipificado como delito, generalmente en el caso penal es la realización de los elementos objetivos del tipo, intención de causar daño es decir el dolo, aunque en casos se manifiesta este elemento subjetivo, desde la acción de infringir el deber del cuidado por el infractor, en cuyo caso se atribuye culpa.

Cuando una persona comete un acto doloso, es decir, con la voluntad y conocimiento de causar daño a otro, sea esto en un bien jurídico propio de la integridad de la persona, o de su patrimonio, y cuando estos son protegidos por la ley, y se cumplen los elementos del delito estamos frente a él. Esta acción al generar un daño a un tercero en los ámbitos que se han nombrado, causa la responsabilidad del accionante, y cuando este posee plena capacidad de ser imputable, es decir de atribuirle capacidad plena de acción, se genera una responsabilidad penal de este por el acto realizado, y por ello asume la consecuencia jurídica llamada pena.

Ossorio define a la responsabilidad penal como “la aneja a un acto u omisión penado por la ley y realizado por persona imputable, culpable o carente de excusa voluntaria. Se traduce en la aplicación de una pena. Suele llevar consigo, de haber ocasionado daños o perjuicios, la responsabilidad civil que sea pertinente.” (Ossorio, 2010, pág. 351) La responsabilidad es el corolario de la determinación de culpabilidad y de culpa de un hecho dañoso.

La jurista Araujo (2015, pág. 351), cuando se refiere a la responsabilidad penal de los profesionales de la salud inicia reflexionando sobre que ello “remite necesariamente a lo que se conoce como presupuestos de imputación, es decir a la culpabilidad o posibilidad de reprochar una conducta antijurídica a una persona.”

Esto quiere decir, que para que se atribuya una acción culpable a un profesional primeramente deberá determinarse su “capacidad de culpa”, su conocimiento de que una acción suya en un caso determinado iba a derivarse en un hecho perjudicial, situación que como es lógico de deducir no puede en todos los casos siempre preverse, y menos aún garantizarse, pues las acciones médicas, no solo dependen de la ejecuciones del galeno, sino que están supeditadas a otras eventualidades que pueden escapar del control del médico, y esto justamente es una de las dificultades mayores que problematizan sobre si la responsabilidad profesional médica debe ser tratada desde el ámbito del derecho penal.

La responsabilidad penal por lo general conlleva la aplicación de una sanción en contra del infractor por parte del poder coercitivo del Estado a través de su función de administración de justicia. Esta pena por lo general en estos casos es la privación de la libertad, restrictiva de algunos derechos o de la imposición de una sanción económica (multa).

La responsabilidad penal tiene la especial característica de ser personal, esto significa, que se aplica directamente al infractor de la ley, de acuerdo a lo que establece esta como pena para su acción o grado de participación. Además en el caso médico la responsabilidad penal suele acarrear también una sanción en el sentido de restricción y/o prohibición del ejercicio profesional por un tiempo determinado.

Por estas características peculiares que encierra al médico y su ejercicio profesional, Lombana señala que; “los médicos deben prescribir la realización de exploraciones analíticas e intervenciones quirúrgicas, siempre que el paciente lo requiera y de lo contrario, deberán responder penalmente por su omisión.” (2007, pág. 143)

Cuadro 2 Elementos sustanciales de la responsabilidad penal

Elemento sustancial	Responsabilidad penal
Por definición	Imputación a una persona como consecuencia del cometimiento de un delito tipificado y sancionado por la ley penal, en contra de un sujeto imputable, por el cometimiento de un acto típico, antijurídico y culpable.
Finalidad	Aplicación de una sanción, de una pena, que limita derechos o bienes jurídicos de la persona.
Naturaleza	Conducta dolosa y culpable del responsable
Cuantificación	<p>La cuantificación no se conceptúa como compensación sino como sanción. Ej. La multa.</p> <p>Además de la reparación integral a la víctima</p> <p>En el caso de penas privativas de la libertad no se puede estimar su cuantía.</p>
Destino de la sanción	<p>En el caso de las multas o las sanciones pecuniarias, estas se destinan al Estado.</p> <p>En el caso de la aplicación de sanciones penales derivadas de la responsabilidad penal, no existe un beneficiario de esta acción.</p>

Elaboración: Alejandra Vargas

1.1.2.2. Responsabilidad Civil Médica

La mayoría de las ponencias, que la tratadista Araujo manifiesta en su obra, coinciden en que la responsabilidad en este caso se deriva de una relación médico – paciente en la realización de un procedimiento médico es la contractual; ya que existe un acuerdo de voluntades en la realización de algún acto médico entre estos dos sujetos nombradas de esta relación tanto médico, como jurídica (García, 201, pág. 5), caso contrario nos encontramos en una responsabilidad extracontractual.

1.1.2.2.1. La Responsabilidad contractual médica

Es aquella “originada por el quebrantamiento de un contrato válido.” (Ossorio, 2010, pág. 351). La convención de voluntad de las partes que se comprometen en la celebración de un contrato en hacer o no hacer alguna cosa genera un compromiso de estas en realizar lo pactado. El contrato por lo tanto, es el documento en el que se establecen las condiciones y demás pormenores de cómo se llevará a cabo la relación y la ejecución de lo convenido.

En el caso del ejercicio profesional de los médicos, este se puede realizar mediante un acuerdo contractual entre el paciente y el médico a fin de realizar una práctica determinada, y requerida por el paciente, y/o prevista por el galeno, en el caso de ello ocurren los mismos efectos que el incumplimiento legal de un contrato como cualquiera, pues las consecuencias jurídicas se derivan de acto convencional (contrato) y por lo tanto se procedería de la manera que cualquier otro.

Este tipo de responsabilidad de la relación entre el médico y el paciente, “no nace con la finalidad de mantener con él un vínculo jurídico, sino que lo hace guiado por la dolencia física que sufre para que sea aliviada; no obstante una vez que ambos entablan una relación (médico-paciente), nacen a la vida derechos y obligaciones que tendrán efectos jurídicos, dado que al fin de cuentas estamos frente a un acuerdo de voluntades.” (Araujo, 2015, pág. 343), ello, adiciona la autora citada, configura y da origen a lo que se ha dado en denominar como la responsabilidad civil contractual, y es plenamente aplicable al caso médico como se ha evidenciado.

1.1.2.2.2. La Responsabilidad extracontractual médica

Responsabilidad extracontractual, es aquella “que es exigible, por daños o perjuicios, por acto de otro y sin nexo con estipulación contractual. Va evolucionando de lo subjetivo, que imponía siempre dolo o culpa en el agente responsable, a lo objetivo, al titular o dueño de la cosa que ha originado lo que debe resarcirse.” (Ossorio, 2010, pág. 851)

La responsabilidad extracontractual por lo tanto es aquella que atribuye responsabilidad a un sujeto cuando ha surgido una situación de conducta en la que este causó daño a un tercero, sin que exista de por medio un nexo contractual que los vincule en una obligación. En este daño causado no debe operar la voluntad dañosa del sujeto activo, es decir, el dolo, que causa otro tipo de tratamiento jurídico que es en el ámbito penal. Opera en la responsabilidad civil extracontractual, la culpa, por la negligencia, impericia, y/o imprudencia del causante del daño, justamente estas acciones en la forma de operar del sujeto responsable es lo que le genera la responsabilidad.

Señala la doctrina que para que opere la responsabilidad extracontractual deben concurrir algunos elementos que la caracterizan, mismos que se los nombra a continuación:

- La acción u omisión del causante (antijuricidad)
- El daño producido
- La culpa; y,
- El nexo causal entre el acto que genera el daño y el perjuicio derivado de ello.

La responsabilidad extracontractual en el caso de los profesionales de la salud, se sustentaría, “tanto en cuanto la responsabilidad del médico estaría en su condición profesional, y su obligación de, en lo que a él respecta y puede controlar, no agravar la salud o evitar daños en el paciente. Dicho de otro modo, la fuente de la obligación, sería el cometimiento de un delito o de un cuasidelito.” (Araujo, 2015, pág. 344)

Cabe mencionar que la ponencia que sostiene que la responsabilidad civil médica es extracontractual, basa su fundamento aduciendo que

la responsabilidad profesional no surge de una convención, sino de las obligaciones que impone el ejercicio de la medicina, haya o no contrato; es decir, que el deber de responder se desenvuelve en el terreno cuasi delictual (...), si bien en ocasiones existe consentimiento recíproco en la prestación de la salud, el paciente tiene derecho a no continuar con el tratamiento por diversas causas (sea porque le resulta molesto, porque no quiere o puede gastar en remedios, o inclusive por puro capricho), por lo tanto, no es posible admitir la existencia de un contrato en el cual cada una de las partes pueda resolverlo libremente. (García, 2015, pág. 5)

El mismo autor que analiza esta problemática, manifiesta que si bien en la mayoría de casos la responsabilidad civil del médico será contractual existen ciertos casos, en los que la circunstancia y los hechos podría configurar una responsabilidad extracontractual como las siguientes:

- En el caso del fallecimiento del paciente y los reclamantes de la responsabilidad del galeno son los familiares de difunto. El acuerdo no se realizó con ellos, sino con el paciente, esto configuraría una responsabilidad extracontractual en el caso médico.
- En el caso que la prestación del servicio médico hubiere sido solicitado por un tercero, siempre y cuando no medie una relación jurídica de representación legal entre este y el paciente.
- Cuando el acto médico se realiza en contra de la voluntad del paciente. El típico caso de lo nombrado es en la situación del suicida, y de los esfuerzos y acciones que realice el médico en salvar la vida, y las secuelas que pudieren permanecer en el en el caso de salvarle la vida.
- Los actos e intervenciones médicas que se realicen de emergencia.
- Las intervenciones o actos médicos que se realizase en un incapaz legal, sin que se haya podido haber entablado comunicación para ese efecto con el representante legal del individuo incapacitado.
- Cundo el contrato realizado entre el paciente y el médico adolece de uno de los vicios que la ley estima como causales de nulidad de un acto contractual. (García, 2015)

Al parecer de la autora, la responsabilidad médica en el caso civil es principalmente contractual por cuanto en la relación médico –paciente, opera un evidente acuerdo de voluntades, tanto de uno en someterse al médico y su procedimiento, y del galeno en aplicar

en el paciente los conocimientos y procedimientos científicos necesarios para reestablecer la salud, o aminorar las afecciones de salud en el paciente.

La práctica médica es proclive a que acontezcan efectos perjudiciales por la naturaleza misma de intervenir en la salud de las personas, lo evidente es que los paciente, que la gente que se somete a un médico para que este realice un acto médico o intervención en aplicación de su conocimiento, es que este tenga la certeza y la seguridad que se encuentra respaldado por una marco jurídico que lo protege de un mala intervención o que le garantiza una justicia eficaz en el caso que ocurriere alguna desavenencia vinculada a ese hecho.

La estructura jurídica del Estado tiende justamente a mantener la seguridad jurídica tanto de los médicos como de los pacientes, los unos confiando en que la ley protege el ejercicio médico de calidad, ético y responsables; y los otros en sentirse tutelados por un sistema que los protege jurídicamente en el caso de requerirlo para que los responsables de una mala acción médica respondan por los daños que causaren.

1.1.3. Elementos de la responsabilidad

La capacidad que tienen las personas de poder ser atribuidas las consecuencias jurídicas de sus acciones o inacciones, y de cómo han de responder por los daños que causan sea en lo penal o civil, se denomina como responsabilidad. Este al ser un concepto, una figura jurídica en este caso, que entabla una serie de posibles consecuencias de responder por los daños causados a un tercero, se halla compuesta de algunos elementos que la configuran, como los que a continuación se expresan y que se pueden deducir de los conceptos citados y expuestos anteriormente.

Conducta humana.- Para que se ejecute la atribución de una responsabilidad a un individuo este debe haber realizado una acción u omisión que genera el daño que se le atribuye por el cometimiento de cualquiera de esos dos tipos de acciones. Estas nacen de un proceso intelectual de la persona y esta a su vez se traduce en la acción de esta. Incluso la omisión, se puede decir que consiste en el acto de no realizar algo.

Los elementos de la conducta humana son la voluntad y la conciencia; la voluntad como el elemento mediante el cual el ser humano libremente decide en ejecutar una acción; y la conciencia como el conocimiento que tiene cada individuo de su acción y por su puesto de los efectos que ella puede causar. Las acciones de un ser humano, pueden evidenciarse en la conducta humana en la acción como una ejecución positiva de realizar un acto; o como la inacción, la omisión de realizar un acto (ejecución negativa).

En el caso de la práctica profesional, la conducta humana podría manifestarse que son el conjunto de acciones que realizan este tipo de personas en el ejercicio de su actividad para la que han sido formados académicamente, técnica y manualmente inclusive. En el caso de los médicos se aplica lo indicado a la realización de acciones que son relativas al diagnóstico, tratamiento, cura, intervención y seguimiento posterior a cualquier acción médica realizada en una persona o conjunto de ellas. Incluso dentro del contenido del artículo 146 del COIP, se nombra a la realización de “acciones” como la peligrosas innecesarias e ilegítimas como agravantes del tipo penal de mala práctica profesional, como se ira analizando posteriormente.

Culpa.- Es el elemento que hace relación a la falta de diligencia en la realización de una acción y por este motivo se consuma el hecho que genera el daño. Es decir, la persona que opera sin tomar en cuenta, sin evaluar las posibles consecuencias de un hecho, e infringir el deber objetivo del cuidado y de ello se desprende justamente la responsabilidad en atribuirle las consecuencias de la acción u omisión, puesto que de haber previsto y medido los efectos perjudiciales y haberlos evitado no se hubiere causado el perjuicio, en contra de un tercero. (Ossorio, 2010, pág. 245)

Daño.-Cabanellas lo define como; “detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia. Maltrato de una cosa.” (2008, pág. 253). Añade a su concepto, que el daño, reviste importancia en este campo cuando es ocasionado por otro agente que no sea el dueño del bien lesionado, sea este material o no material, y que en este hubiere operado una acción u omisión que lo anexa al perjuicio que se le imputa responsable.

En el caso de la mala práctica médica, el daño podría ser evidenciado como aquel efecto físico y/o psicológico que se deriva de la acción de un galeno. Al ser esta una profesión en la que se

trata con la integridad física de las personas principalmente, los daños serían en este mismo orden a lo que añadiría que estas por lo general tienen secuelas psicológicas. Por ejemplo, una amputación no solo que acarrea una condición física diferente, sino que menoscaba, por lo menos inicialmente, el aspecto psicológico, emocional del agraviado, y si esto ocurre como consecuencia de una mala práctica médica las consecuencias jurídicas deben ser diferentes.

Por la materialidad de los daños estos se clasifican en:

Daños patrimoniales.- Son aquellos que conllevan el menoscabo, deterioro de los bienes materiales de una persona, o grupo de estas. Los daños de este tipo son, por lo general, susceptibles de ser cuantificables, y en el caso de daño ocasionado por un tercero se puede demandar su resarcimiento en ese orden.

Daños extra patrimoniales o morales.- Para Ossorio (2010, pág. 58), es el daño “sufrido en los bienes extra patrimoniales, que cuentan con protección jurídica. (...) Y así se atiende a los efectos de la acción antijurídica, es el daño no patrimonial que se inflige a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley.” A diferencia del caso anterior este tipo de daño no afecta la materialidad del que lo recibe, sino que este lo ve afectado más bien en una esfera interna, por ejemplo, en el caso de una mala práctica médica, la afectación psicológica de una mala intervención que ha causado una mutilación.

Nexo causal.- Este elemento de la responsabilidad es la relación que debe existir en el efecto y la acción que causa el daño, el perjuicio. Aplicado el concepto a la acción del tema del trabajo presente, el nexo causal, es el efecto dañoso que surgió de obrar de manera equivocada por parte del profesional de la salud, acción que ha causado una afectación al paciente como producto de esa negligencia. (Cabanellas, 2008)

1.2. Principios y reglas a seguir en la actividad médica

1.2.1. El acto médico

Morillas Cueva (2014, pág. 456) define como acto médico al “conjunto ordenado de actuaciones profesionales encaminadas hacia la consecución de un fin objetivo que proporcione o restituya la salud del paciente.” El acto médico son las acciones que el

profesional médico realiza en función de su paciente (acción individual) y/o en función de la sociedad (acción social) para la prevención, curación, control y/o mantenimiento de la salud de las personas y/o de la comunidad.

Es importante mencionar que el acto médico se contextualiza necesariamente dentro del ejercicio de esta profesión y en aplicación de las técnicas y conocimientos del profesional a un sujeto que las recibe (paciente). Por lo tanto no puede ser considerado acto médico, cualquier acción que realizase una persona que posee esa formación académica fuera de la esfera de su aplicación en los casos que se dijeron.

Los actos médicos además pueden ser ejecutados de varias maneras y en distintos contextos, por ejemplo; un médico no solo que puede ejercer su profesión estrictamente interviniendo en el cuerpo del paciente, sino también fuera de él como por ejemplo en la realización de un programa de salud para la comunidad, para un plan de gobierno, como política pública, etc.

Los actos médicos doctrinariamente se clasifican en base a diferentes consideraciones como las siguientes que se exponen y que son las que se enuncia principalmente; en los actos curativos, y los satisfactivos (no curativos, como los estéticos).

Los actos médicos se clasifican también, como sostiene Martínez Calcerrada en dos grandes grupos tomando en cuenta la operatividad con el paciente, así;

a) Actos médicos directos sobre el cuerpo de humano, sobre el paciente: mismos que además pueden ser:

- Actos directos: aquellos en los que la intervención del médico tiene la finalidad de curar al paciente mediante una relación directa de tratamiento.

- Actos indirectos: aquellos que buscan la salud, en el entorno al paciente, es decir, no sobre él, sino sobre los demás.

b) Actos médicos extracorpóreos: aquellos que se realizan fuera de la humanidad corporal del paciente, como la elaboración de historia clínicas, investigaciones sobre salud, medicina; emisión de certificados médicos, de salud, etc. (Morillas Cueva & Suárez López, 2014, pág. 457)

Según Garzón, los actos médicos, se clasifican de la siguiente manera:

- Actos relacionados a la exploración del paciente, como palpaciones, observaciones, o mediante la extracción de muestras provenientes del paciente.
- Intervenciones quirúrgicas en el cuerpo de los pacientes.
- Acto de tratamiento psiquiátrico, que atañen a la conducta y voluntad de las personas con afecciones en estas áreas.
- Actos que realizan las personas que colaboran con el médico jefe o principal en una intervención, como los anestesistas, enfermeras. etc.
- Actos relacionados con la cirugía estética.
- Actos médicos profilácticos, de prevención, como las vacunas.

Lo más importante en la determinación del acto médico es establecer que este es la intervención del médico en un paciente sea de manera directa, o externa, participación que tiene por objeto la aplicación de la ciencia y la técnica médica, que busca el tratamiento de la salud del paciente, o de un grupo de ellos. Todo ello le atribuye una responsabilidad al galeno, no solo jurídica sino también ética, puesto que de él dependen o podrían depender vidas humanas.

1.2.2. Principios éticos del acto médico

Beneficencia

Se remonta su origen al juramento hipocrático, es el más antiguo de los principios bioéticos de los médicos y su eje primordial es el fundamento del ejercicio de la medicina sobre todo en la cultura occidental. Se persigue el bien del paciente en la realización del acto médico, de cualquiera de las maneras que se ha especificado en las clasificaciones que se han presentado (Corral, 2004, pág. 196). La beneficencia como principio es el axioma que manda a que el médico a través de su diagnóstico, tratamiento, procedimientos médicos y, cuidados posteriores busque el bien del paciente en aplicación de estos elementos de una forma segura, eficiente, y científica.

La naturaleza de la profesión médica se fundamenta en salvar vidas, en mejorar la salud de los seres humanos, lo que implícitamente conlleva el hacer un bien. Mismo que además podría

decirse que tiene dos esferas fundamentales en donde se evidencia, la una, en un ámbito individual, en la relación con el paciente en procurar su bienestar de la salud física así como la prevención; y el otro, con los mismos objetivos pero en un ámbito más amplio, el social, de la comunidad en general, pues con medidas preventivas de salud, con investigaciones científica que aportan a la ciencia, el médico hace un bien general, es decir, a todos.

No maleficencia (“*primun non nocere*”, lo primero es no hacer daño)

Es uno de los principios y reglas de conducta que se aplica al ejercicio profesional, especialmente al ámbito de la medicina que consiste en la obligación de prevenir el daño del paciente, se atribuye este axioma al griego Hipócrates.

Este principio tiene la intención de mantener en recordatorio al médico sobre el daño que puede causar durante el ejercicio de una intervención en el paciente. Se puede manifestar también que este principio no siempre se cumple del todo, pues para la consecución de algún resultado como producto de intervención médica, y no solamente la quirúrgica, siempre puede existir el riesgo de la consumación de efectos colaterales dañosos, que son necesarios para obtener un bien final, el del goce de la salud, o alguna mejora por lo menos, que sin el daño no se podría obtener.

Autonomía o de respeto a los derechos del paciente

Si bien el acto médico, el tratamiento, y la asesoría médica pueden presentar al paciente una opción para que opte por un determinado tratamiento o modo de vida, es el paciente, quien en último término está en la potestad de decidir por sí mismo que medida considerada por el médico adoptar, e incluso desecharla; la autonomía es por consiguiente el respeto a las decisiones del paciente. Corral (2004, pág. 196) conceptúa a este principio como “ el respeto a la libertad de la persona para ordenar sus actos, disponer de sus propiedades y de su persona, de acuerdo con su voluntad, dentro de los límites de la ley natural , sin que su decisión pueda depender de la voluntad de otra persona.”

Justicia

Todas las personas, en este caso, todos los pacientes deben ser tratados de la misma manera, sin el establecimiento de diferencias en el trato y peor aún en la atención médica y el

tratamiento técnico sobre el paciente. Este no debe ser discriminado por razón alguna, como sexo, edad, ideas, creencias, etnias, carencia u opulencia económica., condición social, etc.

El principio de justicia se bifurca en los siguientes aspectos; por un lado, la condición de seres humanos es suficiente fundamento para que todas las personas sean tratadas de la misma manera ya que en virtud de ellos poseen los mismo derechos todos.

Y en una segunda expresión de este derecho, es que los recursos que se destina a la salud, especialmente en la esfera pública deben ser utilizados de manera proporcional entre toda la población. Por lo general los recursos que se destina a esta área siempre son los primeros en ser recortados, o en escasear, de ahí que sea necesario que el destino de los fondos sea distribuido equitativamente entre toda la población.

A más de estos principios, a criterio de la autora, se debe incluir uno que sea atinente a la responsabilidad del médico en ejecutar solo las acciones necesarias, legítimas para el restablecimiento de la salud de los pacientes, o para la prevención de esta, debe existir una honestidad profesional en realizar el acto médico. Se manifiesta esto, en cuestión de que cada vez es más frecuente que los médicos recurran a intervenciones quirúrgicas innecesarias para el tratamiento de pacientes, que no siempre están fundamentadas en la exigencia médica sino más bien en una visión mercantilista y comercial del ejercicio de la medicina. Con ello se encuentra un parámetro importante para determinar si la acción realizada fue necesaria o innecesaria.

Pero no basta con el anunciamiento de principios y valores de los médicos para que estos cumplan con el deber que como médicos tienen con las personas y con la sociedad, más bien estos deben ser una norma de conducta en todo acto médico, la ética debe ser un paradigma a seguir por parte de los galenos, misma que además debe ser impartida en la capacitación sobre la conducta de los profesionales, de los docentes, y de la sociedad en general para que la honestidad sea una norma moral de conducta.

1.3. Elementos de la práctica profesional médica

1.3.1. El deber objetivo del cuidado

Esta figura especialmente aplicada en el ámbito, penal, se refiere a la exigencia que tiene un individuo de tomar las acciones necesarias para proteger los bienes jurídicos de una persona frente a situaciones de riesgo en los que se pueden ver comprometidas la integridad de esos bienes. El deber objetivo de cuidado se relaciona con la diligencia que se espera tome un individuo a tomar las precauciones necesarias frente a actos que entrañan una peligrosidad, para otro u otros bienes jurídicos de terceros.

Para el autor Del Castillo (2007, pág. 62), esta figura “es la cognocidad del peligro, es decir, la posibilidad que contó el sujeto para conocer el peligro concreto que su conducta provocaba, conocimiento al que estaba obligado.” La previsión de que una acción puede eliminar o minimizar la consumación de un daño es lo que pretende la aplicación del deber objetivo del cuidado, como su denominación lo indica, debe existir el compromiso de guardar una racional preocupación por mantener la integridad de las personas o sus bienes frente a hechos que pueden dañarlas. En el caso de la práctica profesional, este deber constituye un compromiso tácito y lógico del profesional con la contraparte que contrata el servicio, pues se espera de este un comportamiento que garantice sus acciones y el resultado de ellas, desde luego respaldadas por el conocimiento técnico de la ciencia o experticia que detenta, así como por la ética deontológica que todo profesional debe poseer.

En el caso de la práctica médica, el deber objetivo del cuidado reviste una especial importancia, por cuanto el bien jurídico en riesgo del paciente, es la integridad física principalmente, y la vida de este en los casos más extremos. La actividad del ejercicio profesional de los galenos está dirigida a atender la salud de los seres humanos, y en ese acto que realiza le médico existe un permanente riesgo, lo que podría tal vez señalarse es que este riesgo puede variar de acuerdo al grado de dificultad y gravedad de la afección que padece el paciente, pero aun así frente a ello, el médico tiene el deber ético de tomar en cuenta los posibles riesgos que ocasiona su intervención, y debe por lo tanto tomar medidas para evitarlas o aminorarlas por lo menos, esto es lo que se denomina como deber objetivo del cuidado, que

cuando no se aplica configura una responsabilidad civil y/o penal, culposa, por la no previsión del riesgo que se corrió y desencadenó el resultado dañoso.

La inobservancia del deber objetivo del cuidado, constituye un elemento que configura una acción de impericia por parte de un individuo, pues quebranta una norma de cuidado, de previsión de resultados cuando realiza su acción,

de modo que la norma de cuidado se convierte en el nervio central del ilícito imprudente, a través de cuya infracción se genera un riesgo típicamente relevante para los bienes jurídicos, infracción que deberá afirmarse , únicamente cuando se haya lesionado el deber objetivo como el deber subjetivo del cuidado. (Del Castillo, 2007, págs. 43,44)

De este concepto se puede colegir algunos aspectos importantes; por un lado que existe una clara diferenciación entre el delito doloso y el imprudente, que no solo se basa en el tipo subjetivo de la acción, es decir entre la existencia del dolo o no, sino que el elemento objetivo también marca esa diferenciación, pues el rompimiento del deber objetivo del cuidado exclusivo de la culpa configura la infracción imprudente, puesto que son acciones las que lo materializan. Por otro lado, el concepto hace mención también a un elemento subjetivo del cuidado, que es el conocimiento por parte del actuante que su acción o inacción (omisión) puede conllevar a un resultado dañoso, o más de un riesgo tolerable, y aun a sabiendas de estos potenciales riesgos, decide en tomar la aventura de realizarlo. Si el elemento objetivo del cuidado constituye la exteriorización del pensamiento humano en la realización de acciones u omisiones; el elemento subjetivo del cuidado, se relaciona con el proceso intelectual, cognitivo del individuo en procesar en su psiquis la valoración o no de los riesgos que implica una acción, o del cuidado a tomarse para no provocar un daño.

Estas consideraciones trasladadas al campo de la mala práctica profesional médica, se estimarían en que el deber objetivo del cuidado constituirían todas las acciones que realiza el médico en el ejercicio de su profesión , en la atención a un paciente , y en la actuación de este en un acto médico, es decir, esta objetividad sería la materialidad de las acciones, la intervenciones, los tratamientos, los medicamentos que prescribe, los cuidados previos, durante y posteriores a intervenciones médicas, y en fin toda acción que se relacione con el ejercicio y aplicación de los conocimientos y técnicas de la profesión médica en un paciente. En tanto que el elemento subjetivo del cuidado estaría constituido, con el proceso mental que

elabora el médico para decidir qué acción materializar. Este proceso cognitivo, es el que realiza el análisis de aplicar o no un procedimiento médico, o de hacer aceptable o no el riesgo que se va a correr al aplicar la atención o el acto médico.

Doctrinariamente, como lo manifiesta Del Catillo (2007, pág. 44), existen diferentes concepciones jurídicas al respecto del deber del cuidado, y su estimación normativa;

- a. Como norma de cuidado, cuando este concepto es traslado al contenido de la legislación estableciéndolo como parte de los tipos penales en donde interviene este elemento, y cuya observancia o no delimita el cometimiento de una infracción penal, como el caso de la mala práctica profesional.
- b. Como deber de cuidado, cuando sin ser una norma establecida en un cuerpo normativo, este es considerado como la conducta que asume en realizar una persona, para no infringir una norma tanto positiva, establecida en la ley, o una norma moral, ética, no necesariamente positivada.
- c. Como regla general de cuidado, derivada de la experiencia de vida de las personas, y que tiene que ver con la conciencia que tienen de que una acción puede acarrear la probabilidad de que un acto lesione un bien jurídico. Un ejemplo típico de este tipo, es la disciplina que se evidencia en el tránsito vehicular.

Este concepto del deber objetivo de cuidado como se ha visto, es esencialmente lógico en su condición, cada persona, por lo menos los capaces mentalmente, poseen un sentido común de guardar una prudencia respecto de las acciones que realiza o piensa efectuar para no causar ni causarse daño, en ningún bien jurídico, sea este personal, o material.

Tener cuidado nace en primer término de la concatenación del pensamiento y la experiencia del ser humano obtenida en la realización de sus actos durante el bagaje de la vida de sí mismo y del acumulado del devenir de histórico de acontecimientos que le han dotado de conocimientos empíricos, y de cómo estos actos dan resultados de manera positiva o causando un perjuicio a otros.

Así, las fuentes de esta forma de regulación del deber objetivo del cuidado sea a través de una norma escrito, o no son;

1. Las leyes, reglamentos, protocolos, normativas que establecen y mandan los cuidados que se ha de observar y cumplir al realizar una acción. Especialmente se han de evidenciar esta forma de disposición del deber objetivo del cuidado, en la ley.
Y en el caso de los galenos estas se hallan enunciadas en protocolos de atención a los pacientes para evitar correr riesgos probables pero evitables o aminorados en un procedimiento médico.
2. De la práctica que se ha evidenciado en la realización y aplicación de algún arte, oficio, o profesión, es en definitiva lo que se ha denominado como *Lex Artis*.
3. De la experiencia, que si bien se ha denominado en el caso del ejercicio de la profesiones como *lex artis*, fuera de este ámbito también se ha dado un bagaje de conocimientos empíricos que las personas han asimilado y que cuya lógica de pensamiento demanda en cumplirlos sin que ello conste en una ley para obviar realizar un hecho dañoso.
4. De los principios deontológicos, que son el conjunto de norma éticas que estiman deberes y principios a tomarse en cuenta en una actuación para lograr el beneficio de otro, en apego a la moral y ética de no causar daño a otro en sus bienes jurídicos o no. Especialmente esta denominación se la aplica en el caso del ejercicio de las profesiones.
(Del Castillo, 2007)

En conclusión se puede manifestar que el deber objetivo del cuidado demanda una aplicación de la lógica y la ética, y ésta en posterior con la técnica y ciencia en el caso de las profesiones, de prevenir daños cuando un individuo decide en realizar una acción o dejar de hacerla, pero ello aplicado a no causar daño o no correr un riesgo irracional para producirlo.

1.3.1.1. La Lex Artis

Esta expresión latina se relaciona con la forma correcta, diligente, habitual con que una persona debe realizar un trabajo o ejercer su profesión u oficio. En el caso de la práctica médica este concepto tiene una especial connotación, por las implicaciones y repercusiones que puede tener un acto médico, sobre todo en la salud, e integridad física de los pacientes.

Lombana (2007, pág. 248), en su obra académica sobre el tema, cita algunos autores para definir el concepto de *lex artis*; así para García Hernández, esta “es la aplicación de las reglas

generales – médicas a casos iguales o parecidos, o la actuación conforme al cuidado objetivamente debido.”

Molina Arruba (2007, pág. 248) manifiesta que “la *lex artis* puede definirse como la serie de las reglas que determinan el correcto modo de conducta profesional del médico frente a la corporeidad de su paciente, dentro del contexto de una determinada situación clínica y de acuerdo con los últimos avances de la ciencia médica.”

La *lex artis* en definitiva se refiere a la apreciación de que la acción realizada por un profesional, artesano, etc., en este caso un médico, se la ha ejecutado de una manera correcta y de acuerdo a las reglas y procedimientos que la técnica y la ciencia lo indican en cada caso, o si no se lo ha hecho de acuerdo a ello (mala praxis).

Así cuando la acción que es realizada por un profesional se halla ajustada a las reglas éticas, técnicas y científicas se habla de una buena práctica profesional, en contrario si no ocurre lo señalado se está ante un caso de mala praxis.

En caso de los profesionales de la salud, la *lex artis* supone:

1. Utilizar cuantos medios conozca la ciencia médica y estén a su disposición en el lugar donde se produce el tratamiento, realizando las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales.
2. Informar al paciente del diagnóstico de la enfermedad y del pronóstico.
3. Continuar el tratamiento al enfermo hasta que pueda ser dado de alta advirtiéndolo de los riesgos de abandono del tratamiento. (Bandrés & Delgado, 2010, pág. 176)

La *lex artis* abarca un abanico de reglas y protocolos que se han de seguir para propender al éxito del tratamiento de un paciente, y se dice que abarca muchos aspectos, porque la profesión de la medicina, en si implica un amplia gama de factores que se relacionan con el acto médico, e incluso en acciones exógenas a este.

La tratadista Araujo (2015, pág. 82) manifiesta que el propósito de la *lex artis* es “estandarizar procedimientos y adecuarlos, para evitar tratamientos que puedan ser antojadizos, erróneos, arbitrarios, o intervenciones quirúrgicas practicadas sin necesidad ante un método alternativo menos riesgoso y más eficaz.”

Al existir una estandarización de procedimientos para los actos que se realizan en el ejercicio de una profesión, se evita la discrecionalidad del facultativo, pues este debe ajustar sus actos a la *lex artis* y evitar así posibles imputaciones de responsabilidad legal, pues el quebrantamiento o la inobservancia de ella, como se ha visto, es una de las causales para la configuración y atribución de mala práctica profesional.

Hay que señalar que la *lex artis* no es lo mismo que la técnica científica, de la medicina en este caso, pues la inobservancia de la *lex artis* en casos de medicina pueden no ser perjudiciales para al paciente, pero en una falla en la aplicación de la técnica, no solo que ello denotaría una negligencia en el profesional que la aplica, sino que los resultados de esta acción pueden producir en muchos casos consecuencias perjudiciales para el paciente.

Donna (2012) explica la diferencia sustancial que existe entre la falla en el cumplimiento de la *lex artis* y el fallo técnico, indicando que este último, “supone un defecto en la aplicación de métodos, técnicas o procedimientos en las distintas fases de actuación del profesional sanitario o paramédico (exploración, diagnóstico, indicación, realización del tratamiento).” (pág. 250)

La infracción de la *lex artis* no siempre presupone una infracción de la técnica médica, incluso ni del deber objetivo del cuidado, pero si puede ser frecuentemente el indicio de ello, y en muchos casos además se encuentren relacionados estos aspectos en la configuración de una mala práctica profesional.

1.3.1.1.1 La *Lex Artis ad hoc*

El criterio valorativo de la correcta aplicación de la ciencia, protocolos y procedimientos de un acto médico y en su caso con la valoración incluso de los factores exógenos que pueden influenciar en ello ha sido denominado como *lex artis ad hoc*. Este concepto podría decirse que es una especificación de la *lex artis* aplicado específicamente al caso de los profesionales de la salud.

Este concepto de *lex artis ad hoc*, engloba la manera de proceder en un acto médico por parte de ese profesional teniendo en cuenta las particularidades propias de cada paciente y de cada acto médico además. La autora Araujo (2015, pág. 83) respecto de esto manifiesta que, una de

las falencias que evidencia la tipificación de la mala práctica profesional como delito, es el no contemplar “en sus parámetros de análisis la respuesta del paciente ni mucho menos todo el historial médico;(…)” del mismo, por cuanto estos son factores que también pueden influir en un resultado, si bien el médico tiene el deber de realizarlo y de medir el grado de las consecuencias de su accionar en cada caso, no es menos cierto que tampoco, y por más experto que sea el galeno, no puede garantizar el resultado exitoso de su intervención. Es decir, que la *lex artis ad hoc* en el caso de la legislación penal ecuatoriana, se encuentra mutilada, incompleta en su consideración, pues solo contempla a la parte de la intervención médica como elemento constitutivo.

La norma penal, que tipifica del delito del homicidio culposo por mala práctica profesional, no contempla a los elementos exógenos y de los otros factores ajenos al médico que pueden producir un resultado perjudicial para el paciente, sino que se circunscribe a nombrar a las acciones ilegítimas, innecesarias y peligrosas, realizadas por el médico como las únicas formas de producir resultados perjudiciales de una acción médica en un paciente.

La *lex artis ad hoc* que se relaciona a la correcta aplicación de las técnicas, protocolos y demás deberes propios que debe tomar en cuenta el médico en la realización de su intervención en un paciente, de manera que se propenda a un éxito del mismo, no puede estar relacionada siempre con el resultado exitoso del acto médico que se aplica, como se ha dicho, esta acción está sujeta a distintos y diversos factores para el resultado exitoso de la intervención. La *lex artis* y la *ad hoc* específicamente que se relaciona con los profesionales de la salud, lógicamente que representan un límite para la realización de acciones peligrosas, innecesarias o ilegítimas en el paciente, sin embargo de ello, cada caso en particular de una dolencia en su salud de un paciente puede ser interpretada y valorada de distinta forma por el médico, y si bien este se encuentra en la obligación de realizar intervenciones en el cuerpo del paciente para restablecer su salud, el acto médico en sí mismo es peligroso, puesto que entraña un riesgo.

La realización de un acto médico en un paciente puede ser interpretada como una acción peligrosa en todo caso prácticamente, y de ello se pueden deducir que también fueron innecesarias e ilegítimas las acciones; más, para valorar ello justamente en el caso de una

imputación de un delito de esta naturaleza se ha de apreciar cada caso en particular para determinar una posible responsabilidad.

Lo que se quiere evidenciar en definitiva es que el cumplimiento de la *lex artis ad hoc*, no necesariamente elimina el riesgo, ni el peligro de la realización de un acto médico, y por lo tanto al no hacerlo se puede incluso llegar a relacionar ello con lo innecesario o ilegítimo de un acto. Ello además dependerá, del resultado de la intervención, es obvio suponer que en un resultado exitoso no ocurrirá, mientras que en un resultado perjudicial se pretenderá imputar responsabilidad y el cometimiento de delito al profesional que intervino y ejecutó el acto.

Esta diferenciación y particularización de valorar cada acto de forma diferenciada, así como la no existencia en la ley de la definición de las acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas dificulta el correcto entendimiento y aplicación de la norma jurídica en el caso de imputaciones de responsabilidad penal en el caso del artículo 146 del COIP.

1.3.2. El riesgo permitido

El concepto de “riesgo permitido” nace de la doctrina jurídica alemana a mediados del siglo XIX, por las condiciones históricas de la época, en pleno desarrollo de la era industrial (Reyes Veliz, 2012), pues muchos de los avances tecnológicos de la época, la producción de ellos, implicaba un riesgo más elevado para las personas que hasta antes de ese boom industrial. Por ejemplo, el hecho de que un vehículo motorizado pueda transitar por las calles implica un riesgo para los demás, pero por ello no se puede eliminar o coartar su utilización, sino que es necesario reglamentar el uso de este automotor para minimizar las posibilidades de peligro para los demás. En consecuencia de lo dicho, el riesgo permitido es una tolerancia social de un cierto grado de riesgo, de peligro para los bienes jurídicos que la ley protege. (Bacigalupo, 1994, pág. 215)

Toda actividad humana conlleva implícita la posibilidad de causar un efecto perjudicial en distintos ámbitos y a distintas personas y demás seres que lo rodean y que forman parte de su entorno. Pero esta naturaleza riesgosa de toda actividad humana, debe ser limitada, puesto que si no se acepta esta posibilidad, en procura de una garantía de seguridad, se coartaría prácticamente la realización de toda actividad, y más aún la de un profesional de la salud, que

como se ha dicho, que per sé la naturaleza de la profesión trata con la salud, la integridad física, incluso la vida de la personas, así el riesgo es permanente e inevitable.

Aceptar un nivel de riesgo, sin que esto implique la producción de un resultado perjudicial para otra persona, es limitar el eventual resultado perjudicial y permitir correr un cierto nivel de riesgo con la expectativa de lograr un resultado beneficioso, por lo menos dentro de lo esperado por las circunstancias propias de lo que implica tratar con la ciencia médica en pacientes, y por circunstancias ajenas a este. El riesgo permitido se conceptúa entonces como “aquellos incidentes que fundamentan causas de restricción del ámbito de la antijuricidad.” (Henaó & Balmaceda, 2006, pág. 223)

Araujo (2015, pág. 355) manifiesta que el riesgo permitido implica también una relación con el principio de confianza, por la implicación de que para que se permita a una persona consentir un riesgo esta debe confiar en que la acción a realizarse va más bien a resultar beneficiosa antes que perjudicial. Y otra forma de la manifestación de este principio de confianza a que hace referencia la autora, es que en el caso médico, el profesional de la salud trabaja en equipo, con un grupo de personas en las que mutuamente se depositan la confianza en cumplir las disposiciones que se imparten entre ellos para tratar a un paciente. Es decir, cada miembro del equipo médico tiene la confianza en el otro, y el paciente en todos quienes le asisten en su tratamiento.

La autora citada (2015, pág. 356) manifiesta la prerrogativa del riesgo permitido, en el caso de la legislación nuestra estaría circunscrita al numeral segundo del artículo 146 de la ley penal, indicando que este se “traduce en la inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.”. Es decir que según el texto indicado la inobservancia a los parámetros que nombra el texto citado genera un riesgo no permitido por la ley, incrementando de esa manera los riesgos en la atención del paciente, y por consiguiente, según se entiende, nace la posibilidad de atribución del cometimiento de un delito.

Puede también decirse que la inobservancia al deber objetivo del cuidado crea un riesgo no permitido que pone en peligro al paciente, lo que se puede considerar como un parámetro para determinar que el médico estaría realizando una acción peligrosa según se considera en la

forma agravante del delito de mala práctica profesional, por lo menos eso se entendería y por lo tanto se crean las condiciones para un desenlace legal como el ya indicado.

La realización de las acciones que implican un riesgo se hallan permitidas hasta el punto que no comprometan un empeoramiento del estado o muerte del sujeto pasivo, en el caso médico del paciente; el riesgo de realizar un acto médico en este sentido, entraña necesariamente un peligro, pero al sobrepasar esa permisividad además de una acción peligrosa, se pueden potencialmente tornar en acciones innecesarias e ilegítimas, puesto que se las realiza incumpliendo el proteger al paciente irrespetando la delgada línea divisoria del deber profesional, del riesgo permitido y del resultado perjudicial posible en el paciente. El riesgo permitido podría decirse que junto a la observación del deber objetivo del cuidado, constituyen límites a la realización de actos médicos peligrosos, innecesario, e ilegítimos.

1.4. Derecho comparado: La práctica médica en la legislación colombiana y argentina.

Las legislaciones en estos dos países sobre la tipificación del delito de la mala práctica profesional, aplicada al caso médico especialmente, y la atribución de la responsabilidad son diferentes, por un lado en la legislación colombiana, el médico solo es responsable de medio, es decir, que solo garantiza que en su acto realizará el procedimiento más adecuado para el caso sin que ello implique la garantía exitosa del procedimiento o el resultado esperado por el paciente. En tanto en la ley Argentina, existe una consideración de atribuir responsabilidad penal al médico, como el Ecuador, al médico que realizase acciones que puedan encajar con el tipo penal tipificado es atribuible de responsabilidad penal. Incluso la Ley del país austral, en casos es más severa que la ley ecuatoriana, por ejemplo en el hecho de sancionar de forma más severa en algunos casos.

En el estudio de las legislaciones mencionadas se pretende establecer si existe alguna consideración sobre las acciones peligrosas, ilegítimas e innecesarias como elementos de la mala práctica profesional, y médica especialmente, y de ser así, como estas son valoradas para la atribución de responsabilidad al galeno. En virtud de ello, es que se han escogido estas dos legislaciones para compararlas y lograr encontrar puntos de equilibrio que deben considerarse en el tratamiento jurídico de la responsabilidad penal de la práctica profesional médica aplicadas al caso del Ecuador.

1.4.1. La mala práctica médica en legislación de Colombia

En Colombia la responsabilidad médica es de medio y no de resultado, se entiende esto como el hecho de que en una relación médico paciente, el profesional de la salud no se encuentra obligado a garantizar el éxito del tratamiento, o de cumplir y replicar las aspiraciones del paciente en torno a la salud y las pretensiones de este en ese ámbito; la garantía del médico se circunscribe especial y únicamente a otorgar el tratamiento, y la intervención en las que, según sus conocimientos científicos mejor pueda procurar y lograr el beneficio del paciente, haciendo todo lo posible en gestionar un resultado lo más satisfactorio posible del proceso médico, del acto médico, para el mejoramiento de la salud o la minimización de los efectos de la enfermedad o de cualquier patología médica que aqueja al paciente. (Ruiz, 2011, pág. 200)

En la legislación colombiana, la relación que se establece entre el paciente y el médico es por una prestación de servicios profesionales en beneficio de la salud, del físico del paciente, esta relación puede ser contractual, cuando media la firma de un documento en que se estipulan las cláusulas, las reglas de la relación; así como puede ser también extracontractual, es decir, cuando no hay de por medio la realización de un contrato expreso, de una convención formal estipulada en un documento.

Lo que se busca establecer al expresar lo manifestado es que de por medio en la relación entre el médico y el paciente existe una voluntad mutua en efectuar el acto médico, de consumir la prestación del servicio. Así el paciente asiente en ponerse en las manos del médico que ha escogido por las distintas razones que este pudiere tener para ello; y el médico por su parte se compromete en realizar la prestación del servicio o la realización de la intervención o tratamiento científico que el paciente ha requerido en realizarse.

Desde la perspectiva en que la legislación colombiana trata la mala práctica médica, esta es una acción de impericia, negligencia o de indolencia profesional, en donde el profesional de la salud, produce un efecto que no quiso voluntariamente realizarlo, pero que pese a ello, por la naturaleza propia del acto médico las consecuencias directas y/o colaterales eran previsibles, es decir, existe el potencial efecto de un resultado perjudicial para el paciente per se la acción médica implica.

Desde luego que en base a lo mencionado el profesional de la salud debe guardar todas las medidas necesarias para aminorar esa potencialidad y el acaecimiento de un prejuicio que puede ser el resultado de la omisión de la toma de esas medidas. Así, la imprudencia que se configura en este contexto, es la falta de aplicación y de observación de todas las medidas para mermar o en lo posible evitar daños en el paciente.

Manifiesta Wilson Ruiz (2011, pág. 202) que la jurisprudencia colombiana en este ámbito de la responsabilidad de los médicos por mala práctica, ha superado el encasillamiento sobre que el tratamiento médico debe buscar siempre la cura del paciente, sino que existen otros niveles de tratamiento médico que no necesariamente implican aquello, sino que también este puede verse limitado a procurar un bienestar o alivio de las afecciones del paciente.

Otro de los elementos que intervienen en la acción del ejercicio del médico, y que toma en cuenta la legislación colombiana, es la institución en donde se realizan los procedimientos e intervenciones médicas, mismas que también no solo guardan una relación en el cuidado y la intervención del paciente, sino que también pueden constituirse en corresponsables de los efectos benéficos o perjudiciales que se den en el paciente. Deben estas instituciones por lo tanto mantener un celoso cuidado de las instalaciones, del equipamiento, de la higiene de la infraestructura en donde se realiza la atención, las intervenciones y los cuidados de los pacientes, y demás aspectos que se relacionan con el cuidado externo de la persona que ha recibido un procedimiento o intervención médica.

De la misma manera que en el caso de los médicos, las instituciones de salud tienen una responsabilidad de medios y no de resultados. Una casa de salud a pesar de cumplir con todas las normativas técnicas que la ley exige sobre su infraestructura, no puede garantizar el resultado exitoso de un procedimiento médico, pues al igual que en el casos antes explicado, existen factores ajenos que escapan de la esfera institucional, y por lo tanto no se puede atribuir responsabilidad en este sentido a una institución hospitalaria.

Desde el punto de vista administrativo en la legislación colombiana, en el Código Disciplinario denominado como Ley 734 de 2002, se establecen las acciones sancionadas por el cumplimiento de los deberes de los funcionarios públicos entre los que se cuentan a los médicos que laboran en esta área del Estado. La mencionada ley divide a las faltas

administrativas en leves, grave y gravísimas. La Procuraduría del Estado es la encargada de la imposición de la sanción a los funcionarios públicos, mismas que puede abarcar desde la amonestación hasta la destitución de su cargo al médico, que ha incurrido en una acción sancionada por la ley administrativa.

En el ámbito penal, la legislación colombiana adecua a la mala práctica a conductas antijurídicas, que se encuentra establecidas en el Código Penal del país, entre los artículos 111 al 116 del código, mismos que se mencionan a continuación, con la finalidad de poder apreciar como es tratado penalmente el caso de mala práctica médica, aunque no sea con esta denominación precisamente, pero cuyos efectos pueden ser asimilados a los resultados que establecen los artículos de la mencionada ley.

El artículo 111 sobre Lesiones indica que; “El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes.” (Código Penal Colombiano, 2000). Los artículos 112, 113 y 114 desarrollan su contenido en cuanto al ocasionamiento culposo de una incapacidad para trabajar o enfermedad, de ocasionar en una persona una deformidad, pasajera o permanente (113); de ocasionar alguna clase de perturbación sea esta física o psicológica en una persona (114), y sobre la pérdida anatómica o funcional de algún órgano del cuerpo de una persona (116). (Código Penal Colombiano, 2000)

Cada uno de estos tipos penales presentados en la ley colombiana tiene una sanción que va siendo más drástica gradualmente en cada caso de acuerdo a la gravedad del mal causado en la víctima, mismas que van desde prisión de 90 días y multas cuantificadas en salario mínimos vitales.

La legislación colombiana no hace referencia exclusivamente a la mala práctica médica como causa de los efectos lesivos de una persona en los diferentes grados que se establecen, sino que la ley los establece para cualquier caso de lesiones corporales o de daños en la integridad física de las personas. Las normas penales se refieren en todo estos casos a lesiones culposas, que es el caso de los médicos y su ejercicio profesional.

Las consecuencias de las intervenciones médicas lógicamente que pueden tener las consecuencias dañosas que nombra el articulado de la ley penal, pero también es que estos resultados perjudiciales pueden ser causados bajo otras circunstancias no necesariamente

relacionadas con la praxis médica. La ley colombiana abarca de manera general a los perjuicios que pueden sufrir las personas sean de cualquier origen, y de ahí se deriva la sanción, tanto privativa de la libertad, como pecuniaria.

El artículo 115 del código penal colombiano, incluso toma en consideración el daño psicológico que se puede causar en la víctima como consecuencia de los daños físicos o como consecuencia de alguna causa no solo médica.

Es interesante mencionar además que el artículo 113 sobre los casos de causar deformidad en una persona como consecuencia de una acción culposa, y cuando esta es en el rostro la sanción se incrementa. Interesante por cuanto la apariencia física, y el rostro como principal elemento de ello, es la “carta de presentación” de una persona, y por lo tanto sufrir una lesión en esta zona tienen consecuencias no solo físicas sino que implica graves secuelas psicológicas. Este caso podría ser aplicado al caso médico, especialmente en lo referente a las intervenciones quirúrgicas estéticas, que se realizan en el rostro de las personas, por las consecuencias particulares que como se dijo acarrea este tipo de lesiones.

Podría manifestarse que Colombia no sanciona la mala praxis médica como tipo penal exclusivo y aparte, sino que lo realiza a toda acción culposa que acarree lesiones físicas y/o psicológicas a una persona.

Otra normativa que también regula la actividad médica en el caso de la legislación colombiana es la Ley 23 de 1981, sobre la ética médica, que contiene una serie de principios que los galenos deben observar en el cumplimiento de su profesión. En esta normativa se establece una regulación ética sobre las relaciones que mantienen los médicos con los distintos estamentos propios del ejercicio de su profesión como, pacientes, colegas, instituciones de salud, etc. En la ley 23 se instituye la creación de un tribunal que sanciona el incumplimiento ético de los médicos y las penas que se aplican en estos casos. El artículo 83 enumera las sanciones que son susceptibles de aplicarse por parte de este organismo en los casos que amerite un mal ejercicio profesional, así;

A juicio del Tribunal Ético Profesional, contra las faltas a la ética médica, de acuerdo con su gravedad o con la renuncia en ellas, proceden las siguientes sanciones:

- a) Amonestación privada;
- b) Censura, que podrá ser:

1. Escrita pero privada.
2. Escrita y pública.
3. Verbal y pública.
- c) Suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por seis meses;
- d) Suspensión en el ejercicio de la medicina, hasta por cinco años. (Ley 23 de 1981 sobre Ética Médica, 1981)

El proceso disciplinario se lo instaura en los casos que señala el artículo y que manifiesta que este procede en los casos:

- a) De oficio, cuando por conocimiento cualquiera de los miembros del Tribunal se consideren violadas las normas de la presente ley.
 - b) Por solicitud de una entidad pública o privada o de cualquier persona.
- En todo caso deberá presentarse por lo menos, una prueba sumaria del acto que se considere reñido con la Ética Médica. (Ley 23 de 1981 sobre Ética Médica, 1981)

Se evidencia en el caso de la legislación colombiana, es que también a más de la normativa civil y penal que puede aplicarse en los casos de una mala práctica médica existen otros estamentos por cuales se pueden poner en conocimiento de estos casos. En el Ecuador existe una similar situación, pues las denuncias por una deficiente atención médica o por mala práctica pueden ser también presentadas en el Ministerio de Salud, para un proceso administrativo de parte de esta cartera de Estado.

En lo referente a la Responsabilidad penal además de los artículos y tipos penales que se han mencionado ya, el artículo 21 del Código Penal colombiano señala la tipificación de la conducta punible, que puede ser aplicada al caso de las consecuencias de la mala práctica médica.

El artículo en mención señala: “Modalidades de la conducta punible. La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintencional sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley.” (Ley 599 de 2000, 2000)

El médico, en el caso de la legislación colombiana, tendría responsabilidad en casos de mala práctica médica cuando su conducta se adecua a lo que estipula el artículo 25 del Código penal colombiano que manifiesta:

Artículo 25. Acción y omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales. (Código Penal Colombiano, 2000)

La legislación colombiana en el artículo 32 por su parte, emite los casos en que se deslinda de responsabilidad a una persona respecto de un resultado dañoso, como, pueden ser;

[...]

2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.
3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.
7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.
10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.
11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente. (Congreso de la República de Colombia, 2000)

Y en otros hechos como en los casos de hechos fortuitos, consentimiento del sujeto pasivo; que el resultado se dé a pesar del cumplimiento legal; que se realice la acción en ejercicio de un derecho; por necesidad inminente; entre otras razones estas las principales.

Estas circunstancias eximentes de responsabilidad penal bien en algunos casos pueden ser aplicados al caso de la práctica médica, como los numerales 2,3, 7 10, 11 y 12 que se ha resumido anteriormente, que tratan sobre los casos de error involuntario y/o invencible. Situación que en el caso del ejercicio médico es muy posible el acontecimiento de errores involuntarios que causan daño a los pacientes.

En definitiva lo que se ha podido apreciar de lo expuesto es que en el caso colombiano, la legislación en el caso de la mala práctica médica se aplica a normativas que tratan generalmente sobre este tipo de casos y no exclusivamente existe una normativa particular dedicada a la mala praxis médica.

A criterio de la autora de la presente investigación, la responsabilidad médica en su consideración en la legislación colombiana es de medio y no de resultado, como ya se ha explicado y se ha evidenciado. En el caso de las normativas colombianas, ello que garantiza un ejercicio profesional más distendido en el caso colombiano.

En relación a una rápida comparación con la legislación ecuatoriana, se puede manifestar que en el país en cambio, el médico en la realización de un acto médico está prácticamente coaccionado a una garantía de resultado y no solo de medio. El galeno debe obtener un resultado exitoso de su intervención pues de lo contrario estaría en el riesgo de ser atribuido de responsabilidad penal, imputándole una inobservancia del deber objetivo del cuidado y en el caso agravado atribuyéndoles las acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas por no haber logrado el resultado beneficioso o esperado por el paciente o sus familiares. Ello a su vez ha producido una inseguridad e intranquilidad en el ejercicio médico de los profesionales en el Ecuador.

Luego de la revisión y análisis de la legislación colombiana respecto de su tratamiento legal y jurídico de la mala práctica médica, se puede concluir que; en primer lugar la estimación de la garantía respecto de la práctica profesional del médico es de medio y no de resultado, lo que resulta plenamente lógico y justificado desde el punto de vista tanto normativo como desde la

ciencia médica, pues existen una serie de factores ajenos al acto médico exitoso, que pueden causar un resultado final perjudicial para el paciente.

En segundo término, con respecto a las acciones peligrosas, ilegítimas e innecesarias, en ninguna parte de la legislación analizada son nombradas como elementos del tipo penal o como agravantes del mismo. Estos términos en esta comparación son solo nombrados en la legislación ecuatoriana como agravantes del tipo penal de mala práctica profesional, por lo que no se tiene en este sentido un aporte para determinar en qué basó la concepción de las acciones antedichas como agravantes del delito de homicidio culposo por mala práctica profesional.

1.4.2. La mala práctica médica en la legislación Argentina.

El Código Penal argentino tipifica la mala práctica profesional de modo específico, a través de los delitos de homicidio culposo en el artículo 84 del Código Penal; y de lesiones culposas en el artículo 94 del mismo cuerpo legal.

De la tipificación de la mala práctica profesional, se derivan sanciones a quienes resulten declarados culpables, con penas de prisión (Privativas de la libertad) y de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o de la actividad que por su ejercicio, haya sido generadora de la muerte o de la lesión de una persona. A continuación una exposición y breve análisis del contenido de las normas penales que se relacionan al caso investigado como comparación con la legislación ecuatoriana, que en el caso argentino es muy parecida.

En el Libro segundo, de los delitos contra las personas, delitos contra la vida se estipula:

Artículo 84. - Será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte.

El mínimo de la pena se elevará a dos años si fueren más de una las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor. (Ley 11.179 Código Penal de la Nación Argentina, 2014)

El artículo citado, en su primer inciso, podría decirse que incluso guarda cierta similitud con la legislación ecuatoriana en torno a la tipificación de la mala práctica profesional, debido a que las normas se refieren a todo ejercicio profesional, y no solo al área médica.

Por otro lado, para la configuración del tipo penal, en el caso argentino, estima tres elementos concurrentes de la acción del profesional, que son la imprudencia, la negligencia y la impericia, para la tipificación del delito. Se diferencia con Ecuador ya que en el caso de nuestra legislación, lo que se nombra es la infracción del deber objetivo del cuidado, sin embargo se puede decir que la imprudencia, negligencia e impericia que nombra la normativa argentina son parte de la infracción del deber objetivo del cuidado, puesto que los elementos del delito culposo en la legislación argentina son la negligencia, impericia e imprudencia, confluyen en la inobservancia del deber objetivo del cuidado que en cambio contempla la legislación ecuatoriana.

Las acciones peligrosas, ilegítimas e innecesarias de que habla el COIP, el Código Penal argentino no las nombra tampoco en ninguna parte del mismo, situación por la cual no se puede establecer una relación, ni semejanza a este respecto. Además se puede apreciar que solo en caso ecuatoriano se menciona a las acciones peligrosas, ilegítimas e innecesarias como elementos constitutivos y agravantes de la mala práctica profesional. Parecería ser entonces que esta conceptualización es exclusivamente de la legislación ecuatoriana.

En el caso de la legislación ecuatoriana la realización de acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas no solo que son elementos del delito de homicidio culposo por mala práctica médica sino que son circunstancias agravantes del tipo penal, en consecuencia se podría establecer esta gradación para particularizar la diferencia tanto en conceptos como en la valoración del tipo penal.

En el segundo acápite del mismo inciso se hace referencia a la inobservancia de los reglamentos, y de los deberes a cargo que tiene el profesional para evitar el resultado dañoso, es decir, esto constituye un infracción al deber objetivo del cuidado.

El artículo determina también la sanción que se aplica en los casos en que confluyendo los elementos mencionados causan la muerte de una persona. Se puede entender que para que se

configure el tipo penal de que trata, deben reunirse todos los elementos que se han expresado y que cause necesariamente un desenlace fatal en este caso.

El artículo 84 estima, que a más de la sanción privativa de la libertad al infractor profesional que incurra en este tipo penal, se le impone una sanción limitando el ejercicio del oficio y profesión del infractor, situación que además, se puede decir, es muy similar al caso del artículo 146 del código penal ecuatoriano. Incluso la sanción es análoga a la que contiene el COIP.

Innova el artículo del código argentino en relación con el ecuatoriano, el hecho de establecer un incremento de la pena privativa de la libertad en el caso de que las víctimas fueren más de una, situación que el COIP no se ha contemplado.

En lo referente a las lesiones, el Capítulo II del código penal argentino, expresa;

Artículo 94. - Se impondrá prisión de un mes a tres años o multa de mil a quince mil pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años, el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud.

Si las lesiones fueran de las descritas en los artículos 90 ó 91 y concurriera alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del artículo 84, el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo, será de seis meses o multa de tres mil pesos e inhabilitación especial por dieciocho meses. (Congreso de la Nación Argentina, 2014)

En el artículo 94 en cambio, se realiza la tipificación de la mala práctica profesional pero esta como resultado de un hecho dañoso sin causar la muerte de la persona, sino que el efecto perjudicial se manifiesta en distintos grados de daños causados en la salud o en el cuerpo del paciente.

En este acápite del artículo parecería que se produce una separación entre los elementos que demanda se realicen conjuntamente en el artículo antes analizado. Es decir si por cualquiera de ellas resultare un perjuicio para la víctima este hecho será susceptible de ser sancionado bajo lo tipificado en este código.

Las lesiones en el cuerpo de que expresa el artículo y que se han estipulado en los artículos 90 y 91 se refieren respectivamente a las siguientes:

Artículo 90 (...) Si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro.

Artículo 91(...) Si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir. (Congreso de la Nación Argentina, 2014)

Estas lesiones corporales causadas por una mala práctica profesional médica para el caso que interesa especialmente, son susceptibles de sanción, igualmente de pena privativa de libertad, de 1 a 6 años en el primer caso y de 3 a 10 años en el segundo caso.

Las lesiones físicas, se relacionan análogamente con el contenido del artículo 152 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, en que se estipulan en cinco numerales los casos de lesiones y sus penas respectivas, que en el caso más grave de privación de la libertad de 7 años.

De las legislaciones comparadas, se puede deducir que en el caso ecuatoriano, se pretende atribuir responsabilidad penal al médico haciéndolo que ofrezca una garantía de resultado, misma que al no cumplirse puede configurar el cometimiento de un delito culposo por mala práctica médica.

En lo referente a la tipificación del homicidio culposo por mala práctica profesional, tanto la legislación colombiana y argentina estiman como elementos de ella, a la impericia, negligencia e imprudencia, que en el caso ecuatoriano, se computan dentro de una sola denominación, que es la infracción del deber objetivo del cuidado y cuya transgresión constituye uno de los elementos para configurar el tipo penal del homicidio culposo en la mala práctica profesional.

En lo referente a las acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas, solo son consideradas en la legislación ecuatoriana, ninguna de las otras estudiadas hace mención de estas. Se podría pensar que la innovación pretendida por el legislador al incluir estos términos en la tipificación agravada del artículo 146 del COIP, fue el de conformar otro subtipo penal, para el caso de la mala práctica profesional, pero especialmente direccionada al caso médico, como

consecuencia de los casos de mala práctica de médicos que se acontecieron en el país, fundados en hechos mediáticos que causaron presión ciudadana, a lo que se puede añadir casos en los que los médicos, realizan intervenciones innecesarias con el propósito de obtener mayores honorarios, como es el caso del alto número de cesáreas que se practican en los nacimientos frente a un cada vez menor número de partos normales. (El Comercio, 2015)

Por otro lado hay que mencionar que, el tipo penal agravado del homicidio culposo por mala práctica profesional en una aplicación de lo que establece la norma, deben concurrir todos los elementos agravantes y configurativos del delito para ajustarse al tipo penal. Es decir, para el tipo penal agravado deben reunirse los elementos de la inobservancia del deber objetivo del cuidado, que son cuatro (numerales 1, 2,3 y 4 sobre la determinación de la infracción del deber objetivo del cuidado), más las realización de las acciones peligrosas, innecesaria e ilegítimas en cada caso.

CAPÍTULO II

La Mala Práctica Médica Profesional en el Código Orgánico Integral Penal

2.1. Antecedentes de la normativa sobre la mala práctica profesional en la legislación penal ecuatoriana

Código Penal (vigencia 1938-2014)

La legislación penal que estuviere vigente hasta antes de la aprobación y promulgación del Código Orgánico Integral Penal (COIP), databa del año 1938, y la última reforma a este cuerpo legal fue realizada en el año 1971.

En el caso que interesa, la antepuesta ley penal no contenía la tipificación exclusivamente sobre la mala práctica profesional como delito. Cuando ocurrían hechos como este o se presumía aquello, se realizaba el inicio de un proceso penal mediante la invocación de los artículos que trataban sobre el homicidio inintencional, conforme a los artículos 459 y 460 de aquel código, mismo que en su contenido literal manifestaban respectivamente lo siguiente;

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.

Art. 460.- El que inintencionalmente hubiere causado la muerte de otra persona, si el acto no estuviere más severamente reprimido, será penado con prisión de tres meses a dos años y multa de ocho a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América. (Código Penal, 2014)

Se puede advertir que la ley penal anterior tipificaba al homicidio culposo, es decir, aquel que cuyo resultado fatal devenía de una acción causada sin intención del hechor, pero que por este actuar con falta de diligencia, cuidado y previsión causaba la muerte de otro individuo. La sanción, como se expresó también puede considerarse como menos rigurosa (3 meses a 2 años) que la actual, en este caso (3 a 5 años), pues estima un máximo de dos años para este caso. Este tipo de infracción era a la que recurría alguno de los perjudicados o sus deudos para perseguir y sancionar la mala práctica profesional, la médica especialmente, que por sus características reviste un mayor grado de realización de este tipo de acciones.

Otro artículo de la legislación anterior relacionado con acciones de resultado dañoso y podría decirse de mala práctica profesional en el campo médico es el 436, en que se mencionaba:

Los médicos, boticarios, o cualquier persona que, por falta de precaución o de cuidado, recetaren, despacharen o suministraren medicamentos que comprometan gravemente la salud, serán reprimidos con prisión de seis meses a un año; si hubieren causado enfermedad que parezca o fuere incurable, la prisión será de uno a tres años; y en caso de haber producido la muerte, la prisión será de tres a cinco años. (Código Penal, 2014)

Como puede verse, en el caso de este tipo de sanción (3 a 5 años) es más severa que la establecida en el caso del homicidio inintencional (art. 460) que era de hasta 2 años de privación de la libertad; lo que constituía una incongruencia de fondo en sancionar tipos penales similares pero con una muy distinta pena, por el hecho de ser profesionales de la salud los implicados en el daño o muerte de una persona parecería fue la intención del legislador penal en esta tipificación.

Hay que mencionar finalmente que la estructura doctrinaria del Código Penal anterior era casualista, es decir, que “la infracción penal se adecuaba simplemente a los actos imputables y sancionados por la leyes penales (artículo 10 del Código Penal) y no aplicar la infracción penal adecuada a la conducta típica, antijurídica y culpable (artículo 18 COIP) del nuevo modelo funcionalista. (Cornejo, 2015). Dicho en otras palabras, la corriente casualista del antiguo código, concibe que todo delito es realizado en base a una voluntad o acto de una persona, lo que produce el efecto, y que la sanción se aplica en función del perjuicio causado, y no de la finalidad que se concibió para realizarlo.

En tanto que para el finalismo, la voluntad de las personas en la realización de un acto delictivo es el elemento esencial del delito, y por lo tanto debe este ser valorado para determinar la responsabilidad del infractor. El pensamiento finalista del delito atribuye un valor también al reproche que sobre el infractor realiza la sociedad en consideración de su voluntad de realizar el delito sea de manera intencionada, como en el caso del dolo, o de manera inintencionada como en el caso de la culpa. (Zambrano Pasquel, 2014)

Hay también que señalar que dentro de la doctrina causalista, el delito es concebido como una relación inequívoca de la causa y el efecto, y por lo tanto hay una relativa sencillez en la apreciación de la acción y la atribución de la culpabilidad a una persona, puesto que el

resultado prevé una acción que la efectuó, es decir solo se busca determinar la culpa y el grado de esta.

En la corriente finalista, en cambio la culpabilidad, es el elemento primordial del delito, puesto que ella se adecua a la conducta típica y antijurídica que decide adoptar el sujeto activo del delito.

2.1.1. La Constitución y el COIP en el caso de la práctica médica

Siendo garantista la concepción doctrinaria jurídica de la Constitución ecuatoriana vigente desde el 2008, en el contenido de ésta en lo referente al ámbito de la salud, y sobre la actividad médica expresa, en el artículo 54 de su texto que:

Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore.

Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas. (Constitución del Ecuador, 2008)

En el párrafo inicial del artículo constitucional se determina que la responsabilidad en la deficiencia de calidad de prestación de servicios puede ser civil y/o penal; se determina entonces claramente los ámbitos de responsabilidad, especialmente en el caso de las instituciones de salud podría decirse, como hospitales, clínicas, etc., lógicamente que a ello hay que vincular lo que establezcan las leyes respectivas para la determinación de los distintos tipos de responsabilidad, y esas leyes, en el caso médico son, la Ley Orgánica de Salud, y el Código Orgánico Integral Penal, en los respectivos artículos que hacen referencia a la prestación del servicio de salud, y las personas que ejercen esta profesión y sobre sus responsabilidades cuando realizan actos perjudiciales en contra de los pacientes.

Por otro lado en el segundo inciso del mismo artículo 54, se hace referencia a la responsabilidad de las personas en el ejercicio de sus profesiones, artes u oficios cuando estas causan un daño a otra persona, especialmente cuando se ponga en riesgo la salud o integridad física de las personas, podría entenderse esto principalmente que se refiere a los médicos

puesto que es ésta profesión la que se relaciona per se con la salud e integridad física de las personas.

La última oración del inciso segundo de la norma constitucional remarca que la responsabilidad de las personas profesionales en el ejercicio de su profesión son especialmente importantes de tener cuidado cuando se relaciona con la salud e integridad física de las personas, y como es lógico de suponer el ejercicio de la ciencia médica, si bien no es el único, si puede considerarse como la más directa y emblemática de las profesiones relacionadas con la salud e integridad física de los seres humanos, de ahí que podría entenderse que la norma esta direccionada a este gremio de profesionales.

En consecuencia de lo que estipula la Constitución, puede manifestarse que esta establece una protección a los derechos de las personas esencialmente relacionados con la salud, por cuanto compromete bienes jurídicos personales importantísimos y que se relacionan con su supervivencia en el fondo. Esta protección que intenta el artículo constitucional se manifiesta y se concreta en el contenido de la normativa del 146 de la COIP, al establecer dos tipos penales para el caso de homicidio por mala práctica profesional, y categoriza la responsabilidad penal, en dos circunstancias, una simple y otra agravada.

Se puede vislumbrar en el segundo párrafo del artículo 54 de la Constitución que al referirse a la mala práctica de la profesión, arte u oficio se refiere también a la *lex artis*, y *lex artis ad hoc*, por hacer mención de ejercicio de una profesión en relación con el riesgo de la integridad física de las personas.

La norma penal diversifica el contenido de la norma Constitucional, como se dijo, en un tipo penal simple y otro agravado cuando concurren la realización de las acciones peligrosas, innecesaria e ilegítimas, que si bien en el contenido constitucional no se expresan abiertamente, pueden ser asimiladas como parte de la correcta aplicación del oficio en el ejercicio de un acto médico que demanda en cumplirse el artículo 54 de la Constitución.

Como se sabe, la Constitución de un Estado, es una normativa en la que se determina la forma de organización política de una sociedad, la estructura del Estado, los derechos, obligaciones y deberes de cada uno de los componentes de este, y por lo tanto, normas más específicas sobre

la mala práctica profesional, médica se hallan delegadas a leyes más específicas sobre esas materia, como las que ya se han nombrado.

2.1.2. Código Orgánico Integral Penal (2014)

La entrada en vigencia de una nueva Constitución en el año 2008, como consecuencia de un proceso político que vivió el país a partir del año 2007, planteó la necesidad de reestructurar el sistema jurídico en muchas áreas que hasta ese entonces regían varios ámbitos legales del país. Uno de las que demandaba un urgente y necesario cambio, constituía sin duda la legislación penal, que como se dijo, databa de hace algunas décadas, por lo que en mucho de su contenido se encontraba una serie de conceptos que no respondían a las necesidades actuales de la vida de la sociedad por el desarrollo tecnológico y las acciones delictivas que se habían también derivado de aquello.

Es en este contexto social y político se decide realizar la elaboración de una nueva normativa penal, en el que se contenga toda la legislación sancionatoria y tipificación de infracciones de esta materia en un solo cuerpo legal, evitando la dispersión de normas punitivas que se hallaban hasta ese entonces en distintos cuerpos legales de diversas materias.

Previamente es necesario mencionar que en el COIP, en el artículo 27 expresa el concepto de culpa, que como se vio en el caso anterior, es uno de los elementos sine qua non de la mala práctica profesional médica, debido a que el médico por supuesto que no obra con la intención dolosa de causar daño sino que los resultados dañosos que pudieren resultar de un acto médico obedecen a factores ajenos al dolo, tales como la falta del deber objetivo del cuidado.

El referido artículo 27 expresa que actúa con culpa: “la persona que infringe el deber objetivo del cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código.” (Código Orgánico Integral Penal, 2014). Así, en el actual Código Orgánico Integral Penal, existen dos artículos por los cuales se tipifica y sanciona la mala práctica profesional, el artículo 146, respectiva y específicamente enuncian esta tipología, aunque el artículo 152 también es susceptible de ser aplicable a la mala práctica médica en este caso, por las lesiones que ello

puede acarrear eventualmente en casos culposos .Es decir la mala práctica no solo es tipificada y sancionada en el caso del resultado de muerte sino también en los casos de lesiones físicas, y/o mentales.

El COIP incorpora un artículo exclusivamente dedicado a la tipificación de la mala práctica profesional, no solo médica como podrá verse al leer el texto del artículo nombrado, sino que abarca a todo profesional en el ejercicio de su labor. Así, el artículo 146 subtulado como “homicidio culposo por mala práctica profesional”, establece dentro de su contenido algunos conceptos que configuran este delito, así como elementos del mismo, y acciones agravantes en el ejecutar de un profesional y todo ello dentro del contenido de este artículo.

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. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Principalmente en la norma se establecen dos tipos penales en el área de la mala práctica profesional. La primera sanciona al profesional que inobserva el deber objetivo del cuidado causando la muerte de una persona por esta acción, hecho que es sancionado con una pena privativa de libertad de 1 a 3 años. Y otro, que estipula una sanción mayor a la nombrada, que es la privación de la libertad entre 3 a 5 años, para el profesional que a más de causar la

muerte de una persona, y de la inobservancia del deber objetivo del cuidado realice acciones, consideradas como innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

La figura del homicidio culposo también se halla tipificada en el artículo 145 del COIP, que determina que “la persona que por culpa mate a otra, será sancionada con pena privativa de la libertad de 3 a 5 años.” (Código Orgánico Integral Penal, 2014) Pero la salvedad, a la no aplicación de este tipo al caso médico se halla establecida en el inciso segundo de este artículo, que hace alusión exclusivamente al caso del homicidio culposo en el caso de que un funcionario público omitiendo el deber objetivo del cuidado otorgue permisos para que se realicen construcciones de obra y como consecuencia de lo indicado resulte un hecho dañoso para las personas, es decir, se determina el contexto en que se debe realizar este otro caso de homicidio culposo, dejando el caso médico para un artículo aparte y exclusivamente tipificado como el 146 en nuestra legislación penal (COIP).

El artículo 146 del COIP, desarrolla en su contenido los elementos que deben concurrir para la atribución de una eventual responsabilidad penal; y esta se relaciona directamente con la concurrencia de la infracción del deber objetivo del cuidado, en el tipo simple, y con el mismo elemento, más la concurrencia de las acciones peligrosas, ilegítimas e innecesaria en el tipo penal agravado.

Otro de los tipos penales, de los delitos que también son aplicables a la mala práctica profesional, y en el caso médico también, se halla en el contenido del artículo 152 del COIP, sobre lesiones ocasionadas por acciones culposas de una persona. A continuación un cuadro en que se resumen la tipificación de cada lesión en base al resultado dañoso que causa en la víctima, y la pena aplicable, que podrá apreciarse, es directamente proporcional al mal causado:

Cuadro 3 Lesiones y sanciones estipuladas en el artículo 152 del COIP

Art. del COIP	Tiempo de incapacidad	Sanción
Artículo 152 Lesiones.- la persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo a las siguientes reglas:	Daño, incapacidad o enfermedad de 4 a 8 días	Pena privativa de la libertad de 30 a 60 días
	Daño incapacidad o enfermedad de 9 a 30 días.	Pena privativa de la libertad de 2 meses a 1 año
	Daño incapacidad o enfermedad de 31 a 90 días.	Pena privativa de la libertad de 1 a 3 años.
	Grave enfermedad o disminución de facultades físicas o mentales no permanentes, pero mayor a 90 días	Pena privativa de la libertad de 3 a 5 años
	Producción de enajenación mental, pérdida de un sentido, pérdida del habla, inutilidad para trabajo, incapacidad permanente, pérdida o inutilización de un órgano o alguna enfermedad transmisible e incurable.	Pena privativa de la libertad de 5 a 7 años.
	Si la lesión es causada por la infracción del deber objetivo del cuidado en cualquiera de los casos anteriores.	Cuarto de la pena para cada caso
	Excepción: lesiones producidas de acciones terapéuticas ejecutadas por profesionales de la salud que precautelen la salud del paciente.	No hay sanción

Elaboración: Alejandra Vargas

Fuente: Código Orgánico Integral Penal

En el artículo 152 del COIP, si bien se establece el caso de sanciones por lesiones, sean estas física, mentales, temporales o permanentes, causados por una persona en otra, en los primeros 5 casos especialmente no se establece si estas lesiones son acusadas por acción dolosa o culposa, lo que se podría entender que el tipo penal y la sanción es plenamente aplicable en cualquiera de estos casos de acciones, y dentro de las cuales podría también incluirse a estos resultados como producto de un acto médico.

Sin embargo de ello, en el penúltimo inciso del artículo que se viene tratando, se hace referencia a las lesiones culposas exclusivamente, y a continuación se hace alusión de estas, en los casos relacionados al artículo 146 del COIP (mala práctica profesional), para finalmente establecer particularmente el caso de lesiones en la aplicación de una acción terapéutica

realizadas por profesionales de la salud. A continuación la cita pertinente del artículo 152 en donde se establece lo señalado:

(...) 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. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

En el artículo 152 se reitera como elemento de la configuración de una infracción penal, el incumplimiento del deber objetivo del cuidado por parte del profesional, incluso se establece una relación en la inobservancia de este deber estipulada en el artículo 146. Este elemento se constituye en uno de principal valoración a la hora de determinar la responsabilidad penal de un profesional.

En conclusión puede manifestarse que la innovación que trae el COIP, pese a cualquier posición en favor o en contra del contenido del artículo 146 es la tipificación exclusiva de la mala práctica profesional, en los casos de homicidio culposo (art. 146), y de lesiones causadas por esa razón en los incisos finales del artículo 152. Este artículo, realiza una conexión con el artículo 146 para determinar la infracción del deber objetivo del cuidado, que como ya se ha explicado, comprende la concurrencia de los cuatro elementos que nombra la referida norma.

Con respecto de la realización de acciones peligrosas, innecesarias, e ilegítimas, en el caso del artículo sobre lesiones, no se menciona nada expresamente sobre ellas, lo que haría suponer que en el caso de este tipo de infracción no se valorarían estas tres circunstancias, sino únicamente se adecuaría el tipo penal a las diferentes categorizaciones de lesiones que se produzcan.

La mención expresa sobre las acciones peligrosas, ilegítimas, e innecesarias, como elementos configurativos de un agravante del tipo penal, se encuentran únicamente en los casos del artículo 146, sobre el homicidio culposo por mala práctica profesional; y, en el artículo 377, sobre la muerte culposa como consecuencia de ocasionar un accidente de tránsito, en donde la

realización de este tipo de acciones también constituyen un agravante en ese tipo penal, pero que a diferencia del caso de la mala práctica profesional, se detallan con más precisión en 5 acciones que denotan el cometimiento de esas acciones.

En conclusión, la consideración de realizar acciones peligrosas, innecesaria e ilegítimas, dentro de un acto de una persona que infringe el deber objetivo del cuidado, y que ocasiona la muerte de manera culposa de otra persona, en el COIP, constituyen elementos agravantes del tipo penal, los artículos 146 y 377, en donde se nombra este tipo de acciones agravantes, toman en cuenta estas acciones bajo ese mismo concepto y las sanciones en cada caso son las mismas prácticamente. Hay que nombrar también que a más de la tipificación establecida en el COIP, para las infracciones que se han explicado, existen también otros hechos que pueden ser cometidos por los profesionales de la salud que salen de la órbita penal, mismos que son sancionados administrativamente de acuerdo a lo que se establece en la Ley Orgánica de Salud, que se expondrá sucintamente en las normativas que se hallan conexas con el ejercicio profesional médico.

Cuadro 4 El homicidio culposo por mala práctica profesional según el COIP

Artículo 146 del COIP	Elementos del delito	Sanción
<p>Tipo penal 1 (Homicidio culposo simple por mala práctica profesional)</p>	<p>Infringir el deber objetivo del cuidado en el ejercicio de la profesión con resultado de muerte de la persona.</p> <p>Determinación de 4 elementos concurrentes para infracción del deber objetivo del cuidado:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Producción del resultado no configura infracción. -Inobservancia de normas, protocolos, técnicas. -Resultado perjudicial producto directo de la infracción del deber objetivo del cuidado. -Grado de formación del profesional y las condiciones en las que ejerció el acto.(médico en el caso que interesa) 	<p>Penal privativa de la libertad de 1 a 3 años.</p> <p>Inhabilitación del ejercicio de la profesión.</p>
<p>Tipo penal 2 (Homicidio culposo agravado por mala práctica profesional)</p>	<p>Resultado dañoso de muerte del paciente como resultado de: (caso médicos)</p> <ul style="list-style-type: none"> -Infracción del deber objetivo del cuidado. -Realización de acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas 	<p>Penal privativa de la libertad de hasta 3 a 5 años.</p> <p>Inhabilitación del ejercicio de la profesión.</p>

Elaboración: Alejandra Vargas

Fuente: Código Orgánico Integral Penal

2.2. La Ley Orgánica de Salud (LOS) y la mala práctica médica.

El objetivo de la ley, como lo expresa el artículo 1 de la misma, es el de “regular las acciones que permitan efectivizar el derecho universal a la salud consagrado en la Constitución Política de la República y la ley. (...)”

En lo referente al ejercicio profesional la Ley Orgánica de Salud contiene un título denominado “De las profesiones de salud, afines y su ejercicio” del artículo 193 al 204, que es

en donde se establecen algunas reglas sobre el ejercicio profesional y la responsabilidad de los galenos.

En el artículo 201 de la ley se exhorta a los galenos a que realicen el ejercicio profesional con responsabilidad en los términos siguientes: “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.” (Ley Orgánica de Salud, 2006). El contenido del artículo hace alusión a la calidad del servicio médico que deben estos profesionales a los pacientes, se puede manifestar que se hace mención en el contenido que se invoca a los principios de la práctica médica, que ya fueron explicados anteriormente, mismos que siempre deben procurar, entre otras cosas el cumplimiento eficaz de sus competencias, que podría entenderse como una aplicación del deber objetivo del cuidado , como uno de los medios para salvaguardar la integridad del paciente y garantizar una atención médica debida, acorde a las necesidades del paciente y a los conocimientos científicos que demanda la atención médica.

En el campo de las infracciones la ley contiene en el artículo 202, la atribución como infracción a las acciones que resulten en el daño de una persona cuando se ha realizado un acto médico como resultado de lo siguiente:

- 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. (Ley Orgánica de Salud, 2006)

Puede apreciarse que los elementos concurrentes en el ejercicio profesional que desembocan en una acción perjudicial en contra de una persona pueden entenderse como una posible responsabilidad culposa. Además la impericia, la negligencia, la imprudencia de que habla el artículo en mención pueden también ser asimilados como una falta del deber objetivo del cuidado, puesto que una actuación con esos tipos de acciones, (impericia, negligencia, imprudencia) implican la infracción del cuidado que los profesionales de la salud deben

mantener en cada una de sus acciones en ejecutar un acto médico en un paciente, para evitar un resultado perjudicial en este. La ley de Salud además no menciona en lo absoluto a las acciones peligrosas, ilegítimas e innecesarias que el COIP alude, por lo que también la LOS, denota una falta de actualización o de coordinación normativa con el COIP, pues a criterio de la autora, debería nombrar y definir el artículo 202, lo que se conceptúa como las acciones peligrosas, ilegítima e innecesarias; así como una relación explicativa que marque una clara diferencia de aplicación de la ley penal y administrativa en casos de resultados perjudiciales en los pacientes. Puesto que obviamente un perjudicado optará por la vía penal antes que por la vía administrativa en la interposición de un proceso en contra de un médico.

En el artículo 203 de la Ley Orgánica de Salud se determina que los servicios en esta área, serán responsables civilmente de las actuaciones de los profesionales que laboran en ellos, es decir, que son las instituciones las que tendrían una responsabilidad civil derivada de la práctica médica de los profesionales que ejercen su labor en la institución. El artículo en mención también puede entenderse a que la prestación del servicio de salud en casos como la mala práctica profesional generan una obligación civil si fuere el caso, por lo que el acto médico, como podrá colegirse también debería generar justamente una responsabilidad civil única y exclusivamente, debido a que el médico no obra con la intención de causar daño, sino que un resultado perjudicial para el paciente puede derivarse más bien de una situación que escapa de su voluntad, debido a las diversas dificultades que entraña y se producen en medio de un acto médico.

Un aspecto importante que adiciona la Ley Orgánica de Salud, es que en el contenido del artículo 204, no se exonera al profesional de la salud en su responsabilidad en algún resultado perjudicial que se produjere en el paciente, pese a que medie en ello la propia autorización del paciente o de su representante en permitir la ejecución de un acto médico en su humanidad. Así el texto de la norma expresa que; “El consentimiento o autorización del paciente o de la persona que le representa legalmente, no exime de responsabilidad al profesional o al servicio de salud en aquellos casos determinados en el artículo 202 de esta Ley.” (Ley Orgánica de Salud, 2006)

Se debe reiterar en esta circunstancia una carga excesiva en el médico, debido a que, el galeno como se ha de insistir una vez más, no puede garantizar el resultado exitoso de una intervención suya en un paciente, sino que lo que puede garantizar es en la utilización de los medios más idóneos para lograr el mejor de los resultados en el ejercicio de su profesión y accionar en una persona.

Las faltas y sanciones estimadas en la Ley de Salud, son ejecutadas en el ámbito administrativo de la jurisdicción y competencia, pero cuando las acciones, los hechos rebasan esta estimación, la misma ley faculta la posibilidad de instaurar un proceso de otra naturaleza jurídica, como la penal, si hay indicios, sin que ello constituya perjudicialidad, lo mencionado lo establece el artículo 226 de la ley.

El artículo 202 de la ley, establece a los elementos que conducen a que un acto de ejercicio, profesional del médico se constituya en una infracción. Indica primeramente que este tipo de infracción es un acto individual del médico, es intransferible, y no justificado, cuyo resultado final de la confluencia de estos elementos es el resultado perjudicial del paciente. El resultado dañoso de que habla este artículo de la Ley Orgánica de Salud ha de provenir además de otras circunstancias que ya se mencionaron, como la inobservancia de las normas de la profesión médica, la impericia, la imprudencia y la negligencia.

La Ley Orgánica de Salud en su estimación de las infracciones de la práctica médica toma en cuenta al incumplimiento del deber objetivo del cuidado en ello; cada uno de estos elementos que se han nombrado, tienen que ver con la prevención del resultado perjudicial que exige el cumplimiento del deber objetivo del cuidado, como pudo apreciarse.

Hay que insistir, que a más de realizar la enunciación de términos, como la impericia, imprudencia, negligencia, y de conceptos que se enuncian en torno a estos términos, estos están relacionados y contenidos en el deber objetivo del cuidado, puesto que este deber, implica el cumplimiento de una labor médica, diligente, prudente y en aplicación de la experticia del galeno, y ello en un alto porcentaje puede evidenciar una garantía en el uso del medio apropiado para el tratamiento de una dolencia, así como en el resultado satisfactorio del acto médico, aunque este no sea el esperado o el que aspira el paciente, pero si el mejor que la ciencia y el médico pueden otorgar. Así el uso de estos cuidados, implica por su puesto evitar

la realización de acciones peligrosas, ilegítimas e innecesarias en un acto médico, pero a pesar de esta tácita suposición, la ley debería contener en su literalidad, palabras como las que menciona el COIP (peligroso, ilegítimo e innecesario), con la finalidad de compatibilizar la legislación sobre la práctica profesional, y la médica especialmente, y evitar así discrecionalidades y vacíos legales que perjudiquen a este gremio.

El cumplimiento de normas, de protocolos que demanda una acción médica, y la actuación del profesional de la salud con falta de conocimientos, con falta de diligencia, con omisión de algún aspecto que demanda la ética profesional médica, son elementos componentes del deber ético, moral y objetivo con el que debe contar y obrar el médico en su ejercicio profesional.

En tal virtud este concepto, del agravante por la realización de acciones peligrosas, ilegítimas e innecesarias, como puede deducirse no es nuevo en la legislación sobre práctica médica en el país. Pero al ser incorporado en la ley penal, y a cuya inobservancia se la atribuye el cometimiento de un delito, las consecuencias sobre los profesionales cambian. Pues el contenido del artículo que se ha citado, se ha de insistir, es en el ámbito administrativo de la sanción de la acción médica cuando esta reviste una infracción, pero en el ámbito penal las consecuencias y las implicaciones son muy diferentes.

2.3. La tipificación de la mala práctica profesional como delito en el COIP, y las acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas.

En el caso de la mala práctica profesional que se halla tipificada en la actual legislación penal, en el artículo 146 exactamente, la etiología de su incorporación al Código Orgánico Integral Penal, puede obedecer a varias circunstancias, como una acción de compatibilización entre la Constitución vigente desde el 2008 y la nueva normativa penal. Hay que recordar que el sistema jurídico de un Estado busca la protección de distintos bienes jurídicos de las personas, bienes que pueden ser materiales o incorpóreos, y en el caso de la legislación penal, especialmente se protege bienes jurídicos muy relacionados e intrínsecos con la naturaleza de las personas como la vida, la salud, la integridad física, el honor, etc.

Las circunstancias y tipificación que describe el artículo 146, expresa dos tipos penales en este orden, por un lado el profesional que infringe el deber objetivo del cuidado y que ocasione la muerte de una persona, al que se le sanciona con una pena privativa de la libertad de 1 a 3

años. Y otro, con una sanción de pena privativa de la libertad de 3 a 5 años, en el caso de que igualmente se produzca la muerte de una persona por la confluencia de tres circunstancias agravantes, como son las acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas que realizare un profesional, con el resultado mencionado. Ello implica que a condición de un resultado dañoso previsto en la ley, se revisa la acción para determinar si esta es típica, antijurídica y culpable, establecer la determinación del cometimiento de la infracción penal y la aplicación de la respectiva pena en pertinencia al delito imputado.

La tipificación como delito a la mala práctica profesional, es la médica principalmente la que puede verse más abocada, por las implicaciones de esa profesión y las razones de que es en ésta en la que por su naturaleza se pone en riesgo bienes jurídicos tan vitales de un ser humano como la salud, la vida e integridad, por cuanto toda acción de este tipo entraña un riesgo y cuyos resultados perjudiciales en múltiples ocasiones no siempre obedecen a ninguna culpa del médico siquiera, es lo que ha causado tanta controversia por haber sido incorporada en la ley penal y tipificada como delito, puesto que, como manifiesta Meincke;

En un sistema, el Código Penal tipifica delitos dolosos, es decir los que se realizan con intención directa, indirecta o eventual; y los delitos culposos, están expresamente establecidos con las notas que especialmente los caracterizan, puesto que se trata de acciones realizadas por imprudencia, por negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia en los reglamentos o de los deberes a su cargo, produciendo de este modo un resultado disvalioso. (Meincke, 2001, pág. 89)

Lo que a través del texto del autor citada se pretende evidenciar, es que el sistema penal de un Estado persigue y sanciona delitos esencialmente, es decir, acciones realizadas por personas que deliberadamente tienen la intención de realizar un elemento objetivo del tipo penal, así como causar daño en su víctima, (dolo), situación que no es el caso de la práctica profesional de los médicos.

En el caso de la práctica profesional de los galenos, estos son formados académicamente para procurar el bienestar físico de las seres humanos, y su ética los obliga para salvaguardar la vida y la integridad de las personas, justamente esa es su profesión, y no se concibe que un médico cometa un delito por una acción dolosa en el ejercicio de su profesión, misma que per se es riesgosa y que puede acarrear consecuencias perjudiciales para el paciente en ciertos casos, ello no implica necesariamente que estos resultados sean el efecto del cometimiento de

un delito, sea culposo o doloso, pues la naturaleza del acto médico trae implícita la posible desviación del acto de manera totalmente independiente a la voluntad, o la aplicación de la técnica y ciencia médica.

El médico puede garantizar hacer su mejor labor para lograr el restablecimiento de la salud del paciente (garantía de medio), para intentar salvar la vida de éste en un acto de su profesión, pero no puede garantizar en ningún caso el resultado exitoso o esperado de su intervención médica, pues no todos los cuerpos de los pacientes reaccionan de la misma manera frente a similares tratamientos que imparte un galeno, a este respecto de asumir una responsabilidad de un procedimiento y no el éxito de un tratamiento es denominado como obligación de medio, o garantía de medio, y en el caso opuesto, obligación de resultado, que atañe, a que si el resultado del acto médico no es el esperado por el paciente se le atribuye este tipo de responsabilidad, situación que, al parecer de la autora es por demás exageradamente pretenciosa.

La realización de una acción contextualizada en la garantía de resultado, podría asimilarse también como el cumplimiento de los distintos elementos del acto médico, mismo que además se realiza cumpliendo el deber del cuidado, evitando por supuesto el cometimiento de acciones peligrosas, ilegítimas e innecesarias, pues de hacerlo, se estaría rompiendo tanto el deber del cuidado, la *lex artis*, como, la garantía de medio. Lo que se quiere evidenciar es que la realización de acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas, están relacionadas al rompimiento, o a la inobservancia de todos los cánones éticos, morales y científicos, que demanda la práctica médica, y por ello podría entenderse el porqué de la inclusión en el tipo penal del COIP. Pero sin embargo estas acciones no son claramente definidas en ninguna de las leyes que se relaciona con la práctica profesional, ni la médica en especial, pese a que deberían serlo, pues son circunstancias agravantes de un tipo penal, en la atribución de responsabilidad de este tipo a un galeno.

Respecto de la atribución de responsabilidad reflexiona Hernán Pérez Loose (2013), señalando que los médicos cuando son contratados en la prestación de sus servicios, o cuando realizan una intervención con una persona por una acción vinculada con su profesión, lo que adquieren es una “obligación de medios”, y por lo tanto su responsabilidad en este contexto debe ser

solamente civil, de ahí a que, en la acción de ejercicio médico en la que no haya observación en sus procedimientos de la debida diligencia, cuidado y precaución más bien debería acarrear una responsabilidad civil y no penal, pues no hay dolo, y si no hay dolo no se puede imputar voluntad de cometer el delito en este caso de los médicos.

Pérez Loose (2013), manifiesta también que en contrario a las obligaciones de medios, están las obligaciones de resultado, misma que consisten en el hecho de cumplir con la realización de un contrato sobre una cosa material determinada, sobre una mercancía por ejemplo, la obligación en este tipo de contrato consiste en el cumplimiento de la entrega de la mercancía y el incumplimiento está fundado en esa negativa. En vista de lo expuesto, los médicos no pueden garantizar ningún resultado en su procedimiento, si no únicamente el medio, es decir que aplicarán el procedimiento más adecuado (medio) para atender al paciente e intentar lograr que el éxito de su acción se traslade al bienestar del paciente. El incumplimiento de este tipo de obligación, a decir del autor citado, en las legislaciones de otros países generan una compensación económica ventilada en el ámbito civil, mas no en el penal. (Pérez Loose, 2013)

Incluso dentro de la atribución de responsabilidad de cualquier índole, es necesario el establecimiento claro de las acciones que pueden conducir a esa estimación. La realización de acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas, que pueden ocasionar un perjuicio en el paciente, pueden estar desprovistas de dolo, y en ese caso podría ser otra materia la encargada de la regulación, procesamiento y sanción del médico responsable. Lo que se quiere manifestar es que no necesariamente, la realización de este tipo de acciones incluso pueden establecer con certeza el dolo del sujeto activo, en este caso el médico.

Otra de las aristas del problema de la aplicación del artículo 146 sobre la mala práctica profesional, y especialmente en el caso de los médicos, es la aplicación de este nuevo delito por parte de los jueces que actualmente ocupan esas magistraturas en el sistema judicial del país. En una función judicial que ha sido seriamente cuestionada por la falta de independencia respecto de otras funciones, así como la falta de preparación en el campo médico, o por lo menos en nociones básicas respecto de ello de los operadores de justicia, hace prever que la aplicación del delito de la mala práctica profesional en el caso de los médicos ocasionará un

temor entre los médicos, por el riesgo a ser enjuiciados. Esta falta de credibilidad, de confianza en la función judicial ahonda aún más la polémica que ha generado el contenido del artículo 146 del COIP, pues se cuestiona como valorarán los jueces la realización o cometimiento de acciones peligrosas ilegítimas e innecesarias en un acto médico que produjo la muerte del paciente, pues al no estar definidas estas acciones en ninguno de los cuerpos normativos llamados a ello, como la Ley de Salud (LOS) y/o el COIP, la discrecionalidad del operador de justicia se manifestará en los fallos que emitan, y para evitar este desatino jurídico es que es necesaria la definición taxativa de que implica la realización de este tipo de acciones en medio de la práctica profesional.

2.3.1 La violación del deber de cuidado

El deber objetivo del cuidado, consiste en las medidas que se han de tener que observar para minimizar o evitar el resultado dañoso del ejercicio de una acción de un individuo, de un profesional en el caso del que trata el artículo 146 del COIP.

Según la doctrina, existen situaciones que exigen a un individuo a que, conociendo los riesgos que implica una acción suya, este debe adoptar medidas para evitar desenlaces perjudiciales en la aplicación de esas acciones. La inobservancia a esta previsión, a este cuidado presupone un riesgo, una peligrosidad en la consumación de la acción, y ello es una inobservancia al deber de haberla previsto y evitado.

Del Castro, (2007, pág. 62) expresa que se define al deber objetivo del cuidado “por la cognoscibilidad del peligro, es decir, la posibilidad con que contó el sujeto para conocer el peligro concreto que su conducta provocaba, conocimiento al que estaba obligado.” El autor citado en su definición plantea que el deber objetivo del cuidado es el conocimiento de que una acción que realiza un profesional, concretamente hablando del caso del artículo 146 del COIP, conlleva implícito el peligro de un resultado perjudicial y por lo tanto se debe realizar y tomar en cuenta las medidas para evitarlo.

En el caso médico, si bien este per se su profesión está expuesto a un riesgo inminente y permanente, puesto que cada organismo humano puede reaccionar de diferente manera ante una intervención médica o un tratamiento de esta naturaleza, el texto del artículo 146 le obliga

a mantener un especial cuidado en la observación del deber objetivo del cuidado, a no ser que pueda garantizar un resultado positivo es casi imposible sobre todo en intervenciones de alta complejidad, se halla en la posibilidad de ser imputado de mala práctica profesional, ya que , por supuesto que conoce el riesgo que implica su acción en un paciente , por más que no revista gravedad su dolencia, pero que por la lógica se supone que el facultativo al intervenir en el paciente operará un resultado en este, mismo que puede ser de los tipos penales mencionados, como el simple y el gravado establecidos en el 146 del COIP.

Además, en el caso estrictamente de los médicos, el paciente también interviene directamente en el tratamiento de su dolencia, pues existen indicaciones a cumplirse que escapan al dominio del galeno y que son de exclusiva responsabilidad del paciente; debe este transitar por un proceso de convalecencia en que él es una pieza fundamental para el logro del resultado exitoso de la intervención médica. Por lo tanto el deber objetivo de cuidado, en estos casos, escapa de la esfera exclusiva del médico, a una expectativa de llegar a un objetivo beneficioso en el resultado del acto médico realizado.

La Abogada Paulina Araujo, en su “Vademécum sobre las responsabilidades del área de la Salud en el Ecuador”, acertadamente sostiene que respecto al deber objetivo del cuidado en el artículo 146 del COIP que este, “no define ni se refiere en forma adecuada al deber objetivo del cuidado, dado que lo regula en forma negativa, es decir, regula los eventos en los cuales cualquier profesional, lo inobserva o lo infringe.” (2015, pág. 79)

El artículo 146 contiene cuatro numerales en los que se hace referencia al deber objetivo del cuidado en el ejercicio de la práctica profesional y las consecuencias de su inobservancia.

La primera: La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.

Se entiende de este numeral que el caso de la muerte de una persona, de un paciente en el caso de los profesionales de la salud como lo expone el tipo penal del artículo 146, no implica ello que se haya necesariamente inobservado el deber objetivo del cuidado. Puesto que la muerte de un paciente puede obedecer a varias causas que no implican un quebrantamiento del deber del cuidado del médico en el tratamiento o la intervención aplicada a su paciente. Los factores

que pueden influir en ello son diversos; y el quebrantamiento de este deber podría configurarse con la unión de las otras circunstancias que se nombran en el artículo.

Araujo manifiesta también que el numeral primero, determina que no hay infracción al deber objetivo del cuidado de los profesionales, señalando que “la mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo del cuidado”. (2015, pág. 79), la autora sostiene que en efecto, no toda muerte puede ser atribuida a la mala práctica profesional necesariamente, ya que pueden presentarse circunstancias externas, independientes, conexas a un tratamiento que pueden ocasionar la muerte de un paciente, circunstancias como las que se han ejemplificado en líneas anteriores.

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

Cada profesión, destreza, oficio, tiene a su haber un conjunto de reglas, protocolos a seguirse y ser observados en su ejercicio. El no cumplimiento de estos por parte de los médicos en el caso que interesa, puede causar un efecto en verdad perjudicial en el paciente por cuanto se halla en juego la salud, la integridad física de este.

Pero acerca de que si un médico no se apega a estas reglas, a criterio de la autora, será muy poco probable, pues justamente el ejercicio profesional de los médicos, para propender a un resultado exitoso, necesariamente implica el cumplimiento de los protocolos que la ciencia médica ha determinado para lograr resultados beneficios. Protocolos que además no son el resultado del azar, sino de estudios y experimentaciones que han demostrado científicamente la necesidad de cumplirlos.

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

El ejercicio de la actividad de un profesional médico se realiza bajo circunstancias que demandan no solo la aplicación del conocimiento científico del galeno, sino que este se desarrolla en un medio en donde se lo realiza, en las instalaciones, los insumos de los que se debe valer y usar el médico para la aplicación de un tratamiento o una intervención, son también determinantes a la hora del resultado de un acto médico.

Las instalaciones en donde se realizan son factores a tomar en cuenta a la hora de la práctica médica; la carencia de condiciones salubres en un lugar, como en un hospital, una clínica, la falta de insumos, para la práctica médica, o las inadecuadas condiciones de cualquiera de estos factores nombrados, no solo que pueden escapar a la voluntad y necesidades de un galeno, sino que también condiciona el contexto de un procedimiento de él en el paciente.

El deber objetivo del cuidado puede verse vinculado a estos factores, pero en ciertos casos, pues actuar bajo circunstancias adversas como las mencionadas en medio de una necesidad de atender a un paciente contraponen estos factores a la ética médica y al temor de ser imputado de una mala práctica profesional.

Sin embargo de ello se ha de entender que cuando el resultado es adverso en circunstancias como las señaladas, y se ha observado el deber objetivo del cuidado, el profesional de la salud deslinda cualquier responsabilidad en un resultado no exitoso.

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

Se estima en este numeral que en los casos de imputación de mala práctica profesional, se realizará por parte de la autoridad investigadora del caso, un expediente particularizado e individualizado del hecho en el que se tomara en cuenta aspectos sobre la calidad del profesional y su experiencia, y los factores determinantes en relación a ello de las medidas tomadas en su ejercicio profesional.

Este numeral conlleva algunas dificultades, por ejemplo, “no ampararía en un primer momento a aquellos médicos que se encuentran en un periodo de formación o cursando su residencia (...)” (Araujo, 2015, pág. 80), razón por la cual hay que hacer extensivo este criterio del numeral 4, entendiendo más bien que se hace referencia a una adecuada aplicación de la *lex artis* por parte del médico independientemente de su experiencia, es decir, que debe observar un lógico cuidado en la atención al paciente según las reglas, y protocolos que la ciencia médica estima para cada caso en particular.

Por otro lado el análisis técnico de que habla este numeral implica también que dentro de la investigación de un caso presunto de mala práctica profesional médica, la autoridad judicial

investigadora debe contar con peritos en el área de la salud para poder determinar la existencia o no de los elementos y circunstancias que plantea el artículo 146 para la configuración de la mala práctica profesional. Es importante y determinante la labor del perito para verificar si el médico realizó acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas, de la figura agravada basándose en la doctrina antes mencionada respecto del acto médico, sus principios; la *lex artis*, la *lex artis ad hoc*; el deber objetivo del cuidado; el riesgo permitido.

Araujo (2015, pág. 81) menciona que el deber objetivo del cuidado, en el caso de los médicos, debe sustentarse en las siguientes obligaciones:

- Deber de informar en detalle y de no actuar sin consentimiento del paciente.
- Aconsejar, diagnosticar y tratar al paciente.
- Deber de guardar el secreto médico.
- Deber de actuar en caso de urgencias que estén bajo su responsabilidad o deber genérico de asistencia.
- Deber de culminar el tratamiento.
- Deber de derivar oportunamente al paciente.
- Deber de asegurar la cooperación del enfermo.
- Deber de actualizarse científicamente
- Deber de realizar interconsultas
- Deber de documentar su actuación
- Deber de contar con un lugar adecuado para la atención de sus pacientes.

Sin embargo de la idea que ha planteado la autora citada en estos deberes que, según ella, puede abarcar el deber objetivo del cuidado y que muchos casos en verdad si lo es, hay que señalar, que también existen circunstancias que escapan a estos deberes del médico y que pueden generar un resultado no exitoso de su ejercicio profesional, por ejemplo la falta de unas instalaciones debidas e insumos necesario para un intervención médica, que si bien pueden ser ajenas al médico, se pueden vincular, a discreción del operador de justicia como una inobservancia al deber objetivo del cuidado. Es por ello que justamente estos vacíos legales, e inexactitudes que deja el artículo 146 del COIP causan preocupación en el gremio de los profesionales de la salud especialmente.

2.3.2. Las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas

El artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, sobre el homicidio culposo por mala práctica profesional en el inciso tercero expresa una sanción más severa cuando concurren elementos como los que en este artículo se señalan ; acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, da la confusión entonces que estas circunstancias son elementos agravantes del tipo penal tipificado en el artículo nombrado.

El inciso tercero que contiene estas circunstancias nombradas expresa textualmente que; “Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.”

Estos términos, que encierran conceptos jurídicos de consecuencias en el tipo penal y acciones agravantes como se pudo haber apreciado, o por lo menos eso aparenta, son los que mayor polémica causaron entre el gobierno y el gremio de los médicos durante la socialización y adopción del nuevo Código Orgánico Integral Penal.

En el contenido citado del artículo 146, no se realiza ninguna definición o puntualización de los conceptos de estas palabras y como estas intervienen a la hora de determinar el tipo penal de la mala práctica médica, lo que querría decir que, son los jueces, quienes deberían interpretar y realizar una valoración de estas circunstancias en la determinación o no de la responsabilidad penal de un profesional, de la salud en este caso.

Esta discrecionalidad, y vacío conceptual jurídico es lo que causó inquietud entre los médicos sobre los términos que menciona el 3er. inciso del artículo 146 del COIP, pues no se define taxativamente el concepto de estos ni cómo serán aplicados al caso de la tipificación del delito contenido en el articulado 146 del COIP.

Si bien los términos contenidos en este artículo pueden ser ponderados de diferente manera, en virtud de que son acciones agravantes de un tipo penal, existen conceptos coincidentes y relacionados con las acciones de delitos culposos y sus elementos, así entonces se procede a citar las definiciones que el diccionario de la Real Academia Española y otros, presentan acerca de los términos señalados en el artículo 146, 3er, inciso, en unos casos, y de sus términos antónimos en otros para comprender el significado y el concepto de ellos.

En el texto del artículo 146 del COIP, se nombra el término “innecesario”, lo que implica en primer lugar conocer que se entiende por necesario, que según el DRAE es; “Dicho de una persona o una cosa: que hace falta indispensablemente para algo. Que forzosa o inevitablemente ha de ser o suceder. Que se hace y ejecuta obligado por otra cosa, como opuesto a voluntario y espontáneo.” Por lo que se sobreentiende que innecesario será todo lo contrario los conceptos presentado; así el DRAE define a Innecesario como lo “No necesario.”

Gispert manifiesta que la realización de una acción innecesaria en el ámbito médico, “legalmente es calificada como negligencia médica”, es decir, que este tipo de acción es una obra sin prolijidad en su aplicación, (2005, pág. 307) podría asimilarse como inútil de aplicarse, y este carácter de no aportar en nada a la rehabilitación de la salud es lo que la hace innecesaria.

Lo Peligroso es definido como lo “Que tiene riesgo o puede ocasionar daño.”, según el DRAE. En tanto que la OIT, (International Labour Organization, 2012, pág. 29) define como suceso peligroso al “hecho por la cual la vida y la salud de la gente o la operación, así como la propiedad se ven seriamente amenazados.”

Lombana manifiesta que la peligrosidad de una acción médica se puede determinar por la progresión de acciones que toma el profesional produciendo el resultado lesivo final en el paciente. (2007, pág. 229)

En tanto que si se quiere entender que es lo ilegítimo, se ha de conceptualizar primero que es lo legítimo, cuya definición es “Conforme a las leyes. Cierto, genuino y verdadero en cualquier línea.” Por lo tanto lo ilegítimo será aquello contrario a la legitimidad de algo, como lo denota el DRAE; “Ilegítimo, no legítimo” (Real Academia Española, 2014)

Con respecto a este término, el autor Lombana, manifiesta que la ilegitimidad de una acción médica puede conceptualizarse como la actividad invasora que lesione bienes jurídicos de una persona, obteniendo provecho ilícito derivado del engaño al que fue sometido el sujeto pasivo del delito. (2007, pág. 185)

En el caso de la práctica profesional y especialmente aplicadas estas definiciones al acto e intervenciones médicas, se puede manifestar que estas circunstancias se hallan relacionadas entre sí en estos casos, que la realización de estas acciones implica una vulneración de varios parámetros que debe observar el médico en el ejercicio de sus profesión, como el cuidado y cumplimiento del deber objetivo del cuidado y de la *lex artis*.

a. Lo innecesario

Un médico realiza una acción que estima necesaria para el tratamiento de un paciente, realizar una acción innecesaria está en contra del deber objetivo del cuidado y de la ética profesional del galeno, por lo tanto al acción innecesaria podría asimilarse, como se citó a Lombana, como aquella ejecución inútil e injustificada de un acto médico que no aportó en nada a el restablecimiento de la salud del paciente.

Lo innecesario es entonces lo opuesto a lo servible, a lo útil de que puede ser un acto o intervención médica, contrario a la *lex artis* y a la ética profesional, por las obvias consecuencias que ello podría acarrear en la humanidad del paciente, que comprometerían no solo la credibilidad del galeno sino la integridad física e incluso a la vida del paciente.

La realización de acciones innecesarias en el caso de los médicos, se relaciona en gran medida a lo que se ha denominado como mercantilización de la medicina. En este concepto se incluyen a las acciones que realizan los médicos en los pacientes con la finalidad de obtener un mayor lucro de la aplicación de un procedimiento suyo, o de la prestación de sus servicios.

Un claro ejemplo de estos actos médicos innecesarios es que cada vez hay una mayor frecuencia en la realización de cesáreas para la atención de las madres en proceso de parto.

Según las estadísticas de la Encuesta Nacional de Salud y Nutrición, en el Ecuador, en el año 2012, las cesáreas se realizaron en el 25,8 % de las atenciones de parto, en tanto que en el año 2014, el porcentaje de parto por cesáreas subió al 41,2% de los casos de parturientas. (Ministerio de Salud Pública, 2015)

Según la OMS, Organización Mundial de las Salud, (2015) el índice aceptable de realización de cesáreas, se estima solo en un rango entre el 10% al 15% de los casos. Ello evidencia que muchas de estas se realizan de manera innecesaria entonces.

Otra de las cifras estadísticas que puede evidenciar el caso de acciones médicas innecesarias es que, según la Encuesta Nacional sobre Salud, (2015), la mayoría de partos normales se registran en el sistema público de salud, que alcanza el 70% de los partos; en tanto que la misma situación de atención de nacimientos en las clínicas privadas pero por medio de cesáreas suben a un 69,9 %. (Ministerio de Salud Pública, 2015)(Ver anexo 2)

Este caso sin embargo, no implica la comisión de un delito culposo por cuanto no se evidencia en la mayoría de casos resultados perjudiciales para la madre o el neonato. Y en el caso que interesa, si bien se han producido decesos maternos en medio de estas intervenciones, la mayoría de casos terminan con la recuperación de la madre y por lo tanto no se realizan mayores inconvenientes judiciales, sin embargo al ser el acto médico de cesáreas innecesario, si así fuera el caso, se podría presumir que se coligen de esta acción también lo ilegítimo, y por su puesto lo peligroso de haber realizado ese acto que no era preciso de ejecutarlo , produce la concurrencia de todas éstas acciones, y que, según la normativa penal vigente configuraría una posible responsabilidad penal del médico.

Sobre este tema de las cesáreas innecesarias, existe una investigación realizada por el médico, Esteban Ortiz, publicada en la revista virtual “Redacción Médica”, en 30 de mayo de 2016, en donde de una muestra de 1000 mujeres en proceso de parto tanto en el área del sistema público de salud, como en el privado, se obtuvieron resultados similares a los presentados por la Encuesta Nacional de Salud y Nutrición del MSP del Ecuador, el investigador manifiesta que “entre los datos más relevantes de la investigación se destaca que el 51% de las cesáreas realizadas en el país se dan en el sector privado, mientras que el 22% en el público.” (Ortiz, 2016)

El autor de la investigación manifiesta que;

La tasa de cesáreas llega al 575 por cada 1000 nacimientos en el sistema privado, mientras que en el público 223, la edad promedio de las mujeres que ha dado luz está entre los 20 y 40 años, desde el 2001 se ha incrementado un 50% las cesáreas en el Ecuador, y su tasa de crecimiento es del 4% anual. (Ortiz, 2016)

Ortiz añade que este fenómeno puede deberse a dos razones fundamentalmente, la una, a la falta de información y legislación que debe permitir a las madres elegir la forma de dar a luz y las alternativas que tienen para ser atendidas en el parto, y la otra en el ánimo de aumento de

lucro de los médicos que atienden estos casos, pues el hecho que en el sector privado exista un alto índice de estos casos evidencia y sostiene esta aseveración.

El costo de una cesárea en una clínica privada oscila entre los 3000 a 3500 dólares, valor en que se incluyen los días de hospitalización de la madre, el bebé, honorarios médicos, del ginecólogo, ayudante, pediatra y anestesiólogo, así como los medicamentos; mientras que el parto natural entraña un valor máximo de 200 a 2500 dólares. (El Comercio, 2015)

La realización de este tipo de intervenciones que son innecesarias en algunos casos, entrañan exponer a un peligro mayor a la mujer y al bebé, que el que corre en el parto normal, y ello puede considerarse como un rompimiento del deber objetivo del cuidado. Por otro lado el hecho de que medie lo innecesario de realizar este tipo de intervención evidencia una ilegitimidad en consumarla, ilegitimidad que se fundamenta en la prevalencia del ánimo de lucro antes que en el interés de aplicar el mejor procedimiento para la madre y el neonato. Esta exposición a un peligro y desbordar el riesgo permitido y el rompimiento de la *lex artis* puede configurar el tipo penal agravado del que habla el artículo 146 en su inciso tercero, pero para ello, a de ocurrir la muerte de la paciente y/o el bebé; pero actualmente y por el avance médico, ello si bien puede ocurrir se ha minimizado ese resultado, por lo que seguramente es que estos casos no se han judicializado como mala práctica profesional.

Otro caso en donde se puede evidenciar el ámbito innecesario de una intervención quirúrgica es en el de las cirugías estéticas. Acciones que si bien en la mayoría de casos no pretenden salvaguardar o restablecer la salud física principalmente de los pacientes, estas se han convertido en un claro ejemplo de la mercantilización de la oferta de servicios médicos de este tipo. Estas intervenciones no se fundamentan en la prevención de una enfermedad, o de salvar la vida de la persona, sino que se orientan a mejorar el aspecto físico de ellas, es decir, desde el punto de vista netamente de salud, no son necesarias. Pero en estos casos son los pacientes quienes acuden a someterse a ellas, sin embargo ello no quiere decir que si en éste ámbito se produjera una muerte no cabría la imputación al profesional que intervino, sino que plenamente es viable la aplicación del tipo penal del COIP, en el artículo 146, por cuanto la intervención es de un profesional.

Lo que se quiere mostrar es que en cierto tipo de padecimientos que demanda la atención de un médico, estos en ocasiones sí realizan una intervención de su ejercicio con un claro interés de lucro aumentado. Pero no quiere decir desde luego que haya por esta razón de imputarles un delito, como el que se ha tipificado en el artículo 146 del COIP, sino que el tratamiento en torno a este tema deba ser más bien desde una perspectiva regulatoria de la Ley Orgánica de Salud.

b. Lo peligroso

En lo referente a lo peligroso, toda acción humana implica un riesgo, de menor o mayor rango pero al final un riesgo, en el caso de los médicos, su accionar lógicamente que conlleva un peligro en la humanidad del paciente, y para el restablecimiento de la salud del paciente, es necesario correrlo en procura de la obtención final de un resultado positivo y por ello el riesgo es permitido.

Las acciones que son peligrosas son aquellas que implican “riesgo o contingencia de que se produzca un mal o un daño. Amenaza de ataque o agresión.” (Derecho Ecuador, 2016)

Lo peligroso, puede ocasionar daño, y en el caso de los médicos los riesgos pueden ser no previsible, por el riesgo que se corre y que es propio de esta área (riesgo permitido); esta posibilidad es esencialmente uno de las constantes en el caso de la práctica médica, debido a que se la ejecuta en seres humanos y las consecuencias devienen justamente en la corporeidad de ellos.

La consideración doctrinaria de las acciones peligrosas dentro del ejercicio profesional y de la médica especialmente, es propuesta por el autor Paredes Castañón, que sostiene que este tipo de hechos, son inevitables en el ámbito médico, y las denomina como “acciones peligrosas o lesivas”, puesto que desde su percepción todo acto médico es peligroso, en sí mismo, y que incluso la sociedad ha establecido un rango aceptable de este peligro en la ejecución de una acción médica. (2007, pág. 229)

Lombana hace referencia a Pérez Castañón, quién estima que el peligro mientras no sea relevante, ni lesione bienes jurídicos de esta connotación, no debe ser susceptible de atribución de responsabilidad dolosa o culposa penal. Añade que otro de los factores que se deben tomar

en cuenta a la hora de la estimación de una acción peligrosa es, “la relación entre el coste – beneficio entre actuación y peligro o lesión causados, [...]” (Lombana Villalba, 2007, pág. 229)

Esta consideración puede evidenciarse en un ejemplo en que el médico, para salvar la vida de un paciente deba realizar una amputación o mutilación de alguna parte u órgano del paciente, esta acción entraña un peligro, y de hecho causa una lesión permanente, que es la pérdida de una parte del cuerpo, pero el beneficio ante ello es más grande, que es el de salvar la vida del ser humano.

En definitiva toda acción médica implica un peligro, y asumir ese riesgo tiene un límite (riesgo permitido), que está determinado justamente por los conceptos antes dichos, y la enunciación del término “peligroso” es una redundancia en el caso de la estimación de elementos que considera el artículo 146 en la tipificación del homicidio culposo por mala práctica profesional. Sin embargo, puede entenderse que una acción peligrosa es agravante en el tipo penal, puesto que expone al paciente a un peligro innecesario de correrse, y a su vez ello desborda o inobserva el riesgo permitido y el deber objetivo del cuidado.

En la práctica del proceso penal, podría afirmarse que una acción es peligrosa si el peritaje logra demostrar que el médico sobrepasó el riesgo permitido por motivos ajenos a lo que manda la ciencia médica a través de sus protocolos, como el lucro, la falta de conocimiento, etc.

c. Lo Ilegítimo

En lo referente a la ilegitimidad de la circunstancia, es oposición a la legitimidad que se relaciona con la honestidad y la certeza de que una acción deba realizarse para mejorar la salud de un paciente o para su vida., en el caso de la aplicación del término al área del acto médico.

La ilegitimidad en la realización de una acción conlleva la idea de

Oponerse a la de legitimidad, o sea, a la de protección plena por el Derecho. Así, suelen calificarse de ilegítimas situaciones carentes de la concurrencia de todos los requisitos o condiciones necesarias para alcanzar un cierto nivel de plenitud de contenido o de eficacia jurídica. En este sentido se emplea al hablar de filiación

ilegítima, en relación con determinados hijos nacidos en circunstancias que el legislador no considera merecedoras de pleno favor. Por contra, legitimar viene a ser siempre la operación mediante la cual algo se eleva a una esfera de eficacia o de consideración jurídica superior a la que hasta el momento venía disfrutando. (Derecho Ecuador, 2016)

Una acción ilegítima por lo tanto sería que la acción del médico estuvo carente de honestidad, de decencia, que es injustificada de haberse realizado, la acción no guarda relación coherente y lógica con la realidad en donde fue aplicada y en que situaciones.

Estas circunstancias enunciadas en el art.146 del COIP, a su vez se relacionan con el deber objetivo del cuidado, puesto que al cumplirse con este precepto se toman en cuenta elementos como los que se ha señalado, es decir, se cumplirá con la legitimidad de la acción, la necesaria aplicación de tal o cual procedimiento y aunque se intenta minimizar el riesgo que corre el paciente en medio de una acción médica esta es una constante en todo aspecto de la vida y en el caso de una acción médica aún más.

Por otro lado, los asambleístas en sus consideraciones al argumentar el beneficio, según ellos, que encierra el artículo 146 en el tipo penal agravado, no realizan ninguna precisión de lo que las acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas engloban en su aplicación y alcance en el tipo penal del 146 del COIP.

El asambleísta Carlos Velasco, miembro y Presidente de la Comisión del Derecho de la Salud y además médico salubrista de profesión al referirse a estas acciones y lo que ellas implican, se limita a dar una explicación de que deben concurrir todas estas circunstancias, más la infracción del deber objetivo del cuidado para que se configure el tipo penal agravado del 146 del COIP. (Velasco, Asamblea Nacional , 2016)

Velasco manifiesta que “estas acciones concurrentes deben producirse de manera simultánea para que se pueda avanzar en el debido proceso, a la vez que recordó que este tema fue el más debatido en el Pleno y la palabra “concurrente” fue la que se incluyó para proteger adecuadamente a todos los profesionales en general pero en especial a los de la salud. (Velasco, 2014). El legislador, más bien hace énfasis que para que exista el delito agravado del homicidio culposo por mala práctica profesional, médica en este caso, deben concurrir todos

los elementos mencionados en el artículo para configurar la infracción sancionada con pena privativa de la libertad de 3 a 5 años.

La cartera de Estado encargada de la regulación de la Salud en el país, como lo es el Ministerio de Salud Pública (MSP), realiza también una explicación sobre el alcance del contenido del tipo agravado del artículo 146 del COIP, pero tampoco aporta de manera completa, la implicación y la definición y menos aún el alcance valorativo de las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas, como agravantes del homicidio culposo por mala práctica profesional.

El MSP, manifiesta a este respecto de forma limitada, que;

El tercer inciso del artículo 146, que se refiere a la pena de entre tres y cinco años, **no puede ser interpretado de manera independiente del resto del artículo**. El tercer inciso se refiere a la muerte ocasionada al infringir el deber objetivo de cuidado y por ende está sujeto a que se compruebe la concurrencia de las cuatro condiciones estipuladas y que además se produzca por acciones que agraven la infracción al deber objetivo de cuidado. (Ministerio de Salud Pública, 2016)(En negrillas por la autora)

Lo que se ha evidenciado principalmente, del estudio de los argumentos que exponen los diferentes proponentes y productores del contenido del artículo del COIP, es que no se ha desarrollado una exposición jurídica sobre el porqué de la utilización de los términos, “innecesario, peligroso e ilegítimo” en el texto de la ley, ni como estos se definirían en este contexto, y menos aún expresan como han de ser valorados como circunstancias agravantes en el tipo penal del COIP.

En definitiva no se encuentra una explicación doctrinaria al hecho de haber adoptado las acciones innecesarias, ilegítimas y peligrosas como agravantes del tipo penal del homicidio culposo por mala práctica profesional, de la investigación bibliográfica que se ha realizado. Doctrinariamente el delito culposo se configura con la concurrencia de los elementos como impericia, negligencia, imprudencia, que si bien no pueden considerarse como sinónimos de aquellas acciones y términos agravantes del tipo penal del artículo 146 del COIP, parecen muy relacionados entre ellos, y parecería además que en esta determinación existe un claro direccionamiento hacia sancionar con responsabilidad penal al gremio de los médicos y demás profesionales de la salud.

Esta falta de fundamentación técnica jurídica evidenciada en la ley penal, plantea la inquietud sobre en qué parámetros podrá basarse el juzgador para determinar cuándo las acciones de un médico en ejercicio de profesión han sido innecesarias, peligrosas e ilegítimas. Tal vacío podría ser subsanado definiendo de manera adecuada y taxativa a estos términos y acciones que nombra la ley, en la misma Ley de Salud o en el COIP.

Según la autora concluye que los parámetros en que debe basarse el juez para determinar si las acciones son peligrosas, innecesarias e ilegítimas pueden ser: identificar la existencia de responsabilidad penal en el acto médico, si el médico actuó dentro de sus principios y reglas profesionales, si su acto estuvo dentro del deber objetivo del cuidado, la *lex artis*, la *lex artis ad hoc*, si no sobrepasó el riesgo permitido, si no hubo de por medio un interés de lucro y todo esto determinar con investigación y análisis de un perito especializado en el tema, en cada caso en particular y además conocer y tener en claro las definiciones de los términos peligroso, ilegítimo e innecesario.

2.4. La postura del gremio médico frente a la tipificación de la mala práctica profesional en el Art. 146 del COIP.

Ante el proyecto de Código Orgánico Integral Penal en que se tipificaba como delito a la mala práctica profesional, los médicos especialmente, realizaron protestas entre los años 2013 y 2014 advirtiendo que la figura jurídica establecida en el nueva ley terminaría por penalizar la práctica médica y atemorizaría a los profesionales de la salud en realizar un procedimiento médico ante el riesgo de poder ser sancionados con la cárcel y su inhabilitación profesional, por una eventual falla que podría darse dentro del procedimiento; falla que además no es siempre culpa del médico sino que esta puede obedecer a muchos factores ajenos al médico, y que en ese contexto la ley no reconoce esta posibilidad.

El fundado temor que expresaron los profesionales de la salud durante la discusión y protestas en la entrada en vigencia de la ley mencionada, se basaba también en que el artículo establecía tres elementos y/o circunstancias no muy explicadas en el texto legal, sobre cómo se valorarían las “acciones innecesarias, ilegítimas y peligrosas” de un acto médico, y como estas se relacionarían con el deber objetivo del cuidado.

Durante las discusiones y la posterior entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, el Presidente de la República envió el artículo polémico, el 146 del COIP a que sea interpretado y explicado por la Corte Nacional y que así quede más claro el contenido de esta norma, para la tranquilidad de gremio médico, y ante las medidas de presión que ellos efectuaron, como la amenaza de renuncias masivas en los hospitales públicos del sistema estatal de salud.

La polémica se suscitó principalmente por el contenido del inciso tercero del artículo 146 del Código Orgánico integral Penal., que expresa: “Será sancionada con pena privativa de la libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.” (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

“Para la Federación Médica Ecuatoriana, esta redacción es ambigua y deja en manos de jueces y fiscales la interpretación de lo que son prácticas que pueden poner en riesgo la vida de pacientes.” (El Tiempo, 2014). Esta discrecionalidad que poseerían los operadores de justicia, que además no son técnicos ni profesionales en la medicina, pondría en grave riesgo a los médicos a la hora de valorar las acciones que realizan estos en una práctica y/o intervención médica en la que no solo pudo haber existido una falla, sino que incluso un paciente insatisfecho podría reclamar una mala práctica médica, aduciendo alguno de los criterios de valoración que se expresan el texto del artículo del código citado.

Frente a las argumentaciones del gremio de los médicos, el gobierno indicó que el texto del artículo polémico había sido socializado con los médicos previamente y que las observaciones realizadas por ellos habían sido incorporadas en un 80% de sus demandas. El Presidente de la República incluso acusó a los médicos de mantener una posición beligerante respecto de este tema por intereses políticos antes que técnicos.

Pese a ello las protestas continuaron por parte de los médicos especialmente, como gremio profesional más afectado por la incorporación de este texto en la tipificación de un delito sancionado con privación de la libertad en el COIP. Ante tanta presión pública, el Ejecutivo accedió a realizar una acción en la Corte Nacional de Justicia a fin de que como organismo máximo de la Administración de Justicia del país, explique los puntos polémicos y poco claros que contenía el texto del artículo 146 del COIP. La exposición jurídica que la Corte realiza

sobre el artículo 146 será mencionada posteriormente, en el análisis doctrinario y fundamentación que se utilizó en la consideración de las circunstancias que menciona el inciso tres del art.146 del COIP. Pero en anticipo se puede mencionar que la Corte manifestó en esta aclaración que el artículo 146 no debe ser entendido de formas separadas, sino que el texto debe ser considerado en conjunto, con todos los elementos que se nombran en él para que no existan malas interpretaciones ni ambigüedades.

Uno de los representantes del gremio de la salud, Armando Vilca Presidente de los médicos de la Provincia de Santo Domingo de los Sáchilas, con la finalidad de dar soluciones a esta problemática planteó ideas para ello, enunciando que “se debe crear instancias de solución extrajudicial. Como por ejemplo un Comité de Gerencia de Riesgos Sanitarios en las unidades hospitalarias distritales para prevenir, investigar y remediar errores sanitarios a través de la mediación y arbitraje” (El Comercio, 2104)

El mismo dirigente manifiesta que siempre existe la posibilidad de cometer errores por parte de los médicos, y que las indemnizaciones que se piden en las demandas son imposibles de ser cubiertas por parte de los médicos, pues existen demandas de hasta por 3 millones de dólares, manifestó el dirigente, en un reportaje publicado en un diario nacional.

Otro de los problemas que produce el nuevo artículo referente a la mala práctica profesional, según los representantes de los médicos es que sus colegas se sienten coaccionados por el contenido del nuevo Código Orgánico Integral Penal que en su artículo 146 tipifica a la mala práctica profesional como delito, puesto que permite que los usuarios que se sintieren afectados por una supuesta mala práctica médica pueden chantajear al médico para no entablar o continuar con procesos judiciales en su contra.

La presión médica se concretó finalmente en la resolución aclaratoria de la Corte Nacional de Justicia, que manifestó que para la configuración de las circunstancias agravantes que se establecen en el artículo 146, especialmente en el 3er. inciso deben concurrir las siete consideraciones que nombra el COIP en el tipo penal, y que entre lo principal también se menciona que la muerte del paciente no necesariamente configura la infracción sancionada en la norma.

A decir del asesor legal de la Federación Médica Ecuatoriana, Dr. Ramiro García Falconí, lo que se pretende establecer con claridad en la posición de los médicos y en la resolución de la Corte Nacional, es que “el médico debe responder por lo que hace, no por otras cosas, es decir, pueden presentarse en una intervención otro tipo de complicaciones y eso no puede imputarse al médico.” (El Universo, 2014)

Posteriormente a las reclamaciones, y la explicación de la Corte Nacional, las protestas y los cuestionamientos de los profesionales de la salud han sido mucho menores, lo que podría interpretarse que el documento del máximo organismo de administración de justicia ha clarificado las dudas de los galenos.

Como dato adicional cabe mencionar, que según datos de la Fiscalía General, a partir de la entrada en vigencia del nuevo COIP, se ha disminuido las denuncias y las causas de mala práctica profesional, especialmente en el caso de los médicos. (Ver anexo No. 2) . La institución mencionada sostiene que las denuncias se han reducido con relación a la anterior tipificación penal. Antes se lo configuraba como “homicidio simple e inintencional”, por eso, según los datos de la Fiscalía, en el “2013 hubo 531 “casos” y en el 2014, entre el 1 de enero y el 9 de agosto, 423. En cambio con el Código, entre el 10 de agosto del 2014 y el 31 de mayo del 2015, 138. (Fiscalía General del Estado, 2015)

Pero a decir de los médicos, esta cifra no es apegada a la realidad debido a que ahí no constan las denuncias que se presentan en otras esferas de la administración pública en contra de los médicos, como en el Ministerio de Salud, por ejemplo.

A más de un año de la vigencia del COIP, los médicos insisten en el temor sobre la tipificación de la mala práctica médica como delito. Para el presidente de la Federación Médica del Ecuador, el médico no se prepara para dañar a nadie, sino para todo lo contrario, y en los casos de existir algún caso de mala práctica se debe sancionar por medio de la responsabilidad civil y solo en los casos que existan agravantes se debe recurrir a la ley penal.

Los médicos al parecer, como consecuencia de la adopción de la nueva ley penal, han preferido evitar las intervenciones quirúrgicas para no verse inmiscuidos en casos de mala práctica médica; así también han preferido derivar, trasladar a los pacientes a otros colegas especialista para que intervengan.

Manifiestan los médicos que si bien las leyes protegen los bienes jurídicos de los usuarios del servicio médico, nadie en cambio defiende o vela por los intereses de los médicos.

2.5. Interpretación de la Corte Nacional de Justicia sobre el artículo 146 del COIP

Ante la polémica desatada entre el gobierno y el gremio médico por el contenido del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, que tipifica y sanciona la mala práctica profesional y establece un tipo penal con agravante, que según sostenían los galenos no se encontraba claro, puesto que se prestaba a una excesiva discrecionalidad de la valoración de las circunstancias agravantes (peligrosas, ilegítimas e innecesarias) por parte del juzgador, lo que en conjunto presenta y ha causado un temor para todo el gremio , puesto que según ellos, se criminaliza la práctica médica que no obtenga un resultado esperado por el paciente , el Ejecutivo llegó al acuerdo de establecer una aclaración del alcance de este artículo, mismo que fue realizado por la Corte Nacional de Justicia., que resolvió:

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. (Corte Nacional de Justicia, 2014)

Este articulado pretende aclarar sobre todo el delito agravado que se establece en la tipificación del artículo 146 del COIP, se determina entonces que para que se configure el tipo penal nombrado deberán concurrir los siete elementos que se establecen en la normativa, como son, la realización de las acciones innecesarias, ilegítimas e innecesaria, sumadas a los cuatro elementos que se enumeran en los incisos finales del artículo, y que son;

Primero, que la muerte del paciente no configura de por si el delito de la mala práctica médica, sino que esta se produce cuando se ha infringido el deber objetivo del cuidado.

Segundo, el galeno en el ejercicio de su acto médico, debió haber inobservado la lex artis, que son los protocolos, regla, manuales que la ciencia médica establece para cada acción a realizarse.

Tercero, el resultado de la muerte del paciente debe ser directamente ocasionado por el incumplimiento del deber objetivo del cuidado, es decir, que si la muerte del paciente del médico tratante, muere por otras circunstancias ajenas al ejercicio profesional del galeno, no se le podrá atribuir responsabilidad alguna.

Cuarto, cada caso de mala práctica se debe analizar de forma particular e individualizada, realizando una valoración de diferentes aspectos en torno al médico y su ejercicio profesional. Por ejemplo dentro de uno de estos parámetros se comprenden la valoración de la agilidad con la que actuó el médico en el hecho atribuido como mala praxis.

La experiencia de este es otro de los rangos de valoración, sin embargo, ello contrae la dificultad, de que los médicos novatos podrán ser mayormente desprovistos de beneficios en esta valoración por su condición de novatos justamente.

Las condiciones en medio de las cuales se realiza la acción médica, en las que se desenvuelve el hecho es otro de los aspectos a valorarse, puesto que no es lo mismo tratar a un paciente en una casa de salud que provea y cuente con todas las facilidades tecnológicas para la atención a los pacientes, que en una institución que carezca de esta infraestructura.

La previsibilidad del hecho es también valorada para la configuración del delito agravado de la mala práctica médica, ello al parecer de la autora, se relaciona también con el deber objetivo del cuidado, parece redundante la apreciación establecida en este acápite, pues una de las manifestaciones del mantenimiento del deber de cuidado, es la previsibilidad del resultado de una acción de ejercicio profesional justamente.

Un aspecto de importancia, es que en medio de todo lo expresado por la Corte Nacional de Justicia, se conceptualiza que el resultado de la muerte de un paciente, no necesariamente se debe a la mala práctica del profesional que lo atendió, sino que se entiende que las circunstancias del fallecimiento pueden obedecer a otros factores externos y no conexos con el ejercicio médico. Esto es uno de los aspectos que se ha entendido de forma clara y acertada en

la aclaratoria realizada por la Corte Nacional de Justicia, y que sin duda puede poner en tranquilidad a los profesionales, especialmente a los médicos.

Además, se entiende también, de lo manifestado, que el resultado fatal o lesivo en una persona que se ha puesto a órdenes de un galeno, este no siempre puede provenir del incumplimiento del deber objetivo del cuidado, sino que esos resultados también pueden obedecer a otras circunstancias ajenas al médico. El asesor jurídico de la Federación Médica, sostiene que “el médico debe responder por lo que hace, no por otras cosas, es decir, pueden presentarse en una intervención otro tipo de complicaciones y eso no puede imputarse al médico”. (García Falconí, 2014). Ello corresponde a que el médico tiene una responsabilidad de medio, no de resultado, cuestión que ya ha sido explicada debidamente.

Con respecto a las acciones peligrosas, ilegítimas, e innecesarias, la Corte Nacional de Justicia tampoco realiza explicación ni definición alguna respecto de estas para determinar los parámetros para que sean valoradas y aplicadas en un caso de mala práctica profesional.

En conclusión, se ha de manifestar que para que se configure la mala práctica médica tipificada en el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, deben confluir todas las circunstancias y elementos que en él se nombran, por lo tanto el juzgador llegado el caso, no podrá realizar una valoración aislada de cada uno de estos en su proceso lógico de ponderación jurídica y juzgamiento, sino que deberá valorar a estas en su conjunto y en congruencia con la configuración o no de la infracción penal tipificada en la ley.

CAPÍTULO III

Lo peligroso, ilegítimo e innecesario y la aplicación del tipo penal del art 146 del COIP (Mala Práctica profesional)

3.1. El Deber Objetivo del Cuidado y la “desviación del ejercicio de la profesión”

Las afecciones de la salud de las personas son tratadas por profesionales médicos, cuyo objetivo mediante la aplicación de actos médicos con la utilización de técnicas, y procedimientos científicamente probados y experimentados es sanar y/o aminorar estos padecimientos, e incluso el de prevenirlos, situación que si bien en la mayoría de los casos es aplicada de manera exitosa, en otros, no se finaliza con el resultado esperado ni por los pacientes, ni por los médicos, causando lesiones físicas, temporales, permanentes y en ocasiones lamentables, como el deceso de los enfermos. Situación que no siempre se halla ligada a una negligencia en el actuar del médico, sino que puede resultar de otros factores internos del paciente, así como de factores exógenos, por los que no necesariamente tiene por qué responder el médico, endilgándole una responsabilidad del resultado perjudicial relacionada con otras causas.

Desde la óptica de los galenos, incluso el hecho de que en ocasiones se tenga un resultado perjudicial para el paciente y se califique este hecho como “mala práctica médica” tiene ya una carga peyorativa y acusatoria de su profesión y al acto que realizaron en un paciente, pues se denota en esa denominación una clara atribución de responsabilidad al médico, dejando de lado totalmente el hecho de que para que se dé un resultado perjudicial o fatal, no solo opera el factor médico, sino otros ajenos a las decisiones y procedimientos del facultativo.

Incluso el hecho de atribuirles un “error” también causa en el gremio de la salud, un rechazo a denominaciones que terminen en una estigmatización de sus actuaciones y peor aún que insinúen siquiera su responsabilidad en resultados no esperados por los pacientes. (Federación Médica Ecuatoriana, 2010). De ahí el hecho de que los profesionales de la salud denominan más bien a resultados perjudiciales, o no esperados y fortuitos, como desenlace de actos médicos en lesiones físicas, o mortales de un paciente como “desviaciones del ejercicio de la profesión” antes que “mala práctica médica” pues esto último, se ha de insistir en ello,

involucra un concepto de inobservancia, de infracción a reglas éticas y protocolos de la medicina, de negligencia, de rompimiento del deber objetivo del cuidado de una manera deliberada y poco prolija por parte del médico, lo que sin duda, desde la apreciación de los galenos es totalmente ajeno a la realidad del ejercicio profesional en su caso. (Federación Médica Ecuatoriana, 2010), y que en el caso del homicidio culposo calificado implicaría un prejuicio de atribuir la realización de acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas a los profesionales de la salud.

Los errores en el ejercicio de la actividad profesional médica, desde la apreciación de los galenos, son un riesgo propio del ejercicio de toda profesión, y de la suya es más evidente por las implicaciones y relación que guarda con la salud, con la integridad física y la vida del paciente; estos errores se dan principalmente en base a dos razones y circunstancias que rodean a los actos e intervenciones médicas.

La primera estaría dada en torno a las condiciones y situaciones en medio de las cuales se desarrolló el ejercicio profesional, así como la deficiente o carente organización apropiada para del trabajo del equipo de los profesionales de salud. Se suma a ello las condiciones en las cuales deben prestar su atención los galenos.

Enuncian también que dentro de este aspecto debe tomarse en cuenta la carga laboral que poseen los médicos y sus equipos de trabajo cuando atienden a un número exagerado de pacientes, lo que produciría en ellos una situación de cansancio laboral y por lo tanto propensos al error en sus actos, como producto inevitable de esa fatiga laboral, pues hay que recordar que uno de los cambios que introdujo el actual gobierno en la carga laboral de los médicos que trabajan en el sistema público, es la carga horaria justamente, ampliándola a 8 horas, al igual que todos los trabajadores del país. En el caso del sector privado, los médicos si bien pueden no verse abocados a esta normativa laboral, en cambio la necesidad económica, o la demanda de su atención por parte de los pacientes pueden intervenir en la concreción de este factor.

En este orden también anotan que, la obsolescencia de los equipos médicos con los que se ven obligados a trabajar, la falta de recursos tecnológicos, especialmente en el sistema público de salud, no les permite actuar con garantías de procedimiento y menos aún de resultado, y por

lo tanto se ven abocados a realizar actos médicos en los que no media su prolijidad de la acción, sino que son aquellos elementos deficientes que ocasionan resultados perjudiciales en los pacientes en algunos casos, pero esto no quiere decir que el médico haya operado de manera negligente, incumpliendo el deber objetivo del cuidado, descuidando la *lex artis*, y peor aún que haya actuado con dolo, sino que una intervención en estas condiciones de falencias y carencias potencializa y posibilita un resultado perjudicial en los pacientes luego de la realización de un acto médico.

La realización de un acto médico en medio de estas circunstancias, en las que se tienen un margen que puede ocurrir un error por la carencia de recursos materiales adecuados y modernos, se podría atribuir como la realización de una acción peligrosa, pero no se configurarían la realización de acciones innecesarias e ilegítimas, debido a que en procura del restablecimiento de la salud del paciente o de salvar la vida de este, el médico y su equipo se ven en la obligación y necesidad de ocupar los bienes materiales a su alcance para lograr un resultado que salve la vida o mejore la salud del paciente. Por lo tanto bajo estas circunstancias no se podría aplicar la atribución de responsabilidad penal en el tipo agravado considerado en el artículo 146 del COIP.

En definitiva en este primer aspecto los médicos remarcan que las instituciones y casas de salud, y la infraestructura en donde laboran son también factores determinantes de un posible error, de una desviación en la práctica médica, y que cuando esta ocurre no es solamente responsabilidad del médico en haber incurrido en alguna falta, en un error totalmente involuntario y por lo tanto carente de fundamento para la instauración de un proceso penal. Incluso los riesgos que toma el médico para causar un bien en el paciente al intervenir en medio de condiciones adversas por la falta de recursos materiales adecuados deben exculparlo de responsabilidad penal, por estas razones y bajo estas circunstancias no es acertado el atribuirle responsabilidad penal en todo resultado no satisfactorio para los pacientes.

En un segundo aspecto, estarían considerados los posibles errores que sí podrán ser atribuidos a los profesionales de la salud, pero ellos fundados, en la falta de una debida preparación académica, científica y experiencia, que los lleva involuntariamente a tomar decisiones incorrectas que pueden potencialmente causar un perjuicio en un paciente cuanto este es

intervenido por el médico bajo esas circunstancias , y ello si podría en ocasiones estar relacionado con un rompimiento del deber objetivo y subjetivo del cuidado en la toma de sus medidas en la realización de un acto médico, pero en todo caso bajo ninguna perspectiva estas posibles equivocaciones involucran una voluntad dolosa de médico, de ahí que la responsabilidad en el no cumplimiento del deber objetivo del cuidado en algunos casos, debe ser sancionado bajo miramientos administrativos y/o civiles y no penales, pues la ley penal persigue esencialmente delitos, cosa muy distante del ejercicio de la profesión médica.

Incluso la realización de acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas, en ciertos casos podrían ser consideradas en este aspecto, puesto que no obedecerían a una voluntad culposa del galeno, sino a una falta de pericia en el ejercicio de su profesión, situación que podría ser procesado bajo el ámbito civil o administrativo , si así fuere el caso. Ello no quiere decir que los médicos que no posean una debida preparación académica ni experiencia estén exentos de responsabilidad penal en algún caso, más bien lo que se quiere enunciar en este criterio es que, los médicos en un posible resultado perjudicial en el paciente, deben ser procesados de manera particular, valorando su actuación y las circunstancias en que se contextualizó el acto, pues en el caso médico, estas juegan un rol importante a la hora de la definición y ejecución de un resultado beneficioso o perjudicial en el paciente.

Ninguna intervención de un médico en un paciente es inocua, incluso teniendo en cuenta el cumplimiento de los protocolos, reglas, y deber de cuidado tanto objetivo como subjetivo del acto médico a realizarse, pues el hecho de intervenir en el físico , en la biología de un ser humano conlleva implícito el riesgo de causar algún daño o alteración en esos aspectos del individuo; cada ser vivo, cada humano , reacciona de diferente manera ante mismos estímulos físicos o químicos, si bien existe una probabilidad mayoritaria de que ello ocurra con relativo margen de éxito de acuerdo a las experimentaciones científicas previas que se han realizado, esto no garantiza que en un paciente vayan a ocurrir los mismos resultados beneficiosos en absolutamente todos los casos, pues como se dijo, cada ser humano posee una bioquímica que puede reaccionar de diferente manera, así como también las circunstancias que rodean al intervenirlo pueden variar y causar influencia en el resultado beneficioso o perjudicial de una intervención médica en un paciente.

Lo importante en medio de lo manifestado es que el médico conozca y este consciente de todos los posibles resultados que se pueden dar al intervenir en un paciente, sea de la manera que fuere, y ello justamente involucra la observación y cumplimiento del deber del cuidado. La aplicación de un acto médico además implica que el paciente y su entorno familiar, deben estar conscientes del riesgo que se corre cuando se somete a un tratamiento o intervención médica un ser humano, el peligro que todo acto médico involucra per se, el riesgo que es permitido en asumir tanto el médico como el paciente en procura de que el bien, es decir, el restablecimiento de la salud en un porcentaje aceptable dentro de las condiciones del paciente, sea producido al final del proceso, así como el deber de realizar procedimientos de manera cuidadosa y precautelando siempre los bienes jurídicos personales (salud) del paciente son factores a tomar en cuenta el médico cuando realiza un acto de esta naturaleza en un paciente. Ello además implica que la concurrencia exitosa de todos estos factores sea muy compleja y demanda una serie de componentes para que de hecho se cumplan, y no causen un perjuicio.

En medio de la cotidianidad de la práctica médica, en definitiva, en general los profesionales de la salud, se ven condicionados entre la incertidumbre de atender o no a un paciente conforme a las circunstancias del cuadro clínico que éste presenta y de acuerdo a las facilidades con las que cuentan para lograr o por los menos eso se espera, un resultado beneficioso para el paciente, por lo que la puesta en práctica y la aplicación del deber objetivo y subjetivo del cuidado, se halla condicionado por la tipificación de la mala práctica profesional en el nuevo ordenamiento penal del país. Incluso este elemento es uno de los determinantes a la hora de establecer tanto la tipificación del delito como la sanción a aplicarse para las dos variantes del tipo penal, que presenta el artículo 146 del COIP.

En definitiva, la denominación de mala práctica dentro del tipo penal del que habla el artículo 146 del COIP, conlleva ya un perjuicio en contra del médico que ocasionalmente cometa una desviación de su ejercicio con el resultado perjudicial para el paciente. De ahí que entre los cambios que se podrán ejecutar dentro del tratamiento jurídico de la mala práctica profesional debe ser en primer lugar el cambio de la denominación del hecho a “desviación de práctica profesional” por las razones que se han señalado, y bajo ello todo el resto de componentes de los tipos penales que el COIP menciona.

3.2. El Deber Objetivo de Cuidado, su infracción y relación con las acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas, en la mala práctica médica.

El deber objetivo del cuidado se halla especialmente relacionada al Derecho Penal, en cuanto a la producción de perjuicios en una persona por parte de otra por no haber tomado en consideración esta última los debidos cuidados en situaciones que entrañaban un riesgo y propender así a la protección de los bienes jurídicos de la otra.

La doctrina jurídica señala que quien no observa cuidados en procura de evitar un hecho o acción perjudicial para otro incurre en la acción contraria a la determinada por la ley poniendo en peligro los bienes personales o patrimoniales de otro, y por lo tanto es contraria al ideal jurídico del deber ser de obrar con diligencia y prudencia, incurriendo así en la responsabilidad culposa del daño causado.

El autor Del Castillo (2007, págs. 43,44,45) sobre esta inobservancia del deber objetivo del cuidado, y la relación con la imprudencia en un acto de una persona, así como la diferenciación que este factor entraña con la conducta dolosa, manifiesta que;

Mayoritariamente toda imprudencia lleva consigo un elemento normativo en el sentido de que el sujeto observa una conducta contraria a un determinado deber de cuidado, configurándose la imprudencia como la infracción del deber objetivo del cuidado, o mejor, la infracción de la norma de cuidado, de modo que la norma de cuidado se convierte en el nervio central del ilícito imprudente, a través de cuya infracción se genera un riesgo típicamente relevante para los bienes jurídicos, infracción que deberá afirmarse, únicamente cuando se haya lesionado, tanto el deber objetivo como el subjetivo de cuidado. Por tanto, y de acuerdo con esta concepción, los delitos dolosos e imprudentes se diferencian, no solo en el tipo subjetivo, sino igualmente en el objetivo, siendo la infracción del deber objetivo de cuidado el criterio definidor del tipo objetivo imprudente y el que lo diferencia del delito doloso.

Se colige entonces que la infracción en el deber objetivo del cuidado constituye el elemento principal para la determinación de responsabilidad culposa, pues en este concepto jurídico, se hallan implícitos otras consideraciones igualmente relacionadas al acto culposo como la imprudencia, negligencia, la impericia, que son conceptos relacionados entre sí y con el de

deber objetivo de cuidado que debería asumir una persona en evitar una producción perjudicial en su accionar.

El citado autor hace también una clara diferenciación cuando los resultados perjudiciales en una persona son producto de la infracción del deber objetivo del cuidado y el dolo. Así deslinda el dolo en la producción de un hecho culposo, pues las actuaciones culposas, si bien causan un daño, no contienen el elemento de la voluntad deliberada de irrogar daño, y es esto justamente la diferencia con la inobservancia del deber objetivo del cuidado. Este caso típico de la infracción del deber objetivo del cuidado podría decirse se halla estimado en el 1er. tipo penal de homicidio culposo por mala práctica profesional establecido en el COIP; en tanto que el tipo agravado, que es penado más severamente inclusive (pena privativa de la libertad de 3 a 5 años), puede entrañar una voluntad que iría más allá del incumplimiento del deber objetivo del cuidado, así lo estimaría la realización de acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas.

En el primer acápite del artículo 146 del COIP, la infracción al deber objetivo del cuidado se constituye en el elemento determinante de la responsabilidad culposa en la producción de la muerte de una persona por mala práctica profesional. Es decir que el médico, en el caso que interesa, que actué con imprudencia, impericia, y negligencia y que inobserve el deber objetivo y subjetivo del cuidado, leyes, reglamentos, lex artis, y por tanto esta conducta se adecue al tipo penal simple del artículo 146 del COIP. Hay que señalar además que como consecuencia de la concurrencia de estos elementos el artículo en mención, realiza una enumeración de varios factores para que se configure la infracción del deber objetivo del cuidado, como que la infracción a este provenga de las 4 acciones concurrentes ,que el artículo 146 menciona en sus incisos finales como son ; que el resultado perjudicial no implica el rompimiento del deber objetivo del cuidado; que uno de los elementos que denotaría la infracción del deber objetivo del cuidado del médico sería cuando este se inobserva en sus actos protocolos, reglas, normas técnicas que manada la ciencia médica; que el resultado perjudicial en el paciente deba provenir directamente de la infracción del deber objetivo del cuidado por parte del médico en el ejercicio de un acto médico sobre el paciente; y , que la infracción al deber objetivo del cuidado se debe valorar en relación con la capacidad académica y experiencia del profesional, del médico en este caso.

En definitiva la norma del COIP, condiciona al infracción del deber objetivo del cuidado a la concurrencia de todos estos elementos que se han nombrado y ello configura el primer tipo penal simple del homicidio culposo por mala práctica profesional, sancionada con una pena privativa de la libertad de 1 a 3 años.

El deber objetivo del cuidado, y en relación con el señalamiento con el numeral 4to. del artículo 146 del COIP, desde la perspectiva de la norma, deber ser considerado y valorado por separado para cada caso en que se pueda presumir la existencia de una infracción de este deber que dé como resultado la presunción de una mala práctica profesional , pues especialmente en el campo de la medicina, cada paciente y circunstancia son diferentes y aún al padecer deficiencias de salud similares, otros elementos, como los señalados en el numeral nombrado, pueden conllevar a resultados distintos en la salud del enfermo. De ahí que cada caso debe ser valorado de manera particular por el operador de justicia cuando conoce una acción de mala práctica médica. Sin embargo aquí se plantea otra inquietud, también señalada por el gremio médico, sobre como un juez puede de manera objetiva valorar la infracción del deber objetivo del cuidado en estos casos, dado que su formación académica carece de cualquier conocimiento en el campo de la ciencia médica. Seguramente se puede poner en manos de peritos especialistas médicos para esta estimación.

Un segundo tipo penal agravado se halla estipulado también en el artículo 146, en que se determina que si a más de la infracción al deber objetivo del cuidado se adiciona la realización de acciones peligrosas, ilegítimas e innecesarias en un acto médico y se produce en esta circunstancias la muerte de una persona, la sanción será de 3 a 5 años. Estos elementos denotarían un añadido a la infracción del deber objetivo del cuidado, la realización de un acto con las tres características mencionadas sin llegar al cometimiento de una acción dolosa. La consumación de una acción innecesaria, peligrosa e ilegítima, puede ser concebida como un peligro innecesario que hace correr el médico a su paciente para lograr un mayor lucro, realizando tratamientos, intervenciones que no se fundamentan en ninguna necesidad científica que demanda la restitución de la salud del paciente, el realizar actos de esa naturaleza en un paciente estarían destinados a la atención de una mayor ganancia en los

profesionales de la salud, un claro y palpable ejemplo de ello es la realización de cesáreas en las mujeres, como ya se expuso. (Anexo 3)

Otro fenómeno en que también se podría evidenciar la realización de actos médicos con esta misma finalidad, aunque en ello media el consentimiento informado del paciente, son las intervenciones quirúrgicas estéticas. Si bien el rol fundamental del médico es sanar y salvar vidas de sus pacientes, en estos últimos años se han incrementado la realización de intervenciones estéticas, que si bien pueden ser innecesarias, por cuanto no son destinadas a mantener, mejorar, sanar o salvar la vida de una persona, están destinadas a mejorar el autoestima de esta. Los médicos las realizan en ocasiones sin tomar el debido cuidado en la ejecución de estas “sencillas operaciones”. Estas intervenciones estéticas, al igual que todo acto médico, entraña un riesgo inminente de correrse, puesto que interviene en la humanidad de la persona, y por lo tanto este tipo de intervenciones se hallan expuesta a las mismas contemplaciones que cualquier otro acto médico.

Hay que indicar también que el artículo 146 del COIP, no presenta una diferenciación clara entre los elementos de cada tipo penal que se ha señalado, pues el texto da la apariencia que en el primer caso, el simple, solo se sanciona la infracción el deber objetivo del cuidado; y, que en el segundo caso, a más de la infracción del deber objetivo del cuidado se sanciona la muerte de un paciente como producto de las acciones innecesaria, peligrosas e ilegítimas que se hayan practicado en él para ese fatal desenlace.

Pero la norma lo que estima en su totalidad es que, en todo caso de homicidio culposo por mala práctica profesional debe concurrir la infracción del deber objetivo del cuidado, y en el caso agravado del artículo 146, se adiciona la realización de acciones peligrosas, ilegítimas e innecesarias, como elementos agravantes del tipo penal, en razón de que ellas denotan una actitud que va más allá del no cumplimiento del deber objetivo del cuidado.

Uno de los parámetros para determinar la infracción del deber objetivo del cuidado, es sin duda el hecho de verificar el apego que el médico realizó en su acto médico a los protocolos. Pues estos constituyen datos científicamente probados que determinan la forma como se ha de proceder en cada caso de atención a los pacientes en sus afecciones de salud.

La relación de contrastar entre los que establece el protocolo médico y las acciones del galeno pueden también evidenciar la realización o desvirtuar el cometimiento de acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas de las acciones realizadas por el médico.

Se presenta a continuación las partes que componen un protocolo médico, para mostrar como este puede ser una herramienta útil para determinar la configuración o no de un delito de “mala práctica profesional”, médica, al infringir el deber objetivo del cuidado y además si hubo acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas en el caso que interesa.

Cuadro 5 Partes de un Protocolo médico

El Título	La denominación de la enfermedad, o padecimiento del paciente
La definición	Descripción de la patología (enfermedad)
Etiopatología,	Descripción de las causas que producen la enfermedad
Nivel de atención	La institución en la cual se debe atender la enfermedad, por ejemplo, centro de salud, clínica, hospital, etc.
Los factores de riesgo y de predisposición	Componentes que trae consigo el paciente para potencializar la enfermedad, por ejemplo, el hecho que sea fumador.
Clasificación de la enfermedad	Los niveles de gradación que puede tener la enfermedad, por ejemplo, la diabetes tipo, I ,II etc.
Criterios de diagnóstico	Descripción de los criterios para diagnosticar la enfermedad.
Diagnóstico diferencial	Descripción de enfermedades que pueden parecerse entre sí y la forma de diferenciarlas.
Tratamiento	Niveles de tratamiento de la enfermedad. Si se ataca la enfermedad de manera directa o se realiza cuidados paliativos para que no se desarrolle más. (enfermedades incurables)
Tratamiento alternativo	Otros tipos de tratamientos que han dado resultado sobre la enfermedad
Criterios de hospitalización	Valoración sobre si procede o no la hospitalización del paciente.
Criterios de referencia	Consideración si el paciente puede ser atendido en un nivel mayor de servicio por la complejidad del cuadro
Criterios de alta	Valoración si el paciente ha superado la etapa crítica de la enfermedad y puede retornar a su hogar.
Anexos	Diferentes tipos de elementos adicionales como cuadros, medicamentos, dosis que se pueden administrar y que se han experimentado ya. Relación de obesidad, edad, etc.

Elaboración: Alejandra Vargas

Fuente: Revista de Medicina General Integral

3.3. Cuando se configura el delito de la mala práctica médica y las acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas según el COIP

La legislación penal tiene la finalidad de proteger a la sociedad, a los individuos en el uso y goce de bienes jurídicos vitales para sí mismos y la comunidad, sean estos de índole material, o inmaterial. El Derecho Penal persigue y sanciona el cometimiento de delitos, entre los cuales y según la nueva legislación penal del país se ha incluido a la "mala práctica profesional" como susceptible de esta consideración; y por lo tanto, al configurarse este hecho es posible procesarlo, sentenciarlo y aplicar sanciones, en este caso, privativas de la libertad e inhabilitación de la profesión, según el artículo 146 del COIP, y en sus dos tipos penales.

Se ha de iniciar mencionado que en el sistema jurídico nacional, la Constitución en su artículo 54, determina que las "personas o entidades que presten servicios públicos (...) serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio." (Constitución del Ecuador, 2008), y en el inciso final del mencionado artículo se menciona de modo directo la responsabilidad en este orden igualmente a los profesionales de la salud, manifestando que; "Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquellas que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas."

La norma constitucional, y se ha de insistir en ello, debería contener la conjunción copulativa "y" en la atribución de la responsabilidad en el caso médico. Pues la comunión entre el médico e infraestructura son las que pueden conllevar tanto a un exitoso proceso médico como a uno perjudicial y por lo tanto la responsabilidad debería ser compartida, en cualquiera de los ámbitos que se le atribuya.

Por otro lado, cuando se hace referencia al hecho de que la responsabilidad será civil y penal, de quien efectúe una deficiente prestación del servicio, entonces se prevé ya la tipificación de delito de la mala práctica profesional en el texto constitucional.

El inciso final del artículo constitucional es ya abiertamente direccionado al gremio de los profesionales de la salud, pues establece que serán responsables de mala práctica profesional, aquellas labores que pongan en riesgo la integridad de las personas o la vida de estas, y por supuesto que la profesión que más se relaciona con estos aspectos es la del ejercicio de la

medicina lógicamente. Estas normas y conceptos que se hallan establecidos en la Constitución se han trasladado al contenido del Código Orgánico Integral Penal.

Así el COIP contiene los tipos penales que tipifican la mala práctica profesional en sus distintas situaciones.

En primer lugar, en el artículo 145 del COIP, en la definición sobre homicidio culposo, se menciona ello puesto que el ejercicio médico en ocasiones tiene este desenlace fatal, que es la muerte de las pacientes, pero como producto de una acción culposa. El artículo manifiesta que “la persona que por culpa mate a otra, será sancionada con pena privativa de la libertad de tres cinco años.” Sin embargo, este artículo se refiere al caso del homicidio culposo de manera general, pues el específico sobre la mala práctica profesional, y la médica dentro de ello se ha de sobrentender, se halla a continuación del artículo 145 del COIP; así en el artículo 146 se tipifica el delito de homicidio culposo por mala práctica profesional.

Lo que muestra este artículo el COIP, es en primer lugar un desarrollo del mandato y precepto establecido en la Constitución sobre la atribución de responsabilidad en los casos de mal ejercicio en la prestación de un servicio público, como se recordara, y médico especialmente, pues aquellos que se hallan relacionados a la integridad física y salud de las personas, es esta profesión especialmente.

Pero en la legislación esta tipificación que se ajusta al caso médico, no es nueva, pues en el anterior Código Penal, este tipo de eventos se hallaban tipificados como delito culposo. Aspecto ya expuesto en el tema sobre la legislación penal del país en el caso de la mala práctica médica.

En conclusión, el artículo 146, bifurca en dos tipos penales la mala práctica profesional, cada una con elementos propios que la singularizan y la diferencian de la otra pero en ambos casos el elemento en común es la confluencia de las categorizaciones estimadas para que se configure la infracción del deber objetivo del cuidado. El primero, podría decirse que es un tipo penal de homicidio culposo simple; en tanto que el segundo es un homicidio culposo agravado por la confluencia de otros elementos, como la realización de acciones peligrosas, ilegítima e innecesarias, que justamente empeoran el cometimiento de acto médico con resultado perjudicial, acciones agravantes además, que no han sido técnicamente definidas en

el COIP, ni en la Ley Orgánica de Salud, para poder establecer los parámetros ciertos y claros de cómo el juez podrá y deberá valorar una desviación del ejercicio médico con resultado de muerte del paciente, dejando un vacío jurídico que seguramente conllevará serias dificultades a la hora de administrar justicia en estos casos.

A continuación se realiza una apreciación de estos dos tipos penales derivados de la mala práctica profesional, especialmente asociado el contenido de la norma al caso médico.

3.3.1. Primer caso: Homicidio culposo simple por mala práctica profesional

En esta tipificación se está frente a la de un homicidio culposo típico, pues es el resultado de la muerte de una persona por el rompimiento del deber objetivo del cuidado, se halla implícita la impericia, imprudencia, negligencia, y la inobservancia de reglamentos, con que actuó el agente productor del perjuicio.

El artículo 146, también establece cuales son los elementos confluyentes que han de evidenciar la causal de inobservancia del deber objetivo del cuidado, misma que según el artículo en mención del COIP son 4, que además deben concurrir necesariamente todos para la configuración de la infracción del deber del cuidado. Sanciona este tipo penal del COIP la mala práctica profesional en este caso, con una pena privativa de la libertad de 1 a 3 años; más la suspensión del ejercicio de la profesión al facultativo que produjo el daño. Los elementos que la norma estima deben concurrir para evidenciar la transgresión del deber objetivo del cuidado, son:

Primero.- que el hecho que cause una lesión temporal o permanente, o la muerte del paciente no necesariamente implica que se ha incumplido el deber objetivo del cuidado, puesto que esos resultados, el de la muerte específicamente en el caso del artículo 146, pueden haberse consumado por factores externos y extraños a la práctica o acto médico. Ellos pueden ser por ejemplo la inobservancia del paciente en los cuidados e indicaciones que le prescribió el médico. O que el estado ya grave del paciente, le hace imposible resistir o reaccionar de manera favorable ante un tratamiento o intervención médica.

Segundo.- la inobservancia al deber objetivo del cuidado debe evidenciar un incumplimiento de las reglas, protocolos, manuales, que mandan las técnicas científicas médica para el

ejercicio de la profesión y la realización de cualquier tipo de acto o intervención en el paciente.

Hay que señalar que por protocolo se entiende en el caso de los procedimientos médicos, como el conjunto de documentos “que describen la secuencia del progreso de atención de un paciente en relación a una enfermedad o estado de salud.” (Masfret, 2011, pág. 68)

Los protocolos médicos por lo tanto recogen una serie de normas de procedimientos que deben realizarse ante las enfermedades e intervenciones médicas para cada caso, en virtud de las experiencias y resultados científicos que se han logrado como producto de la investigación científica. En estas circunstancias es que el protocolo se convierte en más que un documento que indica como poder y deber de proceder de un médico, se torna en un conjunto de preceptos que determina los cuidados y riesgos a que se ve abocado el paciente y el médico en un acto de esa naturaleza, por lo tanto alejarse de ellos se convierte en una potencial infracción del deber objetivo del cuidado, de ahí que la legislación debería recoger esta idea como una de los elementos para la configuración de la mala práctica profesional y médica concretamente en el caso que interesa.

Un protocolo médico posee partes que se relacionan con los factores señalados, y en general uno de estos documentos posee los siguientes segmentos, que mantienen y evidencia el procedimiento, los riesgos que implica una intervención, y por lo tanto, alejarse de este protocolo, puede configurar un rompimiento del deber objetivo del cuidado, y evidenciar también la realización de acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas en una intervención del médico en su paciente.

Los protocolos médicos, clínicos y los manuales de procesos y procedimientos, son documentos que contienen normas que por obligación se deben mantener y cumplir dentro de las prácticas de los médicos y profesionales de la salud cuando realizan un acto médico en un paciente, puesto que el apego a estos determina, o por lo menos aproxima, a la seguridad del paciente en medio del procedimiento, evitando o previniendo la realización de acciones erróneas que perjudiquen al paciente (Gutiérrez Lizardi, 2010), acciones que no solo pueden ser peligrosas, sino también innecesarias e ilegítimas.

Los protocolos médicos sobre tratamientos, intervenciones, y atención a distintos tipos de procedimientos, justamente serían un medio de valoración para que el médico ajuste su acto o intervención dentro del protocolo para aminorar el riesgo, el peligro; por lo tanto salirse de ello, en algunos casos podría denotar la toma de una decisión peligrosa, innecesaria e ilegítima que no se justifica de acuerdo al protocolo establecido para cada caso.

La norma penal pudo haber establecido dentro del contenido, en el artículo 146, la valoración del apego del profesional de la salud al protocolo médico aplicable para cada caso, y en virtud de ello y las otras circunstancias, valorar la concurrencia o no de todos los elementos que estima el artículo 146 para la determinación de la responsabilidad penal de un profesional, médico en el caso, para ser objeto de proceso y sanción penal.

El protocolo médico por lo tanto podría ser un instrumento que puede asistir al operador de justicia y a la ley para poder determinar si una acción médica estuvo desapegada del cumplimiento del deber objetivo del cuidado, y si un acto médico fue realizado en medio de acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas.

Tercero.- factor que se relaciona directamente con la primera consideración para que se cumpla la infracción del deber objetivo del cuidado. Así cuando el resultado perjudicial en la salud del paciente o en la muerte de este, y esto no se halle ligado al cuidado que debía haber tenido el médico en su intervención, no se puede atribuir responsabilidad penal, pues el resultado dañoso pudo haberse producido por otros factores ajenos a causas del galeno, o de su equipo de trabajo, por ejemplo, la falta de cumplimiento de los cuidados indicados por parte del mismo paciente o de los familiares o persona a cargo (fuera de la casa de salud), o incluso él mismo.

Cuarto.- la infracción al deber objetivo del cuidado también toma en cuenta, en el caso del artículo 146 del COIP, la preparación académica del médico, y los medios de los cuales se valió para el ejercicio de su acto que devino en un resultado no exitoso de sus intervención, en el caso del artículo 146 del COIP, la muerte del paciente.

Se establece por lo tanto que, la aplicación de la técnica médica en un acto también se halla ligado al grado de preparación del médico, y a las herramientas, infraestructura y medios para ejecutarlo, mismos que para lograr un procedimiento y resultado exitoso deberán también

prestar esas garantías; en aplicación de ello, es necesario entonces una adecuada preparación académica del médico, así como la existencia de equipos e infraestructura adecuada para la prestación del servicio de salud sea en el ámbito público o privado.

Sin duda que los recursos materiales, los equipos, los instrumentales, los insumos médicos, también en la profesión médica juegan un papel fundamental a la hora del ejercicio del acto médico. Sin la infraestructura necesaria, y sin la tecnología debida no se puede prever una acción adecuada y exitosa del médico. Al contrario, la intervención de un médico en medio de una infraestructura inadecuada y sin los quipos necesarios, potencializa un resultado perjudicial de su intervención, y ello no puede implicar necesariamente el rompimiento del deber objetivo del cuidado, ni la realización de acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas, puesto que el médico en procura de salvar la vida de un paciente utiliza los medios disponibles para ello, se evidencia así que la garantía del médico es videntemente de medio y no de resultado, como ya se ha explicado.

Hace mención también este numeral sobre el grado de formación de un médico para establecer el nivel de responsabilidad en la infracción de deber objetivo del cuidado. Y sin duda que este aspecto si interviene, pero se ha de suponer también que un médico que ya ejerce su profesión se ha de hallar debidamente facultado para ello. Y si bien la experiencia y grado de preparación académica pueden ser valorados a la hora de una eventual imputación de mala práctica médica, el numeral 4to., de este artículo, no establece los parámetros para lograr esa valoración del galeno, es decir, se dejaría a consideración del administrador de justicia realizarlo, lo que es otro de los aspectos que llama la atención y temor y que por supuesto ha causado incertidumbre en el gremio de los profesionales de la salud. Esa discrecionalidad, resultaría peligrosa, pues parecería, que un error, que una desviación de un acto médico con un resultado perjudicial para el paciente pueda ser valorado de distinta manera, y no en base a elementos objetivos respecto del médico y su accionar, sino en base a elementos subjetivos del juez para determinar el grado de experticia y experiencia de un médico. Es decir, un error causado por un médico novato estaría siendo menos grave, que el mismo error causado por un médico de mayor grado de experiencia y/o de mayor nivel de estudio, lo que resultaría un contrasentido y un desfase jurídico en la atribución de responsabilidad en el caso de la mala práctica médica.

En conclusión se ha de manifestar que para que se configure una infracción al deber objetivo del cuidado, según la estimación del artículo 146 del COIP, deben necesariamente, confluir todos estos aspectos señalados para que se considere una mala práctica profesional ajustada al primer tipo penal sancionado con una pena de 1 a 3 años de pena privativa de la libertad.

3.3.2. Segundo caso: Homicidio culposo agravado por mala práctica profesional

En el segundo tipo penal de la tipificación de la mala práctica profesional se enumeran tres elementos, agravantes que son la realización de acciones peligrosas, ilegítimas e innecesarias, que junto a la infracción del deber objetivo del cuidado produzcan la muerte de un paciente.

El aspecto más cuestionado en esta consideración son las tres acciones como elementos agravantes, ya que el COIP, y el artículo 146 no definen los alcances de estas acciones como para considerarles como tales en el contexto del mal ejercicio profesional, por lo tanto estos casos estarían bajo la discrecionalidad de la apreciación subjetiva del administrador de justicia para el juzgamiento, adoleciendo este aspecto también de la misma falla del caso primero.

La falta de determinación y particularización de lo que son las acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas, en el caso de la mala práctica médica, trae consigo una amplia gama de interpretaciones que podrían ajustarse, llegado al caso, a la conveniencia del paciente o del médico, cuando se ha producido un resultado perjudicial del paciente por la concreción del ejercicio profesional de la naturaleza médica.

Es necesario que la ley, también estime directamente en el contenido gramatical y de sintaxis de su contenido, que el agravante del tipo penal se da con la concurrencia necesaria de todos los elementos que tipifican el tipo penal agravado. Pues en el artículo 146, la redacción en este aspecto parece dispersa, inconexa, y ello es lo que justamente ha producido todas las dificultades que se han manifestado a lo largo de la presentación de la investigación.

Las acciones innecesarias, en este ámbito de la práctica profesional médica, serían aquellas que pese a no ser ineludibles, el galeno las realiza, exponiendo de una manera inútil al paciente a un efecto perjudicial por ello.

Esto puede tener algunas explicaciones, como la falta de experiencia del médico, la falta de cumplimiento de los protocolos, y de ahí justamente la importancia en considerar a estos en un

hecho de mala práctica médica; así como una finalidad de obtener un mayor lucro, podría ser el caso, por ejemplo en el hecho de realizar una intervención quirúrgica sin que la salud del paciente lo demande, como en el caso de las cesáreas e intervenciones estéticas, que ya se expuso anteriormente; ello implicaría algo incluso que más allá de la infracción del deber objetivo del cuidado, que sin ser necesariamente doloso, aparentaría una voluntad de tomar un riesgo innecesario por parte del médico para lograr una mayor ganancia económica.

Este accionar innecesario, por supuesto que al ser de esa naturaleza, implica un riesgo, un peligro en intervenir a un paciente que no lo necesita, y aunque el acto médico fuere exitoso, ya se intervino de una manera indebida en la humanidad del paciente, poniendo en peligro de manera transitoria aunque sea la integridad y la vida de este; y peor si el resultado es irremediable, como la muerte como consecuencia de la realización de una acción de esa naturaleza, es por ello que se puede manifestar que la realización de las acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas, se hallan estrechamente ligadas entre sí, y estas a su vez con la infracción del deber objetivo del cuidado.

Las acciones en este orden presentado, resultan ser ilegítimas por su puesto, carentes de honestidad, de limpieza moral, de transparencia, de ética en el proceder del médico, la realización de una acción no justificada científicamente en un paciente, denota una falta de sensibilidad en el galeno, pues expone al paciente a un riesgo no fundamentado de forma genuina y veraz, haciéndolo que corra un riesgo innecesario, que pone en peligro su integridad física y su vida inclusive.

Han existido ocasiones en que los médicos han realizado intervenciones quirúrgicas innecesarias a los pacientes solo con la finalidad de lograr mayor ganancia en sus honorarios, exponiendo así a los pacientes a riesgos en su salud y en su vida, y son estas justamente las acciones que menciona el artículo 146 en la estimación de agravantes de la mala práctica profesional; casos como el de Mireya Cárdenas (2009) a quien se practicó una cesárea pese a no requerirla le produjo durante la intervención médica un discapacidad del 80%. (El Comercio, 3 de marzo de 2015), ello evidencia que el desapego al deber objetivo del cuidado, la ética, el incumplimiento de los protocolos de forma profesional y ética, son potenciales indicativos de un resultado perjudicial en un paciente, y que incluso se vislumbra en la actitud

del médico alguna acción que puede ser interpretada como, innecesarias, peligrosas e ilegítima, de ahí justamente la necesidad de que la definición y alcance de estos términos sea taxativamente explicada en el contenido de la norma penal.

Hay también que mencionar que en el caso de las lesiones como producto de una mala práctica profesional y médica por supuesto son también atribuibles bajo las tipificaciones establecidas en el artículo 152 del COIP. De acuerdo al grado de afectación, tiempo de incapacidad la pena se va haciendo más rigurosa en una gradación establecida en el artículo mencionado.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

1. El contenido del artículo 146 del COIP, lo que hace es desplegar y desarrollar la consideración de responsabilidad que se atribuye en el artículo 54 de la Constitución a las personas que ejercen su profesión, arte u oficio especialmente en aquellas que tienen relación con poner en riesgo la integridad física y la salud de las personas, es decir, principalmente de los médicos y demás carreras de la rama de la salud, pues estas profesiones son las que por excelencia se relacionan con los aspectos señalados en la Constitución de Montecristi del 2008.
2. La tipificación de la mala práctica profesional en el COIP, especialmente se relaciona con el gremio de los médicos, pues esta labor se halla directamente ejercida sobre la humanidad de los pacientes y por ello conlleva inevitablemente riesgos permanentes en la integridad física y la vida de los mismos, pues la realización de los distintos tipos de actos médicos en procura del restablecimiento de la salud implican correr riesgos, desde luego razonables y en previsión de una finalidad exitosa mas no de causar un perjuicio en el paciente. Pero sin duda que intervenir en la biología de un ser humano no siempre puede garantizarse en un fin exitoso por distintos factores que no pueden involucrar la infracción del deber objetivo del médico, de ahí que la atribución de responsabilidad deba ser probada para poder ser sancionada.
3. El concepto del deber objetivo del cuidado, se relaciona con el racional cuidado que debe observar todo individuo en la realización y ejecución de sus acciones, para evitar desenlaces perjudiciales en contra de bienes jurídicos y derechos de las personas. En el caso de la profesión médica, por la naturaleza de ésta, la observación y cumplimiento del deber objetivo del cuidado tiene una importancia capital, puesto que, por un lado, previene la producción de resultados perjudiciales en un paciente, y por otro, los obliga a guardar una prudencia mínima respecto de las acciones que realiza o piensa realizar un galeno para no causar resultados perjudiciales en la humanidad de un paciente y pero aun producir la muerte de este. El tener cuidado nace en primer término del pensamiento y la experiencia común y lógica del ser humano en la realización de sus actos, de cómo estos causan efecto de resultados de manera positiva

o causando un perjuicio a otro tanto en su persona , o en sus bienes materiales, cuando se observa reglas de cuidado para evitarlos. En el caso, de la práctica de profesiones, este concepto de cuidado se incrementa en un deber por la prestación de servicios y acciones a terceros y en precautelar los bienes jurídicos de estos, es que justamente se fundamenta la creación y aplicación jurídica de este concepto. En el caso médico este cuidado es más evidente. Y en el caso del ejercicio médico es obligatoria y prolija la aplicación del deber objetivo del cuidado, pues por la naturaleza de la profesión en que esta se desarrolla es en medio del riesgo de causar daños en la salud, e integridad física de los pacientes, e incluso de no tomarse el cuidado necesario de ocasionar la muerte del paciente.

4. La *lex artis ad hoc* en el caso de la legislación penal ecuatoriana, se encuentra mutilada, incompleta en su consideración, pues solo contempla a la parte de la intervención médica general como elemento constitutivo. La norma penal debería contemplar otros factores de cada caso en particular que pueden intervenir en los resultados de una acción médica en un paciente, mismos que son externos del galeno, e incluso ajenos a su *lex artis*.
5. Para que se configure, la mala práctica médica tipificada en el artículo 146 del COIP, deben confluir todas las circunstancias y elementos que en él se nombran, por lo tanto el juzgador, llegado el caso no podrá realizar una valoración aislada en los casos que se sometan a su conocimiento, sino que deberá valorarlos en su conjunto y en su consecuencia determinar o descartar la responsabilidad del médico en la configuración o no de la infracción penal.
6. Con el nerviosismo de los médicos en la práctica de su profesión producto de la inclusión en el COIP de la mala práctica profesional como delito, se ha dado un temor en la forma de intervención del médico en los pacientes y su relación con ellos. La práctica de la profesión médica se ha inclinado a la realización de exámenes previos exageradamente minuciosos e intervenciones más prolijas demandado una mayor cantidad de análisis previos a la intervención lo que encarece la prestación del servicio; y por otro lado, en aquellos casos considerados de riesgo, los pacientes son enviados a especialista en cada ramo pertinente. Lo que ha ocasionado retraso y ausencias de atención de los enfermos por parte de los médicos ante el temor de los restos de

intervenir en sus pacientes, y verse expuestos a procesos judiciales por mala práctica profesional.

7. No existe en la legislación del país un tratamiento o consideración jurídica y judicial de los actos médicos erróneos, de las desviaciones que se pueden dar en el ejercicio profesional de estos, o de los accidentes que pudieren suceder en este campo, pues todo acto que no ha dado como resultado el cubrimiento de la expectativa del paciente se ha calificado o presumido como “mala práctica médica”, y actualmente incluso se lo ha tipificado como delito (Artículo 146 del COIP). Lo que deja prácticamente de lado el hecho de que un médico en ejercicio de su labor y por la naturaleza propia de esta se puedan producir accidentes o desviaciones de la intervención, en consecuencia se ha realizado una exagerada penalización y persecución del ejercicio profesional de los médicos. Lo mencionado no quiere decir que no deba sancionarse los casos de mala práctica profesional cuando se ha infringido el deber objetivo del cuidado o cuando se ha producido un homicidio culposo en la práctica profesional; lo que se quiere manifestar es que, una desviación del ejercicio profesional, como en el caso médico, debe ser valorado y normado de manera diferenciada a un delito.
8. En las consideraciones que se han investigado sobre los fundamentos que tuvieron en cuenta los asambleístas para la elaboración del artículo 146, no existe un fundamento puramente doctrinario que lo sustente. Las explicaciones de los legisladores no exponen, ni argumentan doctrinariamente, la inclusión de los términos “acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas” como agravantes del tipo penal de mala práctica profesional, lo que lleva a concluir que la idea de las acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas nació de influencia mediática y de una manera vaga y sin fundamento doctrinario.
9. La falta de definición de los términos “peligrosas, innecesarias, e ilegítimas”, en el contexto en que son consideradas e incluidas en el artículo 146 del COIP, sobre la tipificación del delito de homicidio culposo por mala práctica profesional, permite la discrecionalidad de los administradores de justicia para determinar si existió en un caso o no mala práctica profesional de tipo simple o agravado. Por lo tanto no existe una forma que determine la ley de como valorar si las acciones realizadas por el médico en un caso de resultado perjudicial fueron peligrosas, innecesaria, e ilegítimas.

- 10.** Pese a que la Corte Nacional de Justicia emitió una resolución en la que se pretende explicar el alcance y valoración del contenido del artículo 146 del COIP, sobre el homicidio culposo por mala práctica profesional, esta no ha cumplido la expectativa esperada. Pues aún no ha explicado ni definido, como se han de definir y valorar las “acciones peligrosas, ilegítimas e innecesarias” en la realización de un acto médico con un resultado perjudicial para el paciente. Esta falta de definición de estos términos y la manera como se han de valorar en un proceso penal, dejan abierta la consideración de éstas acciones a la discrecionalidad del juzgador.
- 11.** De la información recabada y analizada en legislación comparada, se llega a la conclusión que tampoco considera a las acciones peligrosas, ilegítimas e innecesarias, es decir no se encuentran en el contenido de la legislación colombiana, ni argentina. Estas legislaciones tratan el tema de la mala práctica profesional médica desde el punto de vista del homicidio culposo, con los elementos característicos de este tipo penal, como son la negligencia, imprudencia e impericia, pero no nombra al deber objetivo del cuidado y no se insinúa a las acciones que contempla el COIP, como agravante del tipo penal tratado en la investigación.
- 12.** Al no tener fundamento doctrinario, legal por parte de los assembleístas, ni tampoco en legislación comparada sobre las acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas, dejando a discrecionalidad del juez se concluye que lo que debería valorarse es en conjunto todos los temas tratados en la investigación minuciosamente para determinar si hubo o no la existencia de acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas de cada caso en particular.

Recomendaciones

1. En la legislación nacional se debería tomar en cuenta los casos en que se estime el error indeliberado, ajeno y excepcional como factores eximentes de responsabilidad profesional médico.
2. La denominación de mala práctica profesional, especialmente la médica, produce ya una carga prejuiciosa y peyorativa en contra de los médicos, por lo tanto la denominación de este tipo de actos se debería cambiar por la de “*desviaciones del ejercicio profesional*”, puesto que los hechos perjudiciales que ocurren en medio de actos médicos son esencialmente anomalías excepcionales que pueden ser el producto de distintas circunstancias exógenas y endógenas, en las que no interviene la voluntad, ni el accionar, ni la culpa del galeno.
3. Determinar de manera taxativa en la legislación que la responsabilidad en el caso de los médicos puede basarse únicamente en la garantía de medio y no resultado. Es decir, el galeno puede garantizar en la ejecución de un acto médico la utilización de todos los recursos y medios técnicos, infraestructura, conocimientos, y aplicación prolija y pertinente de todos los protocolos que la ciencia médica determina; pero ello no puede garantizar el resultado exitoso o esperado por el paciente. Pues la biología de cada ser humano reacciona de distinto modo ante mismos estímulos y procedimientos, por lo que es imposible prácticamente garantizar el resultado exitoso ciento por ciento de un acto médico. Si bien los procedimientos y todos los medios utilizados en una intervención pueden haber sido científicamente probados obteniendo un resultado beneficioso en la mayoría de casos experimentados ello no quiere decir que todos los casos análogos vayan también a ser exitosos por las razones que se han explicado.
4. Tratándose de que la profesión médica es una labor en la que está de por medio la integridad física y la vida de un ser humano, así como la integridad profesional, sustento propio familiar, y la vida (no en el concepto de riesgo de muerte, sino en un concepto social y económico) del médico, es necesario no dejar sueltos conceptos jurídicos que pueden devenir en un resultado que dañe a ninguna de las partes, por lo que es menester realizar una profundización en la concepción y valoración de las acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas, ya que son elementos agravantes (pena

privativa de la libertad de 3 a 5 años cuando concurren más inhabilitación de la profesión) en el segundo caso del tipo penal tipificado en el artículo 146 del COIP.

5. Dada las especiales y particulares circunstancias en que se desenvuelve el ejercicio de la práctica médica, esta debería ser tratada, normada, y sancionada mediante una ley especialmente dedicada al tema. Es necesaria la adopción de leyes técnicas relacionadas y compatibles con la ciencia médica por ejemplo, muestra de esta necesidad es el “*Proyecto de Ley de Parto Humanizado*”, actualmente en debate en la Asamblea Nacional. La misma que tiene por objeto reglamentar la realización de intervenciones quirúrgicas innecesarias en el parto de las mujeres, evitando así, por un lado la mortalidad materna e infantil; y por otro impidiendo que este acto tan natural y maravilloso sea objeto de un desmedido y ambicioso mercantilismo por parte de médicos insensibles que solo busquen el lucro. Causa que desde luego debe ser objeto de sanción. Pero en general la práctica médica se orienta al servicio a los pacientes y no a causarles daño de manera voluntaria.

6. Las definiciones que podrían incorporarse y contener el Código de la Salud, respecto de los términos que contempla el artículo 146 del COIP podrían ser;

PELIGROSA

Acción o conjunto de ellas que producen un riesgo inminente de perjuicio en la salud, integridad física y/o vida de un ser humano (Paciente) o su patrimonio.

ILEGÍTIMA

Acción profesional deshonesta (médica en el caso que interesa) cuya ejecución invasora en la humanidad del paciente cause lesiones en los bienes jurídicos de una persona, (paciente / pacientes) obteniendo provecho ilícito derivado del engaño al que fue sometido el sujeto pasivo de aquella acción.

INNECESARIA

Aquella acción u acto del profesional, injustificada e inútil para salvaguardar o restablecer la salud, integridad física o vida del ser humano sometido al servicio de este. Acción además injustificada desde el punto de vista de la ciencia en que el profesional realiza su ejercicio.

Al presentar la definición de los términos que se ajustan a las circunstancias agravantes del tipo penal del Art. 146 del COIP, lo que se haría es establecer con claridad los parámetros de valoración que el juez debe tomar en cuenta para determinar si un ejercicio de un acto médico, o una desviación del mismo han sido realizados conforme a esas acciones, y así poder determinar la culpa o no del galeno.

REFERENCIAS

- Araujo, P. M. (2015). *Vademécum de responsabilidades del área de la salud en el Ecuador*. Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución del Ecuador*. Quito: Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Bacigalupo, E. (1994). *Manual de Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá - Colombia: Editorial Temis S.A.
- Bandrés, F., & Delgado, S. (2010). *Biomedicina y Derecho Sanitario, Volumen 3*. Madrid: Fundación Tejerina.
- Bastidas Matheus, N. (noviembre de 2012). *Red de Revistas científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal*. Obtenido de Red de Revistas científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal: <http://www.redalyc.org/>
- Cabanellas, G. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Castro, M. (2011). *Decretos Leyes y jurisdicción constitucional: estudios comparados*. Salamanca - España: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Congreso de Colombia. (1981). *Ley 23 de 1981 sobre Ética Médica*. Bogotá.
- Congreso de Colombia. (2000). *Ley 599 de 2000*. Bogotá: Registro Oficial.
- Congreso de la Nación Argentina. (2014). *Código Civil de la República Argentina*. Buenos Aires: Registro Oficial.

- Congreso de la Nación argentina. (2014). *Ley 11.179 Código Penal de la Nación Argentina*. Buenos Aires: Registro Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (2000). *Código Penal Colombiano*. Bogotá: registro Oficial.
- Congreso Nacional. (2006). *Ley Orgánica de Salud*. Quito: Ediciones Legales.
- Corral, C. C. (2004). *El razonamiento médico: los fundamentos lógicos del método clínico*. Madrid - España: Ediciones Díaz de Santos S.A.
- Del Castillo, E. (2007). *La Imprudencia: autoría y participación*. Madrid: Dykinson.
- Derecho Ecuador. (2016). *derechoecuador.com*. Obtenido de [derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com/): <http://www.derechoecuador.com/>
- Donna, E. (2012). *El delito imprudente*. Buenos Aires - argentina: Rubizal - Culzoni Editores.
- Ebert, U. (2005). *Derecho Penal Parte General*. México: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo.
- El Comercio. (16 de abril de 2015). America Latina reina en un mundo plagado de csaras innecesarias. *El Comercio*. Obtenido de El Comercio: <http://www.elcomercio.com/>
- El Comercio. (10 de septiembre de 2104). Médicos debaten sobre mala práctica profesional con asambleistas. *EL Comercio*.
- El Tiempo. (26 de enero de 2014). COIP divide a médicos y Gobierno. Cuenca, Azuay, Ecuador.
- El Universo. (1 de febrero de 2014). Interpretación de art. 146 del COIP abarcaría siete elementos. Guayaquil, Ecuador.
- El Universo. (10 de agosto de 2015). Temor persiste en médicos al año de tipificación de la mala práctica. Guayaquil, Guayas, Ecuador.
- Federación Médica Ecuatoriana. (2010). *Propuesta de Ley de Responsabilidad Profesional y Mala Práctica Médica: Un destino con más perjuicios que beneficios*. Quito - Ecuador: ditorial Amaranta.

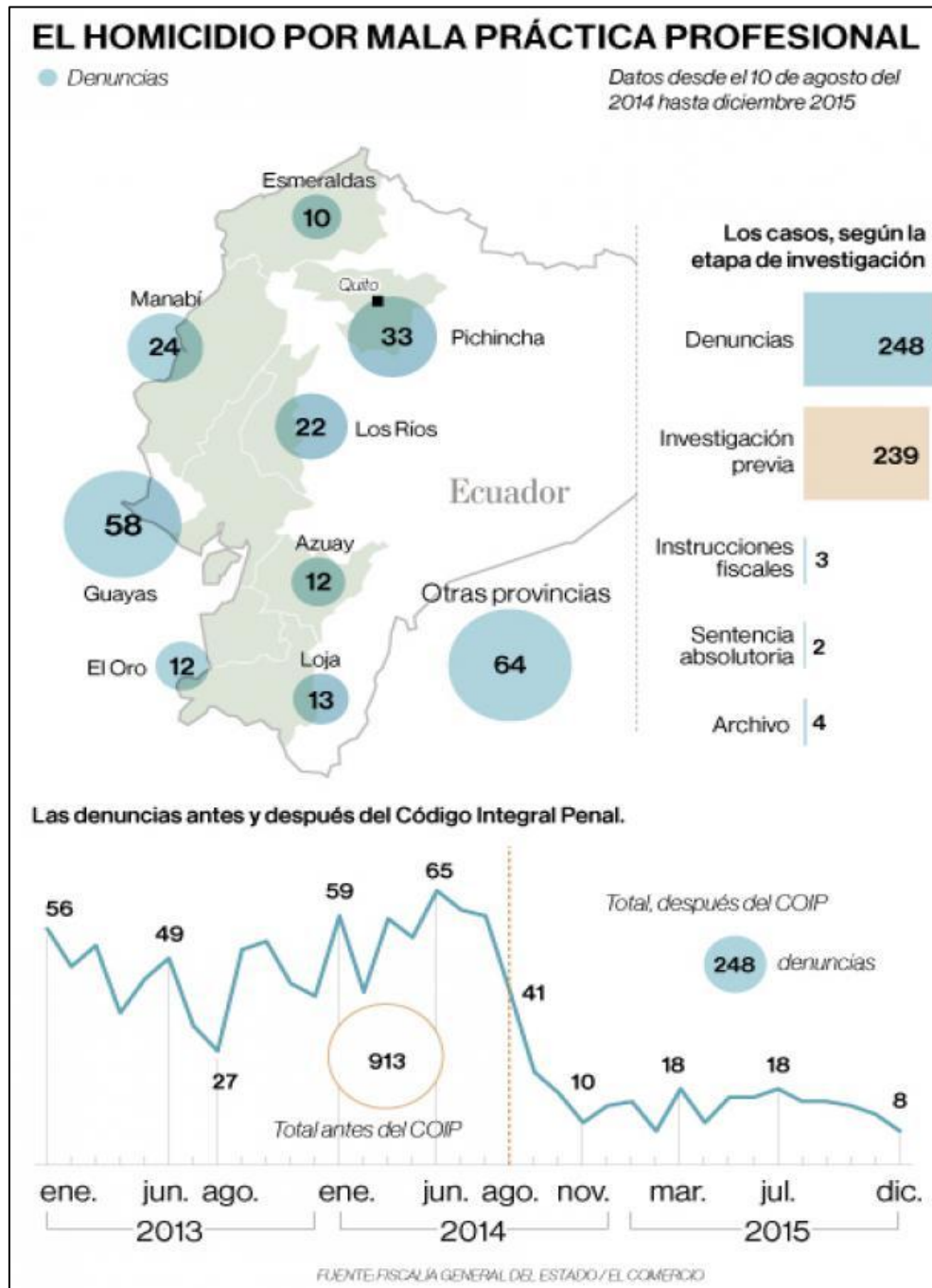
- Fernández-Largo, A. O. (2001). *Teoría de los derechos humanos: conocer para practicar*. Salamanca - Madrid: Editorial San Esteban .
- García Falconí, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado Tomo I*. Lima - Perú: ARA Editores.
- García, J. C. (marzo de 2015). *Derecho y cambio social*. Obtenido de Derecho y cambio social: <http://www.derechoycambiosocial.com/>
- Gispert, J. (2005). *Conceptos de bioética y responsabilidad médica*. Editorial el manual moderno.
- Gutiérrez Lizardi, P. (2010). *Protocolos y procedimientos en el paciente crítico*. México: Editorial El Manual Moderno.
- H. Congreso Nacional. (2014). *Código Penal*. Quito: Ediciones Legales.
- H. Congreso Nacional del Ecuador. (2012). *Código Civil*. Quito: Lexis S.A.
- Henao, L., & Balmaceda, G. (2006). *Introducción al derecho penal* . Rosario - Argentina: Centro Editorial Unversidad de Rosario.
- International Labour Organization. (2012). *Registro y notificación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y lista de la OIT relativa a las enfermedades profesionales*. Ginebra: OIT.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Lombana Villalba, J. (2007). *Derecho penal y responsabilidad médica*. Rosario: Universidad de Rosario.
- López Mesa, M. (2007). *Tratado de responsabilidad Médica*. Buenos Aires - Argentina: Editorial Legis S.A.
- Masfret, D. C. (2011). *El trabajo social sanitario: Los procedimientos, los protocolos y los procesos*. Barcelona - España: Editorial UOC.

- Meincke, M. J. (2001). *La Mala Praxis Médica ; Relaciones entre ética, dercho y medicina*. Buenos Aires - Argentina: Ad. Hoc.
- Ministerio de Salud Pública. (2015). *Ministerio de Salud Pública*. Obtenido de Ministerio de Salud Pública: <http://www.salud.gob.ec/encuesta-nacional-de-salud-y-nutricion-ensanut/>
- Morillas Cueva, L., & Suárez López, J. M. (2014). *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*. Madrid - España: Librería editorial Dykinson.
- Núñez, P. P. (17 de julio de 2013). *Derecho Ecuador*. Obtenido de Derecho Ecuador: <http://www.derechoecuador.com/>
- ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.
- Organización Mundial de la Salud. (2015). *Organización Mundial de la Salud*. Obtenido de Organización Mundial de la Salud: <http://www.who.int/es/>
- Ortega, J. (11 de febrero de 2016). La Ley penal obligó al médico a blindarse con seguros privados. *El Comercio*.
- Ortiz, E. (30 de mayo de 2016). Cesáreas versus parto natural. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Ossorio, M. (2010). *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasta .
- Pasquel, A. Z. (2012). *Alfonso Zambrano*. Obtenido de Alfonso Zambrano: <http://www.alfonsozambrano.com/>
- Pérez Loose, H. (5 de noviembre de 2013). <http://www.larepublica.ec>. Obtenido de <http://www.larepublica.ec>: <http://www.larepublica.ec/blog/opinion/2013/11/05/no-es-el-codigo-penal/>
- Real Academia Española. (octubre de 2014). *Diccionario de la lengua española*. Obtenido de Real Academia Española: <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>
- Reyes Veliz, J. (2 de abril de 2012). *Derecho Penal Marginal*. Obtenido de Derecho Penal Marginal: <http://derechopenalmarginal.blogspot.com/>

- Rubio, A., Vidal, F., Cornejo, H., & otros. (2007). *Volumen I: Para Leer El Código Civil*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ruiz, W. (2011). *La responsabilidad médica en Colombia*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana.
- Soler, S. (2007). *Derecho Penal Argentino*. Madrid: Editorial Trotta.
- Velasco, C. (28 de 01 de 2014). *Asamblea Nacional de la República del Ecuador*. Obtenido de Asamblea Nacional de la República del Ecuador: <http://www.asambleanacional.gob.ec/>
- Velasco, C. (15 de noviembre de 2016). *Asamblea Nacional* . Obtenido de Asamblea Nacional : <http://www.asambleanacional.gob.ec/es>
- Vicuña, M. A. (4 de febrero de 2014). *Asamblea Nacional*. Obtenido de Asamblea Nacional: <http://www.asambleanacional.gob.ec/>
- Yungano, A., & Lopez, B. (1992). *Responsabilidad profesional de los médicos*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Zambrano Pasquel, A. (19 de mayo de 2014). *Derecho Ecuador*. Obtenido de Derecho Ecuador: <http://www.derechoecuador.com/>
- Zuñiga, L. (2014). En A. Nacional, *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

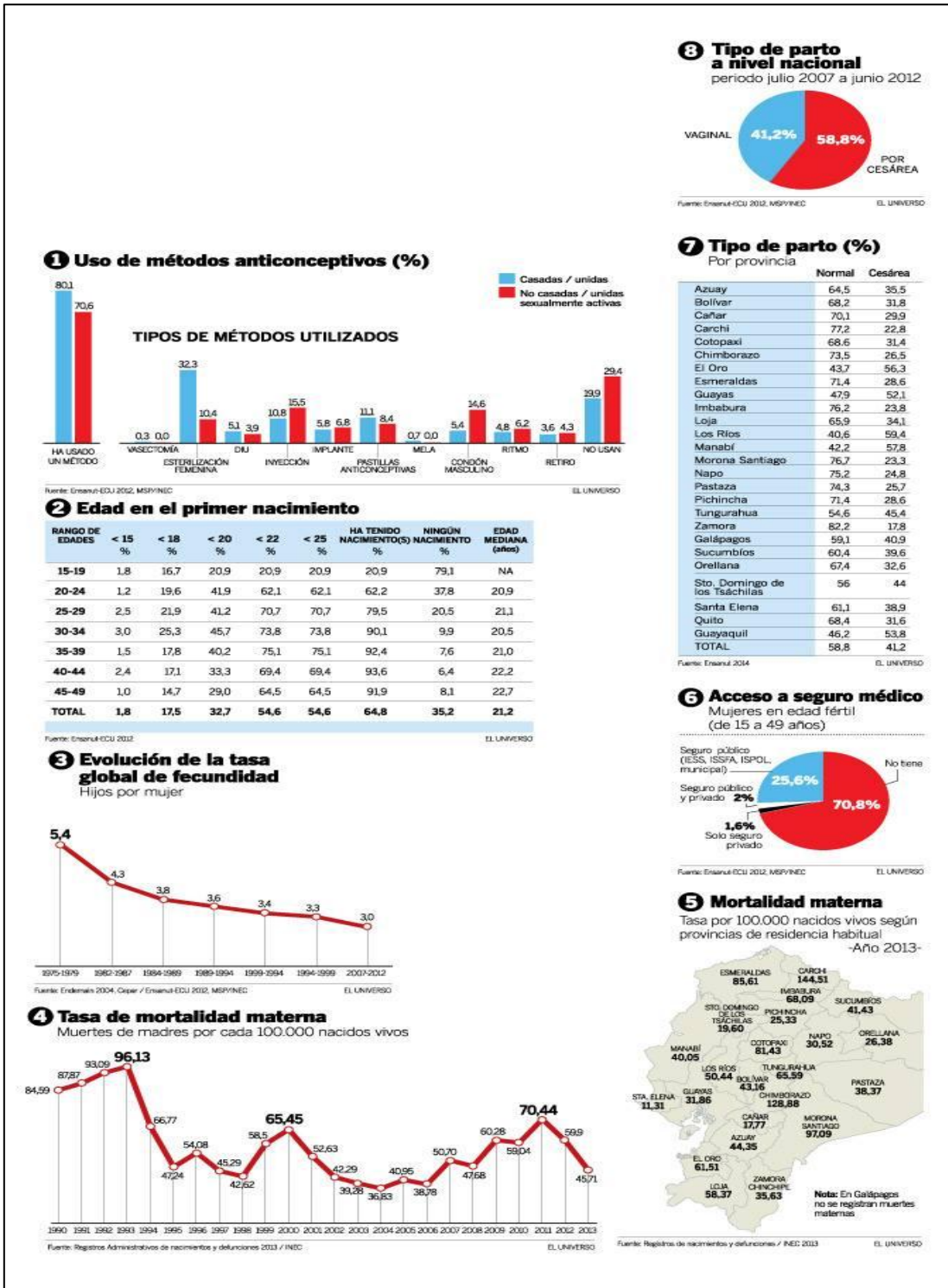
ANEXOS

Anexo 1 Estadística sobre el homicidio por mala práctica médica



Fuente: <http://www.elcomercio.com/actualidad/coip-medicina-prision-leyes-malapracticamedica.html>.(2016)

Anexo 2 Estadística de parto normal y cesárea en el Ecuador



Fuente: El Universo / Ministerio de Salud Pública (2016)

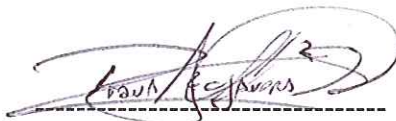
PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, Diana Alejandra Vargas Villagrán, C.I. 172111486-4 autor del trabajo de graduación intitulado: “Lo peligroso, ilegítimo e innecesario en la tipificación del delito de la mala práctica profesional en el caso de los médicos según el Código Orgánico Integral Penal”, previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la facultad de **JURISPRUDENCIA**:

- 1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
- 2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 14 de febrero de 2017



C.I 1721114864

REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA No. **172111486-4**

APELLIDOS Y NOMBRES
VARGAS VILLAGRAN
DIANA ALEJANDRA

LUGAR DE NACIMIENTO
PICHINCHA
QUITO
SANTA PRISCA

FECHA DE NACIMIENTO 1986-03-09
NACIONALIDAD ECUATORIANA
SEXO F
ESTADO CIVIL CASADA
JORGE ENRIQUE
RIVADENEIRA GUACALES



INSTRUCCIÓN SUPERIOR
PROFESIÓN / OCUPACIÓN ESTETICISTA

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
VARGAS CARLOS FERNANDO

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
VILLAGRAN KATIA ELIZABETH

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO
2014-02-05

FECHA DE EXPIRACIÓN
2024-02-05

V4444V4444



00049323



DIRECTOR GENERAL **FIRMA DEL CEDULADO**

